



UNIVERSITÀ DI PISA

UNIVERSITÀ DI PISA
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
INDIRIZZO DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E DIRITTI
FONDAMENTALI

Dottorato di ricerca- XXVII ciclo (2012-2015)

Presidente:

Chiar.mo. Prof. Roberto Romboli

**PROFILI COMPARATIVISTICI RIGUARDO LO *STATUS* DELLA CONVENZIONE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED
ALBANESE**

Candidato:

Ervin Sulko

Relatore:

Chiar.mo. Prof. Roberto Romboli

Anno Accademico

2014/2015

INDICE
PARTE PRIMA

(La CEDU nell'ordinamento giuridico italiano)

Introduzione6

CAPITOLO I

La Costituzione e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

1. Le disposizioni costituzionali concernenti l'apertura dell'Italia al diritto internazionale9

2. L'art. 11 Cost. come fondamento costituzionale della partecipazione italiana all'ordinamento eurounitario15

3. Il diritto pattizio nella Costituzione italiana18

 3.1 La CEDU, come Carta dei diritti fondamentali a livello europeo25

 3.2 I protocolli addizionali annessi alla CEDU, il Protocollo n. 16.....29

CAPITOLO II

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale riguardo il collocamento della CEDU nel sistema delle fonti del diritto

1. L'equiparazione della CEDU alla legge ordinaria33

2. L'atipicità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo38

3. L'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione riguardo la CEDU 45

4. L'orientamento dottrinale riguardo la qualificazione costituzionale della CEDU...51

5. La prassi della disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Convenzione da parte dei giudici comuni55

CAPITOLO III

L'inizio di dialogo tra le Corti e il riconoscimento dello *status speciale* della CEDU

1. Alcune considerazioni introduttive delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 (le prime sentenze gemelle)58

 1.1 La natura sistemica e strutturale delle violazioni italiane alla CEDU.....59

1.2 Il nuovo art. 117, primo comma, Cost., la CEDU come norma interposta ...	61
1.3 Il vincolo di interpretazione conforme agli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU	64
1.4 Il divieto di disapplicazione e l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale	67
2. Conferme e novità delle sentenze n. 311 e 317 della Corte Costituzionale, le nuove sentenze gemelle	71
2.1 Verso l'impostazione di tipo assiologico-sostanziale	72
2.2 Il margine di apprezzamento secondo le nuove sentenze gemelle	76
2.3 La possibilità per la CEDU di integrare il parametro di legittimità costituzionale anche per il tramite dell'art. 10, primo comma, Cost.....	77
3. La "Comunitarizzazione" della CEDU da parte dei giudici comuni a seguito della modifica dell'art.6 TFU.....	78
3.1 L'adesione dell'UE alla Convenzione europea.....	82
4. Il giudicato penale e la riapertura del processo penale a seguito della condanna della Corte EDU nell'esperienza italiana	84
5. Le sentenze della Corte EDU come <i>ius superveniens</i> nel giudizio di costituzionalità.....	87
6. Conferme e "asestamenti" della giurisprudenza costituzionale in relazione alla CEDU	90
7. Il rapporto tra la Corte costituzionale e Corte EDU diretto dal criterio della massima espansione della tutela	93
8. I limiti all'efficacia "vincolante" delle sentenze della Corte EDU	95

PARTE SECONDA

(La CEDU nell'ordinamento giuridico albanese)

CAPITOLO IV

Il diritto internazionale nella Costituzione albanese

1. Cenni storici sulla Costituzione albanese.	100
1.1 Dal costituzionalismo socialista al costituzionalismo liberale.	106
1.2 Verso il primo testo della Costituzione liberale	108

1.3 Il ruolo della Commissione di Venezia nella redazione della Costituzione democratica albanese.	111
2. La teoria monista, dualista, la scelta del Costituente albanese	114
3. Cenni sulle fonti del diritto. La Costituzione, le leggi costituzionali e la CEDU ..	117
3.1 Le fonti primarie.	120
4. Il diritto pattizio ed il diritto internazionale generalmente riconosciuto nella Costituzione albanese. L'art. 5 Cost. e la sua portata.....	123
4.1 Il diritto pattizio nella Costituzione albanese	128

CAPITOLO V

Il Consiglio d'Europa e l'adesione dell'Albania alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

1. Cenni storici sull'adesione dell'Albania al Consiglio d'Europa	134
1.1 L'abolizione della pena di morte, sent. n. 65/1999 della Corte costituzionale	137
2. Lo <i>status</i> della CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico albanese, l'Albania, un caso <i>sui generis</i>	141
3. Il duplice controllo di "convenzionalità" della legislazione nazionale. Corte costituzionale e giudici comuni.....	145
4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa il rango della CEDU nell'ordinamento costituzionale albanese.....	149
5. La giurisprudenza costituzionale con riferimento all'applicazione di altre convenzioni internazionali. Il controllo di "convenzionalità" che si allarga.....	156
6. La diretta invocazione della CEDU davanti alla Corte costituzionale, l'art. 17, secondo comma, Cost., e la sua applicazione.	160

CAPITOLO VI

La giurisprudenza della Corte costituzionale albanese riguardo la CEDU

1. L'interpretazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Costituzione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.	163
2. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione in relazione all'applicazione della giurisprudenza di Strasburgo	168

3. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo in relazione all'applicazione della CEDU. Con riferimento al diritto ad un ricorso effettivo.....	173
3.1 Con riferimento alla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato	176
3.2 Con riferimento al principio della sicurezza giuridica.	177
4. Il giudicato penale e la riapertura del giudizio penale a seguito della sentenza di condanna della Corte di Strasburgo nell'esperienza albanese.	178
5. L'uso della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte di cassazione, l'orientamento della Corte di cassazione.	181
6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Albania. Le violazioni relative al diritto di proprietà, art.1, Prot.n. 1 CEDU.....	185
6.1 Violazioni dell'art.6 CEDU, art. 42 Cost., concernenti le regole del giusto processo. La nozione del giusto processo secondo la Costituzione albanese	189
6.2 Violazioni dell'art. 2, 3 diritto alla vita, art.1.Prot.n.13.....	195
6.3 Violazioni dell'art.3, 5 CEDU, proibizione della tortura.....	196
7. Spunti comparatistici, Est europeo, Spagna, Francia,	198
Conclusioni	203
Bibliografia	207

INTRODUZIONE

Oggi nell'area europea si parla sempre di più della tutela multilivello dei diritti fondamentali, alludendo con tale espressione la compresenza di diversi "sistemi" o "livelli" di tutela dei diritti fondamentali che operano contemporaneamente nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini nel vecchio continente -ad esempio- le Corti costituzionali degli Stati europei, la Corte di giustizia per i Paesi membri dell'Unione europea e la Corte di Strasburgo.

Il fenomeno è molto attuale ed il mosaico dei sistemi di tutela nella dimensione europea non è ancora definito, a causa di una continua "comunicazione" "circularizzazione" ed "integrazione" dei sistemi tra di loro. Si pensi all'atto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ancora non attuato, ma sicuramente lascia aperto lo scenario sul futuro dei diritti fondamentali in Europa.

Il presente lavoro non si riferisce *lato sensu* al sistema dei diritti fondamentali nell'intera area europea, ma si è cercato di ritagliare la ricerca solo in riferimento ad uno dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali "sistema Strasburgo", ed in particolare in riferimento a soli due Stati contraenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Italia ed Albania.

Occorre sottolineare che la CEDU occupa una posizione diversa negli ordinamenti giuridici delle Alte Parti contraenti del Consiglio d'Europa. È vero che tutti gli Stati contraenti hanno ratificato la Convenzione europea, ma è altrettanto vero che nelle rispettive Costituzioni, ognuno di loro ha attribuito ad essa un collocamento differente nell'ordinamento nazionale.

L'approccio della Costituzione italiana e della Costituzione albanese costituisce l'oggetto della nostra ricerca. In particolare si cercherà di dare una chiara risposta alla domanda; qual'è la posizione della Convenzione europea nell'ordinamento costituzionale italiano ed albanese?

Ho scelto di mettere a confronto l'ordinamento italiano e quello albanese proprio, in quanto presumo conoscerli meglio, ma soprattutto di essere in grado di svolgere una ricerca parallela più approfondita per entrambi gli ordinamenti giuridici. La ricerca verte sulla comparazione dell'esperienza italiana e quella albanese, analizzando l'impianto costituzionale e la giurisprudenza costituzionale rilevante delle

rispettive esperienze, per individuare le scelte ordinamentali circa il collocamento della CEDU nel sistema delle fonti.

Attraverso l'analisi comparativa si cercherà di evidenziare le differenziazioni tra gli ordinamenti giuridici nazionali, per quanto attiene l'atteggiamento delle rispettive Corti costituzionali nei confronti della CEDU, spesso condizionato dalle scelte del Costituente nel regolare il rapporto tra il diritto internazionale e diritto interno.

Il lavoro si compone sostanzialmente di due parti generali, ciascuna si suddivide in tre capitoli. La prima parte concerne la CEDU nell'ordinamento italiano e la seconda parte la CEDU nell'ordinamento albanese. Merita sottolineare che si è cercato di seguire un trattamento simmetrico sia della prima che della seconda parte, salvo alcuni piccoli discostamenti dovuti dalle peculiarità di ciascun ordinamento.

Nella prima parte verranno trattati, la nascita del Consiglio d'Europa, gli organi più rilevanti di questa organizzazione internazionale, nonché la ratifica di altri protocolli addizionali nel corso degli anni con particolare attenzione al più recente Protocollo n. 16, non ancora ratificato da tutti gli Stati contraenti. Inoltre, verranno esaminate le disposizioni costituzionali concernenti il diritto internazionale, l'apertura dell'ordinamento giuridico italiano al diritto internazionale, il diritto pattizio, nonché l'atteggiamento della Corte costituzionale al riguardo. L'analisi sarà focalizzata sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana riguardo la CEDU, a partire dalle prime sentenze, i cambiamenti di indirizzo, con maggiore enfasi alle c.d. sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, che hanno cambiato l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale riguardo la CEDU, fino a quel momento equiparata con la legge ordinaria, riconoscendo una posizione sub-costituzionale attraverso il nuovo art.117, primo comma, Cost., per giungere poi all'ultimo atteggiamento del Giudice delle leggi italiano dove il rapporto con la CEDU si incentra sempre di più sul criterio della massima espansione delle garanzie.

Nella seconda parte, si cercherà di fornire un quadro generale sul sistema e funzionamento dell'ordinamento costituzionale albanese, poi scendendo in particolare sul rapporto del diritto nazionale con il diritto internazionale, basandosi principalmente sull'analisi delle disposizioni costituzionali che regolano tale rapporto, sui lavori Costituenti, sull'adesione dell'Albania al Consiglio d'Europa nonché un esame approfondito delle disposizioni costituzionali che regolano esplicitamente la CEDU, la quale rappresenta una eccezione alle disposizioni costituzionali che

regolano il diritto pattizio. Particolare attenzione verrà dedicata alla CEDU, alla sua posizione all'interno del sistema delle fonti del diritto albanese, in riferimento all'art. 17, secondo comma, Cost., il cui richiama direttamente la CEDU. Infine, verrà esaminata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale albanese riguardo la Convenzione europea, il suo indirizzo, nonché la giurisprudenza della Corte di cassazione riguardo la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo riguardo le violazioni della CEDU da parte del Governo albanese.

PARTE PRIMA

(La CEDU nell'ordinamento giuridico italiano)

CAPITOLO I

LA COSTITUZIONE E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Le disposizioni costituzionali concernenti l'apertura dell'Italia al diritto internazionale.- 2. L'art. 11 Cost., come fondamento costituzionale della partecipazione italiana all'ordinamento eurounitario. -3. Il diritto pattizio nella Costituzione italiana. – 3.1 La CEDU, come Carta dei diritti fondamentali a livello europeo.- 3.2 I protocolli addizionali annessi alla CEDU, il Protocollo n. 16.

1. Le disposizioni costituzionali concernenti l'apertura dell'Italia al diritto internazionale

Per poter effettuare una indagine accurata sul diritto internazionale in generale e il diritto convenzionale in particolare, non possiamo non iniziare dall'esame delle disposizioni costituzionali contenute nella Carta costituzionale. Iniziare dalle disposizioni di apertura internazionale dell'Italia ti permette di vedere a che punto sta il diritto convenzionale o pattizio, oggetto del nostro studio.

La Costituzione Italiana entrata in vigore il primo gennaio 1948 afferma l'esistenza e il valore dell'ordinamento internazionale quale ordinamento distinto ed autonomo rispetto all'ordinamento Italiano. ¹L'abbraccio della teoria dualista benché non espressa nella costituzione è presupposta nella disposizione dell'apertura al diritto internazionale, appunto nell'art 10 Cost. primo comma, Cost., la locuzione “si conforma” significa senza ombra di dubbio subordinazione dell'ordinamento Italiano a quello internazionale. La citata disposizione costituzionale è espressione di apertura

¹ A. LA PERGOLA, *Introduzione a AA, VV, Costituzione dello Stato e norme internazionali*, a cura di, U. Leanza, Milano, 1988.

dell'ordinamento italiano nei confronti di valori internazionali, una clausola generale di principio internazionalistico, annoverabile tra i principi costituzionali fondamentali dell'ordinamento.

L'affermazione anzidetta è supportata non solo dagli schemi di adattamento al diritto internazionale proposti in dottrina di cui parleremo più avanti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale². La prima norma di riferimento al diritto internazionale è l'art 10, primo comma, Cost., che seguendo l'esempio di alcune costituzioni posteriori alla prima guerra mondiale, come la Costituzione germanica di Weimar del 1919, quella Austriaca del 1934 e di altre Carte posteriori alla seconda guerra mondiale, come quella Francese del 1946 assunse l'odierna forma; "l'ordinamento giuridico Italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

L'intenzione condivisa in misura straordinariamente ampia dai Costituenti era infatti quella di dichiarare al mondo la massima apertura del nuovo ordinamento italiano e democratico alle relazioni esterne: e ciò sia naturalmente per segnare una netta inversione di tendenza rispetto al passato regime fascista, alla cui chiusura autarchica sul piano economico e nazionalistica sul piano politico, abbinata alla tendenza espansionistica sul piano militare, era da addebitarsi il disastro della seconda guerra mondiale³.

A parte le improprietà di formulazione e di contenuto dell'art 10, Cost., come una parte della dottrina ha sostenuto, va escluso che esso contenga una semplice affermazione programmatica di generica conformità dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale. L'articolo stesso non può che intendersi che nel quadro delle fonti del diritto italiano e con quella fisionomia propria delle norme c.d. di adattamento automatico. Come tale è una norma di produzione di diritto che attraverso il meccanismo del rinvio mobile rende efficaci sul piano interno valori giuridici estranei, nel significato che detti valori hanno nei sistemi di origine. La norma di adattamento automatico o la norma in bianco come è stata chiamata permette l'immissione nell'ordinamento italiano di norme di diritto internazionale senza l'intermediazione o autorizzazione di una legge ordinaria⁴.

² Sent. n. 32/1960 Corte cost.

³ E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, in *Riv. dir. pubbl.*, n.3/2013, p. 730.

⁴ M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1951, pp.13 ss.

Il rinvio come strumento indispensabile per l'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale costituisce un procedimento speciale di creazione di norme di diritto oggettivo interno, sostanzialmente corrispondenti alle norme di volta in volta richiamate; in altri termini, la norma rinviante è norma sulla produzione giuridica che "nazionalizza" la norma richiamata, talché quand'anche la fonte di quest'ultima sia un atto proveniente da un altro ordinamento esso degrada fittiziamente a mero fatto normativo⁵. Attraverso il rinvio mobile l'ordinamento recepisce la norma come essa "vive" nell'ordinamento originario con la duplice conseguenza che tutte le vicende modificative che essa subirà si ripercuoteranno nell'ordinamento richiamante e la norma deve essere interpretata alla stregua dell'ordinamento di provenienza⁶. L'adattamento è automatico e permanente, la disposizione in parola opera da "trasformatore permanente" secondo la definizione data dal Tommaso Perassi.

La giurisprudenza costituzionale ha sempre sostenuto che attraverso la porta dell'art.10, primo comma, Cost., le norme internazionali consuetudinarie entrano nel nostro ordinamento ponendosi sul medesimo piano delle norme costituzionali⁷.

Di conseguenza, dall'applicazione dell'articolo 10, primo comma, Cost., deriva un limite alla produzione giuridica, nel senso che non potranno essere emanate norme contrarie al diritto internazionale. Norme del genere potranno essere dichiarate incostituzionali per violazione del suddetto articolo. Analogamente, le leggi ordinarie già emanate non soltanto dovranno intendersi in armonia coi fini dell'adattamento, ma, se contrarie anche soltanto parzialmente, potranno essere dichiarate incostituzionali da parte del Giudice delle leggi di cui all'art. 134 Cost.

All'inserimento sul piano costituzionale di un atto di normazione del genere, lo Stato ricorre per ragioni di economia e di prudenza legislativa. In questo modo il legislatore legifera in modo ellittico od abbreviato e nello stesso tempo evita il pericolo di adattamento sporadico, frammentario od incompleto. Si tratta di garantire, in ogni caso, che lo Stato italiano, in quanto portatore del suo ordinamento giuridico, si adegui immediatamente e continuamente a vincoli internazionali che, servono a "cementare" la stessa unità di un ordine al quale l'Italia è direttamente sottoposta. Non si pregiudicano con legge ordinaria l'interpretazione di punti oscuri del diritto

⁵ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p.80.

⁶ R.BIN, G.PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 289 ss.

⁷ Corte cost. n. 48/1979.

internazionale. Da un lato si alleggerisce il lavoro del legislatore, mentre il compito dell'interprete diventa più difficile⁸.

Per quanto attiene la sfera di applicazione della norma in esame. La funzione di legittimare l'attuazione nell'ambito della sovranità italiana, di norme di diritto internazionale generalmente riconosciute nel loro autentico contenuto, è svolta dall'art 10, primo comma, Cost. La disposizione in questione ha per oggetto le norme internazionali di applicazione universale. Essa non soltanto non riguarda il diritto internazionale convenzionale, ma detta confini ben precisi allo stesso processo di rilevazione delle regole internazionali non scritte che costituiscono oggetto di rinvio. In effetti, l'art 10, primo comma, Cost., non solo non prende in considerazione il diritto internazionale non scritto particolare, ma circoscrive lo stesso riferimento alle norme internazionali generali.

Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale con la nozione "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" si debba intendere le norme generali dell'ordinamento internazionale, consuetudini universali e principi generali del diritto internazionale, oppure secondo la definizione data dalla stessa Corte costituzionale, «principi comuni alla generalità degli ordinamenti statuali moderni»⁹. Mentre un'autorevole ma isolata dottrina, ponendosi in contrasto con i lavori preparatori dagli stessi Costituenti, ha ritenuto che l'art 10, primo comma, Cost., consentisse l'adattamento automatico all'intero diritto internazionale, inclusi quindi tutti i Trattati stipulati dall'Italia¹⁰. Questo era l'atteggiamento di una vivace dialettica dottrinarina sviluppata negli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso, tuttora superata dall'intervento, grazie a una monolitica sentenza della Corte costituzionale, secondo la quale per l'immissione nell'ordinamento italiano delle norme convenzionali non si procede con l'adeguamento automatico, ma è necessario, trattato per trattato uno specifico ordine di esecuzione¹¹.

Il rinvio automatico previsto dall'articolo 10, primo comma, Cost., come sopra accennato, oltre a non riguardare, il diritto internazionale non scritto particolare, non concerne nemmeno il diritto internazionale convenzionale. La Corte costituzionale in conformità alla dottrina ha affermato (sent. n.32/1960) che l'art 10, primo comma,

⁸ M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, cit., p.17.

⁹ Corte cost. sent. n. 69/1976

¹⁰ S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p.81.

¹¹ Corte cost. n. 32/1960, 104/1969.

Cost., si riferisce non ai singoli impegni assunti dallo Stato in campo internazionale, ma solo alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

L'apertura al diritto internazionale generalmente riconosciuto, prevista dall'art. 10. Cost., non è comunque incondizionata, ma contiene in sé un limite assolutamente invalicabile, i c.d. "controlimiti", ossia i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute»¹². «Le norme di diritto internazionale generale vengono richiamate nel significato autentico che hanno nel sistema da cui provengono, solo nei limiti in cui tale rinvio non porti ad un contrasto con i principi fondamentali del nostro ordine costituzionale»¹³.

Di recente la stessa Corte costituzionale sent. n. 238/2014 che riguardava l'illegittimità costituzionale della norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata nell'ordinamento internazionale, se tale norma possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili. La Corte ha ribadito il suo atteggiamento consolidato in ordine ai controlimiti, dove per la prima volta la Corte aziona l'arma dei controlimiti¹⁴ anche nei confronti del diritto internazionale consuetudinario. Il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, «esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale» con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata».

Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata i limiti all'ingresso al diritto internazionale operano sia in riferimento all'art.10 Cost., sia all'art.11 Cost., anche in una prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 ed

¹² Corte cost., n. 183 del 1973.

¹³ Più precisamente la Corte afferma nella sent. n. 48 del 1979; «il meccanismo di adeguamento automatico dell'art. 10, Cost., non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione».

¹⁴ A.RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in www.giurcost.org.

11 Cost.) è costituito, «come questa Corte ha ripetutamente affermato (con riguardo all'art. 11 Cost.: sentenze n. 284 del 2007, n. 168 del 1991, n. 232 del 1989, n. 170 del 1984, n. 183 del 1973; con riguardo all'art. 10, primo comma, Cost.: sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996 e n. 48 del 1979; anche sentenza n. 349 del 2007), dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale. E ciò è sufficiente ad escludere che atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno»¹⁵.

«In ipotesi di contrasto tra le norme internazionali che trovano ingresso nell'ordinamento nazionale attraverso la porta dell'art.10, primo comma, Cost., il meccanismo di rinvio non opera. Tale contrasto, laddove la norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati comprende anche atti ritenuti *iure imperii* in violazione del diritto internazionale e dei diritti fondamentali della persona, impone a questa Corte di dichiarare che rispetto a quella norma, limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a violazioni così gravi, non opera il rinvio di cui al primo comma dell'art. 10 Cost»¹⁶. Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto.

In conclusione, rimangono fuori dalla sfera di applicazione delle disposizioni in parola non soltanto le norme particolari di diritto internazionale non scritto, ma anche le norme convenzionali. Di conseguenza, l'art. 10 della Costituzione non riguarda neanche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che appartiene a questo genere di norme. Fuori dalla portata della norma in esame rimangono anche quelle norme spontanee di applicazione generale che non costituiscono ancora, o non costituiscono più, valori consolidati nella coscienza giuridica della comunità degli Stati¹⁷.

¹⁵ Corte cost., n. 238 del 2014, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Corte cost., n. 238 del 2014, punto 3.5 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile al diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1987, p. 61.

2. L'art. 11 Cost., come fondamento costituzionale della partecipazione italiana all'ordinamento eurounitario

È particolarmente significativo l'evoluzione giurisprudenziale che si sia avuto intorno al diritto Comunitario. La giurisprudenza della Corte costituzionale concernente il diritto comunitario all'inizio non è stata pacifica. Nella prima fase, il Giudice delle leggi nega il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale. Il primo viene considerato fonte di rango ordinario e i rapporti tra regolamenti e il diritto interno vengono risolti secondo il principio *lex posterior derogat priori*.

A partire dalla nota sentenza n. 14/1964, la Corte esprime un atteggiamento di chiusura nei confronti del diritto pattizio, ivi incluso il Trattato istitutivo della Comunità Europea, in quanto non può trovare una copertura costituzionale neanche in riferimento all'art.11, Cost. Infatti, la Corte negò l'illegittimità costituzionale della legge istitutiva dell'ENEL, sotto l'aspetto del suo contrasto con l'art.11 Cost.

«La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto. L'art. 11, invece, considerato nel senso già detto di norma permissiva, non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato»¹⁸.

Emerge una concezione dualista del rapporto tra ordinamenti, per cui l'efficacia del diritto comunitario coincide con l'efficacia che gli viene riconosciuta dal diritto interno.

Mentre la sent. n. 183/1973 segna un cambiamento di rotta, per cui la legge di esecuzione del Trattato CEE «trova sicuro fondamento di legittimità nella disposizione di cui l'art. 11 Cost., e ciò alla luce delle finalità solennemente espresse nel Preambolo del Trattato, perfettamente coincidenti con quelle menzionate. Secondo la Corte il Costituente ha inteso con l'art.11 Cost., definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale ed a tale

¹⁸ Corte cost., sent. n. 14/1964, punto 6 del *Considerato in diritto*.

scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, appunto delle necessarie limitazioni di sovranità».

Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio della funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatale di tipo sovranazionale, a carattere permanente con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale.

In questa occasione la Corte si riferisce al potere regolamentare di questa organizzazione a carattere sovranazionale, «l'art.189, contempla il potere di emanare regolamenti a portata generale, obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, cioè immediatamente vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini senza necessità di norme interne di adattamento o di recezione».

In definitiva, la Corte costituzionale ha risposto di sì (all'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento italiano) appellandosi all'art.11, Cost., e in particolare a quell'inciso che l'Italia «consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

L'art. 11 Cost., tuttora legittima l'adesione dell'Italia all'Unione europea. Al contrario di quanto è accaduto per la maggior parte degli Stati dell'Unione, infatti, come è stato rilevato in dottrina, l'Italia non ha mai avuto bisogno di inserire in Costituzione un'apposita *European clause* per consentire le più ampie cessioni di sovranità. Il dettato dell'art.11 Cost., fino oggi non a caso mai modificato è stato ritenuto sufficiente per legittimare l'adesione all'Unione Europea¹⁹.

Così si legittima l'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea con gli impegni e le limitazioni conseguenti. Ma il risultato è che manca una vera disciplina dei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello Comunitario: certo non basta a dettarla la disposizione generica dell'art 11 Cost. né la formula vuota dell'ordine di esecuzione dei trattati. Ciò ha comportato che l'intera disciplina sia stata elaborata dalla giurisprudenza costituzionale.

Il rapporto fra l'ordinamento Italiano e quello comunitario è stato regolato in maniera compiuta dalla storica sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale.

¹⁹ E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, cit., p.733.

Nella sentenza in questione si riafferma la teoria dualista, secondo la quale l'ordinamento comunitario e l'ordinamento italiano sono due ordinamenti giuridici autonomi e separati, ognuno dotato di un proprio sistema di fonti. Non esiste neppure un vero e proprio conflitto tra le fonti interne e quelle comunitarie, perché ognuna è valida ed efficace nel proprio ordinamento secondo le posizioni poste dall'ordinamento stesso. Con la ratifica e l'ordine dell'esecuzione del trattato, il legislatore italiano ha riconosciuto la competenza della Comunità europea a emanare norme giuridiche in determinate materie e che queste norme si impongono direttamente nell'ordinamento italiano in virtù della "forza" che ad esse conferisce il trattato.

Infine, in un eventuale conflitto sorto tra le norme, esso va risolto dal giudice italiano applicando il criterio di competenza. Il giudice deve accertare se, in base al Trattato, sia competente sulla materia l'ordinamento comunitario o quello italiano e deve di conseguenza, applicare la norma dell'ordinamento competente. La norma interna, se non competente, non viene né abrogata, né dichiarata illegittima, ma semplicemente "non applicata".

La disapplicazione che la Corte costituzionale ha precisato nella sentenza in questione, costituisce uno dei perni su cui ruota efficacia di gran parte del diritto proveniente dall'Unione europea. Esso non costituisce un supporto "neutro", fungibile anche da sistemi normativi diversi, al contrario, essa è saldamente legata alle peculiarità ed allo sviluppo delle sue interazioni con gli ordinamenti statali che ne fanno parte²⁰.

"La limitazione della sovranità", oltre a legittimare l'ingresso del diritto Comunitario, ha imposto persino un eccezionale deroga al modello accentrato di controllo costituzionale delle leggi, consentendo al singolo giudice quindi, in modo diffuso la sostanziale disapplicazione di queste ultime nell'ipotesi di contrasto con una norma comunitaria direttamente applicabile²¹. Di conseguenza, non è persino configurabile una questione di legittimità costituzionale. L'effetto diretto è

²⁰ C.PANZERA *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti Europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ Infatti, quest'operazione ha avuto un prezzo da pagare: l'introduzione di una crepa nell'unità del sistema di garanzie costituzionali per la quale, mentre il controllo rimane sempre accentrato nel procedimento di via d'azione, esso si struttura in modo diffuso nel procedimento in via incidentale con conseguente la non applicazione della legge incompetente, salvo alcune eccezionali ipotesi di ritorno del giudizio in capo alla corte. Si è così generata, nei fatti una dissociazione all'interno del giudizio di legittimità costituzionale non prevista dalla costituzione e non altrimenti giustificabile se non mediante la sua riconduzione ad un caso esemplare di "limitazione della sovranità" ex art.11.

strettamente connesso al fenomeno eccezionale nel contesto giuridico mondiale, della supremazia comunitaria e di limitazioni di sovranità fatto proprio dall'art. 11 Cost., che secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata costituisce il fondamento costituzionale della partecipazione italiana all'ordinamento comunitario.

3. Il diritto pattizio nella Costituzione italiana

Il diritto pattizio non ha trovato un sicuro fondamento della Costituzione italiana. Infatti, prima della riforma del Titolo V della Costituzione mancava una specifica disposizione costituzionale che doveva stabilire il rapporto dell'ordinamento nazionale con il diritto convenzionale. Gli artt. 10 e 11 Cost., costituivano le uniche disposizioni dell'apertura dell'Italia al diritto internazionale. La Corte costituzionale fin dall'inizio negò una copertura costituzionale del diritto pattizio attraverso le citate disposizioni costituzionali.

Con riferimento all'art. 10, primo comma, Cost., le ragioni per le quali il diritto convenzionale è rimasto fuori dalla portata di tale disposizione sono varie. Oltre alla preoccupazione, che, con l'adattamento automatico alle convenzioni internazionali, il diritto italiano si sarebbe posto in uno stato di eccessiva subordinazione al diritto internazionale; la soluzione che esclude l'adattamento automatico al diritto convenzionale è giustificata da ragioni di tecnica legislativa. Infatti, è da precisare l'esistenza dell'obbligo costituzionale per gli organi legislativi di adattare l'ordinamento interno al diritto internazionale convenzionale. Siffatto obbligo discende dallo stesso art. 10, primo comma, Cost.

Su tale premessa, bisogna tenersi presente che soltanto con l'emanazione caso per caso, al margine della singola convenzione è possibile introdurre le norme di adattamenti in maniera veramente adesiva alle singole convenzioni internazionali, tenendo conto delle particolarità delle singole fattispecie di adattamento, tenendo conto delle opportunità di fissare caso per caso la condotta degli organi dello Stato. Inoltre, l'adattamento ad una data convenzione è un fenomeno di produzione giuridica che deve tener conto come sempre del diritto già esistente, ossia le norme di adattamento devono coordinarsi con le norme interne già in vigore²². Quest'ultima, a mio avviso pare come la ragione principale che ha indotto il Costituente a lasciare

²² M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, cit., p.26.

fuori dalla portata dell'art. 10, primo comma, Cost., il diritto convenzionale, proprio per evitare eventuali disarmonie con il diritto esistente.

A questi valori internazionali, che non formano oggetto ai sensi dell'art 10, primo comma, Cost., potrà essere attribuita in Italia solo attraverso il canale costituito dagli atti normativi interni che danno esecuzione a norme di trattati del diritto convenzionale in particolare. Infatti, per quanto riguarda l'immissione dei trattati nell'ordinamento nazionale, il testo originario della Costituzione si occupava solo nell'art. 80, Cost., per imporre il controllo parlamentare.

Con riferimento all'art. 11, Cost., la Corte costituzionale, infatti, ha sempre escluso di essere legittimata ad esercitare un controllo di convenzionalità (in particolare sentenza n.20/1966), negando altresì che l'art.11 della Costituzione possa offrire una copertura costituzionale generale per i trattati internazionali recepiti nell'ordinamento interno (sentenze 13-maggio 1987, n.153; sent. 18 maggio-6 giugno 1989, n. 323 sent. 19 gennaio1996 n.15) e tanto meno per la CEDU²³.

Ancora, nella sent. n. 96/1982, la Corte costituzionale negò in maniera esplicita una eventuale copertura costituzionale del diritto pattizio attraverso gli artt. 10 e 11 Cost. «I precetti che si assumono violati erigono a limite della legge ordinaria il rispetto dei trattati istitutivi di organizzazioni sovranazionali, qual é la CEE, e della produzione normativa da essi derivata, nonché delle consuetudini e delle altre regole generalmente riconosciute di diritto internazionale. La regola convenzionale in discorso, contenuta in un accordo tariffario e commerciale, non appartiene, però, né all'una né all'altra delle anzidette categorie di norme, né gode altrimenti di coperture o garanzie costituzionali, in virtù delle quali si possa estrarre da essa, in seno all'ordinamento statale, alcun criterio di raffronto per le disposizioni del legislatore ordinario. Già per questo solo e assorbente motivo, la questione va ritenuta, in relazione ai parametri che qui si invocano, priva di fondamento»²⁴.

In effetti, nessuno dei principi di cui all'art.11 Cost., risponde ad un criterio di recepimento del diritto internazionale, né di adattamento del diritto interno a quest'ultimo, bensì, semplicemente essi fissano nel testo costituzionale le aspirazioni e le mete che al tempo si auspicava dovesse perseguire la politica estera statale. È vero

²³ La Corte Costituzionale ha precisato nella sentenza n. 20 del 1966 esattamente: “Deve, al contrario, ritenersi che i trattati internazionali, se pure a termini del vigente ordinamento italiano non sono di per sé e direttamente produttivi di effetti all'interno dello Stato, tale efficacia vengono ad acquistare attraverso l'uso dei mezzi all'uopo idonei, fra cui quello di più frequente impiego costituito dall'ordine di esecuzione disposto con legge”.

²⁴ Corte cost., sent. n. 96/1982, punto 6 del *Considerato in diritto*.

anche che la sola formulazione letterale della disposizione non permette di dedurre l'attribuzione ai trattati di un rango costituzionale e, tuttavia, la norma che deriva ammette chiaramente la possibilità di limitare la potestà sovrana interna a favore della costituzione di un ordine internazionale, che abbia come scopo la garanzia dei valori di pace e giustizia²⁵.

Infatti, al tempo della redazione dell'articolo, i Costituenti avevano ben presente il complesso processo di mediazione internazionale che ha portato alla costituzione dell'organizzazione delle Nazioni Unite e, parimenti il forte auspicio che aleggiava fra le nazioni intorno alla futura realizzazione di un sistema di relazioni interstatali anche a livello regionale (Europeo); ma tanto non bastò a cristallizzare tali idee in una previsione "immutabile" del testo costituzionale di attribuzione di rango costituzionale ad un determinato trattato internazionale. È stato, preferito piuttosto attribuire all'art. 11 Cost. le fattezze di una generica ed indefinita "clausola aperta", attraverso la quale si potesse ammettere, eventualmente che l'esercizio del potere sovrano venga limitato dall'esterno nei casi (eccezionali) di messa in crisi delle relazioni internazionali e di conflitti fra gli Stati²⁶.

A ben vedere, tuttavia la collocazione della disposizione nella prima parte della Costituzione, cioè nel contesto di altri principi fondamentali sarebbe stata sufficiente alla giurisprudenza costituzionale per attribuire valore costituzionale, anche ai trattati internazionali che perseguono le finalità della pace e della giustizia fra le Nazioni attraverso la tutela dei diritti umani e, per questa via, anche la CEDU.

Le ragioni che ci inducono a sostenere tutto ciò, sono in primo luogo perché molti dei diritti dell'uomo sono ritenuti parte dello *ius cogens*, e quindi potrebbero trovare copertura costituzionale anche nell'art. 10, primo comma, Cost. In secondo luogo perché effettivamente l'art. 11 Cost., è stato scritto nella prospettiva di una tutela universale dei diritti, quale era quella che sorgeva all'epoca della redazione del testo costituzionale con la nascita delle Nazioni Unite e la formazione del Consiglio d'Europa e soprattutto perché i diritti dell'uomo tutelati internazionalmente ed a livello regionale coincidono, nella sostanza assiologica, con quelli "inviolabili" riconosciuti dall'art.2 della Costituzione (ciò che permetterebbe di utilizzare anche soltanto questo principio come copertura costituzionale), ma per tutte queste ragioni che risultano

²⁵ MARIA PIA LARNÉ, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità Costituzionale*, CEDAM, Padova, 2009, p.380.

²⁶ *Ibidem*, p.381.

essere strettamente connesse fra di loro e potrebbero costituire una solida base argomentativa per sostenere che esista ed è prevista nella Costituzione italiana la possibilità per il giudice costituzionale di apprestare adeguata garanzia anche ai diritti dell'uomo di fonte internazionale e convenzionale²⁷.

Il Giudice costituzionale sembra aver attribuito all'art.11 la valenza di una norma permissiva o meramente programmatica, in quanto tale priva di alcun effetto concreto ritenendo la formula costituzionale molto meno di un principio sostanziale o fondamentale relativo alle relazioni internazionali del Paese e non certamente una regola strumentale di adattamento sulla produzione.

Non solo non è stata sufficiente questa disposizione a permettere l'ingresso diretto del diritto internazionale pattizio che assicura la pace e la giustizia fra le nazioni nel contesto delle fonti nazionali e, pertanto non ha consentito al medesimo di acquisire una posizione superiore alla legge ordinaria dal momento in cui è recepito, nemmeno è stata utilizzata la tecnica delle "norme interposte" al fine di dirimere il contrasto fra una legge nazionale e una disposizione internazionale allorquando la fonte interna non dia attuazione ai valori costituzionali e fondamentali di pace e giustizia fra le Nazioni.

La Corte sembra aver preferito applicare la tesi delle "norme parallele", ritenendo che il testo internazionale da solo non basti e che una dichiarazione di incostituzionalità della norma interna contrastante richieda sempre un riscontro, una conferma e un supporto in altro principio costituzionale, cercando di garantire così una superiorità gerarchico-formale del parametro sull'oggetto²⁸.

Tutto ciò è la risposta di perché i trattati internazionali sui diritti umani e nello specifico la CEDU abbiano svolto per molto tempo, nell'ambito dei giudizi di costituzionalità, soltanto una consistente funzione interpretativa, essendo loro preclusa la veste di parametri diretti o indiretti della costituzionalità delle leggi.

Il silenzio della Costituzione circa la posizione nel sistema delle fonti dei trattati recepiti nell'ordinamento interno ha avuto come prima conseguenza quella di attribuire a ciascun trattato la forza dell'atto interno di esecuzione, e quindi la forza di legge ordinaria per tutti i trattati eseguiti con legge. L'ulteriore conseguenza che derivava riguarda le antinomie fu quella che qualsiasi legge successiva nel tempo alla

²⁷ G.SORRENTI, *La conformità dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale internazionalmente riconosciute, e il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV.

²⁸ MARIA PIA LARNÉ "" in S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità Costituzionale*, cit., p. 382.

legge di esecuzione di trattato era sempre potenzialmente in grado di abrogare la norma interna che recepiva l'impegno internazionale assunto dallo Stato.

In base a tale assetto costituzionale e dell'atteggiamento di chiusura della stessa Corte costituzionale nei confronti del diritto pattizio, hanno giustamente evidenziato in dottrina che tutti i trattati internazionali, anche quelli volti alla tutela dei diritti umani, hanno storicamente sofferto di questa fragilità, dal punto di vista formale, perché tutti sono stati recepiti con legge ordinaria (se non con atto interno di grado inferiore), e quindi della legge ordinaria hanno assunto la posizione nella gerarchia delle fonti, esponendosi all'abrogazione tramite il criterio cronologico da parte delle leggi successive²⁹.

In Italia una volta adottato il diritto internazionale pattizio attraverso i mezzi normativi interni, quali, la legge ordinaria o l'ordine di esecuzione, esso avrà la stessa collocazione formale nella gerarchia delle fonti statali del mezzo in cui è stato adottato. In altri termini, se la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata adottata con legge ordinaria, il suo collocamento nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano è di pari rango alla legge ordinaria.

Per i Trattati internazionali, il testo costituzionale prevede che siano ratificati dal Presidente della Repubblica (art 87, comma 8 cost. da leggersi in combinato disposto con l'art. 89, comma 1) sulla base di una preventiva legge di autorizzazione alla ratifica approvato dalle camere secondo il procedimento ordinario (*ex art. 72 comma 4 cost.*), che deve necessariamente intervenire allorché i documenti internazionali abbiano natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi (art. 80 cost.).

Gli altri trattati non rientranti al novero dell'art. 80 Cost., possono essere ratificati senza la previa autorizzazione, cioè stipulati in forma semplificata. Il completamento della procedura per l'adattamento del diritto interno agli obblighi internazionali pattizi avviene, poi, con la formula dell'ordine dell'esecuzione, apposta generalmente per prassi nello stesso atto legislativo di autorizzazione emesso dalle camere. Normalmente consiste di due norme, una che autorizza a ratificare il trattato, l'altra che dà piena esecuzione ed intera esecuzione al trattato

²⁹E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, cit., p.735.

nell'ordinamento italiano³⁰. Solo con esso, in sostanza, le norme del diritto internazionale (convenzionale) troverebbero definitivo ingresso nell'ordinamento interno, attraverso la riproduzione integrale in allegato ad un testo di rango legislativo o, più spesso attraverso il mero rinvio.

La Costituzione italiana, però, attribuisce rilevanza costituzionale ad una parte del diritto convenzionale. Con riferimento al diritto pattizio la Costituzione sottrae poi due categorie di trattati al criterio della *lex posterior*, cioè attribuendo a loro un valore superiore alla legge ordinaria. La prima eccezione espressamente prevista è l'art.7, secondo comma, Cost., il quale conferisce alle norme di adattamento ai Concordati che regolano il rapporto tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, una particolare forza di resistenza nella gerarchia delle fonti del diritto interno, costituendo appunto il parametro interposto di costituzionalità, con la conseguenza che una legge ordinaria che contrasti con le norme del Concordato, è da considerare incostituzionale per violazione indiretta dell'art.7, secondo comma, Cost.

La seconda esplicita eccezione concerne l'art.10, secondo comma, Cost., il quale stabilisce che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

Infatti, secondo la dottrina prevalente, la legge che regola la condizione giuridica dello straniero costituisce un sicuro esempio di fonte atipica in senso stretto, in quanto formalmente non diversa da ogni altra legge, ma costituzionalmente vincolata ad assumere un determinato contenuto normativo, talché la capacità innovativa di essa è minore di quella normalmente inerente al tipo cui formalmente appartiene; mentre la sua resistenza passiva risulta maggiore, perché soltanto leggi anch'esse conformi alle norme internazionali richiamate dalla disposizione in commento, potrebbero a loro volta validamente modificarla o sostituirla. Ne consegue che, qualora una legge ordinaria non conforme al diritto internazionale pretendesse di regolare la condizione, sarebbe suscettibile di dichiarazione di incostituzionalità per violazione indiretta dell'art.10, secondo comma, Cost³¹.

I trattati concernenti il trattamento degli stranieri godono nel sistema delle fonti del diritto una posizione diversa e privilegiata, rispetto a tutti gli altri trattati,

³⁰ P.GAETA (a cura di), A.CASSESE, P.GAETA, *Diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 315.

³¹ Corte cost., sent. n. 120/1967, punto 2 del *Considerato in diritto*.

anche se tale differenza risulta sfumata in conseguenza della revisione costituzionale del 2003³².

Altre norme internazionali che possono assumere valenza costituzionale, sono quelle che stabiliscono regole a tutela dei diritti dell'uomo. Norme in tal senso si ritrovano tanto in trattati internazionali che nel diritto internazionale non scritto. Le regole internazionali umanitarie generalmente riconosciute non hanno soltanto valenza costituzionale nel senso e nei limiti riscontrati a proposito dell'art. 10, secondo comma, Cost., concernenti gli stranieri, ma hanno pieno rango costituzionale ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.

Con riguardo alle regole in questione non sorge nemmeno il problema tanto discusso nella dottrina costituzionalistica, di stabilire se i diritti fondamentali oggetto di protezione debba corrispondere in qualche modo, ai valori umani inalienabili tutelati dalla Costituzione italiana attraverso l'art. 2 di detta Costituzione. Infatti, nella specie, non opera quest'ultimo articolo, ma direttamente l'art. 10, primo comma, Cost.

Quando, invece, una convenzione sui diritti umani (in cui fa parte anche la CEDU) ratificata e resa esecutiva in Italia, non costituisce attuazione né di norme internazionali generalmente riconosciute, né di principi generali internazionali di natura programmatica. Le regole pattizie enunciate in tale trattato potranno avere rilevanza costituzionale soltanto se sono strettamente correlate per il contenuto con norme "parallele" della nostra Costituzione che tutelano i diritti inviolabili dell'uomo (art.2 Cost.). Al contrario, se dette norme, considerate ed interpretate in modo isolato hanno il valore della legge ordinaria in cui sono state rese esecutive nel nostro ordinamento.

In mancanza di una regola costituzionale che, a somiglianza dell'art. 10, primo comma, Cost., attribuisca automaticamente valore sui diritti umani non generalmente riconosciuti, l'unica possibilità per cui regole internazionali particolari sui diritti dell'uomo acquistano efficacia nel nostro diritto è costituito da regole convenzionali in materia, ratificate e rese esecutive in Italia. In quanto dette norme da accordo riflettano nel senso prima detto precetti umanitari italiani riferibili all'art. 2 Cost., avranno nel nostro ordinamento valenza costituzionale.

³² S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 85.

Si è visto che le norme di un trattato reso esecutivo in Italia con atto normativo di rango non costituzionale per poter venire applicate nell'ambito della sovranità italiana, non debbono risultare in contrasto con nessuna norma costituzionale. Le norme del diritto convenzionale richiamate devono venir attuate in specie nel loro significato originario, così anche il parametro di legittimità costituzionale risulti esteso a differenza di quelli concernenti regole internazionali generalmente riconosciute, alle singole norme costituzionali e non solo ai principi fondamentali della Costituzione.

La nostra Corte costituzionale, mantenendo fede alla teoria che le norme convenzionali rilevabili dai trattati debbono conformarsi a tutte le regole costituzionali, ha tenuto ad assicurare sostanzialmente, una coordinazione fra le esigenze della comunità internazionale e quelle della comunità italiana.

In alcuni casi, la Corte è andata oltre, ha utilizzato come parametro di legittimità costituzionale delle norme convenzionali, non l'intera Carta fondamentale, ma addirittura norme internazionali generalmente riconosciute. La dimensione internazionale contribuisce così, a determinare la sfera di applicazione del parametro di legittimità costituzionale avendo riguardo alle linee tendenziali di tutela seguite, dallo stesso sistema internazionale³³.

3.1 La CEDU, come Carta dei diritti fondamentali a livello europeo

Prima di parlare della CEDU e del suo collocamento all'interno del sistema delle fonti del diritto italiano ed albanese, pare indispensabile offrire un quadro della creazione dell'organizzazione internazionale all'interno della quale la Convenzione opera, appunto il Consiglio d'Europa.

L'idea di una qualche forma di organizzazione europea destinata a promuovere l'integrazione tra gli Stati nel nostro continente ed a preservarli dalla tragedia della guerra nasce già durante l'ultimo conflitto mondiale, e la si trova specialmente in vari scritti di Winston Churchill, allora primo ministro britannico. All'indomani della

³³ Corte cost., sent. n. 96 del 1973.

liberazione, di fronte alle rovine lasciate da cinque anni di una guerra disastrosa, è lo stesso Churchill ad esporre con chiarezza questo progetto nel suo discorso a Zurigo il 19 settembre 1946. In questa occasione egli afferma che occorre «un rimedio che, come per miracolo, trasformi la situazione e nello spazio di qualche anno renda l'Europa intera libera e felice come oggi lo è la Svizzera»³⁴.

L'idea fu proprio quella di edificare una specie di Stati Uniti d'Europa. Successivamente altri importanti eventi concretizzano l'idea di Churchill sull'Europa unita. Il 17 marzo 1948 venne firmato il Trattato di Bruxelles, per la collaborazione economica, sociale, culturale e difesa collettiva. Il 7 maggio 1948 venne tenuto il Congresso dell'Aja presieduto da W.Churchill. Scopo del Congresso dell'Aja fu quello di dimostrare l'ampiezza del movimento europeista e di definire gli obiettivi per pervenire all'unità europea. Altri eventi importanti accaduti dopo il Congresso dell'Aja fanno rapidamente maturare le condizioni perché si raggiunga alla creazione del Consiglio d'Europa. Lo Statuto istitutivo dell'organizzazione venne firmato a Londra il 5 maggio 1949. Il Consiglio d'Europa tiene la sua prima sessione a Strasburgo dove viene fissata la sua sede centrale.

Il Consiglio d'Europa ha una classica struttura tripartita delle organizzazioni internazionali composto dai seguenti organi: *l'Assemblea parlamentare* (che lo Statuto invece indica in realtà come "Assemblea consultiva") di cui fanno parte i parlamentari degli Stati membri, *il Comitato dei Ministri*, composto dai Ministri degli affari esteri dei Paesi membri e il *Segretario Generale*, quest'ultimo lo Statuto non gli attribuisce la qualità di organo. In effetti lo Statuto concepiva la sua funzione secondo il modello del Segretario Generale delle Nazioni Unite, come puramente amministrativo e di supporto agli altri organi. La situazione ha riconosciuto un notevole cambiamento grazie alla prassi³⁵. I Paesi membri del Consiglio d'Europa attualmente sono 47.

Uno dei maggiori risultati conseguiti dal Consiglio d'Europa è stata la sottocrizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali aperta alla firma a Roma 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge n.848 del 1953. A livello internazionale, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo aprì la strada della tutela dei diritti dell'uomo attraverso il proliferarsi dei trattati e convenzioni, la Convenzione in parola si è ispirata a tale

³⁴ G.RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p.3.

³⁵ *Ibidem*, p.12.

Dichiarazione.

La CEDU può essere vista sotto un duplice profilo, come un manifesto politico che efficacemente richiama gli ideali di cui si ispirava W.Churchill, nella prospettiva di conseguire un'unione più stretta tra i membri attraverso la salvaguardia dei diritti universali; significativo in questo senso lo stesso preambolo nel quale indica la tutela dei diritti fondamentali sia una espressione di valori comuni, oltre che condizione per mantenere la pace. Il secondo profilo concerne la sua dimensione giuridica, quale l'atto internazionale europeo più importante che non si limita nel sancire i diritti dell'uomo e le libertà in maniera formale e declaratoria, bensì prevede anche gli strumenti di tutela di tali diritti nel caso in cui essi vengono violati da parte degli Stati contraenti.

Essa si compone di due parti, la prima di natura sostanziale, elenca i diritti garantiti (artt.1-18); nella quale spicca il richiamo ad un patrimonio culturale comune dei Paesi firmatari. Vengono considerati, quindi funzionalmente interconnessi una concezione comune, un rispetto comune dei diritti dell'uomo quale specchio di identità culturale tipica dei Paesi occidentali. La prima parte per quanto attiene i diritti dell'uomo è abbastanza ricca, ma carente per quanto riguarda i diritti sociali. Benché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo segue come modello la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, non c'è coincidenza, infatti, non tutti i diritti menzionati nella Dichiarazione sono elencati nella Convenzione.

La seconda parte di natura giurisdizionale, stabilisce i meccanismi di garanzia. I diritti garantiti dalla Convenzione sono garantiti anche a livello degli ordinamenti statali una volta che essi abbiano dato esecuzione alla Convenzione. La Convenzione costituisce una sorta di strumento rivoluzionario per i tempi in cui fu adottata ed ha servito da modello per altri cataloghi di natura regionale come la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969). Col tempo, la Convenzione ha subito modifiche e integrazioni. In primo luogo, sono aumentati i diritti garantiti, a cominciare da quello di proprietà ecc. La tecnica seguita è stata quella di redigere protocolli addizionali o "aggiuntivi" (ad oggi sono conclusi 15 Protocolli addizionali ed in fase di ratifica anche il Protocollo n. 16), ma dei protocolli che hanno determinato le modifiche più significative parleremo più avanti. Possono diventare parti della Convenzione gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

La Convenzione istituisce vincoli solidali o obblighi *erga omnes* nei confronti degli Stati contraenti. Essa delinea un ruolo nevralgico per la Corte di Strasburgo che

si apprezza dalla lettura combinata degli artt.32, 33, e 34; «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli». L'art. 33, vengono tratteggiati i caratteri del ricorso interstatale, in base al quale «Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte», che sul piano di controversie tra Stati, per la prima volta si può giungere a rappresentare l'interesse di chiunque venga leso nei propri diritti fondamentali a prescindere dallo statuto di cittadino o non cittadino. Infine, l'art.34 prevede il ricorso individuale diretto, in base al quale qualsiasi persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda di essere vittima di violazione, una volta esaurite le vie di ricorso diretto, può rivolgersi alla Corte per vedere in ipotesi condannato lo Stato per violazione di tale diritto. La “vittima” può quindi, per la prima volta nel panorama degli istituti di giustizia internazionale portare concretamente in giudizio il suo “oppressore”, in una prospettiva più avanzata di quella in cui si pone la Corte interamericana dei diritti dell'uomo³⁶.

I diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione europea possano essere suddivisi nelle seguenti categorie: *libertà delle persone fisiche* questa categoria comprende il diritto alla vita (art.2), il divieto dei trattamenti inumani e degradanti (art.3), il divieto della schiavitù, del lavoro forzato o obbligatorio (art.4), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art.5). La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha spesso dato un'interpretazione estensiva dei diritti garantiti dalla Convenzione. Altre categorie sono il diritto al processo equo, diritto al rispetto della vita privata, familiare, della corrispondenza e del domicilio, libertà del pensiero, protezione dell'attività sociale e politica e il diritto al rispetto dei beni, nonché i nuovi diritti quale il diritto alla *Privacy* ecc.

³⁶ E.MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 101.

3.2 I protocolli addizionali annessi alla CEDU, il Protocollo n. 16

Nel corso degli anni la procedura giurisdizionale è stata riformata attraverso la redazione di protocolli addizionali. Fin dalla istituzione della Corte di Strasburgo, la procedura consisteva nella presentazione dei ricorsi che dovevano necessariamente inoltrati alla Commissione la quale iniziava una procedura di carattere riservato, cioè, privo del principio di pubblicità. La funzione della Commissione era quella di determinare un filtro, valutando il profilo della ricevibilità dei ricorsi successivamente operava un tentativo di conciliazione. La Commissione terminava poi la propria parte di lavoro con un rapporto, che però non investiva il merito se era stata raggiunta una composizione bonaria dei punti di vista; altrimenti il rapporto conteneva un vero e proprio parere giuridico, non vincolante, trasmesso automaticamente al Comitato dei Ministri. Dal momento di tale trasmissione, decorreva un termine di tre mesi per adire la Corte da parte, rispettivamente; della stessa Commissione se aveva rilevato una questione giurisprudenziale particolarmente rilevante; dell'individuo che aveva originariamente presentato il ricorso. Una volta investita la Corte, si metteva in moto una procedura pubblica la quale conduceva ad una sentenza vincolante per le parti del giudizio; altrimenti si svolgeva un diverso procedimento, segreto e senza contraddittorio davanti al Comitato dei Ministri, che emetteva una risoluzione, parimenti vincolante³⁷.

In seguito all'entrata in vigore del protocollo n.11 (in Italia 1998), la procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo si è trasformata. Innanzitutto, la vecchia Commissione è stata estromessa dal novero degli organi chiamati ad occuparsi dei ricorsi. Il Comitato perde la funzione decisoria che poteva avere, esso sia chiamato a sorvegliarne l'esecuzione delle sentenze definitive emesse dalla Corte, diventa obbligatoria l'accettazione della giurisdizione da parte della nuova Corte ecc.

Con l'aumento del numero degli Stati membri del Consiglio d'Europa e degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la gestione dei ricorsi è diventata problematica. Per far fronte a tale situazione, è stato adottato il protocollo n.14 che aveva come scopo di emendare talune disposizioni della Convenzione al fine di rendere più snello il sistema di controllo. Le modifiche furono necessarie affinché la Corte continuasse a svolgere un ruolo prioritario nella protezione dei diritti

³⁷ *Ibidem*, p. 122.

dell'uomo in Europa. Tale protocollo entrato in vigore il 1° giugno 2010.

Il presente protocollo modificò innanzitutto il titolo secondo della CEDU, appunto, la parte relativa al procedimento giurisdizionale. Le linee della riforma per quanto possiamo menzionare sommariamente in questa sede riguardavano la modifica della durata del mandato dei giudici della Corte da sei anni come prevede il vecchio art. 23 a nove anni. Mentre rimane invariabile l'età di fine mandato stabilita a 70-anni. Essi non sono rieleggibili. Viene istituito il sistema del giudice unico.

Quindi la Corte si articola in Giudice unico, Comitati di tre giudici, Camera di sette giudici e Grande camera di diciassette giudici. Si sono apportate le modifiche anche per quanto concerne la terminologia da "Camere" a "Sezioni". La Camera di sette giudici viene chiamata, Sezione di sette giudici e la Grande camera di diciassette giudici, chiamata "Sezione allargata". Per i ricorsi individuali viene stabilito un nuovo motivo di irricevibilità. La procedura di esecuzione delle sentenze della Corte viene migliorata in seguito alle modifiche significative dell'art 46 della Convenzione. Qualora lo Stato soccombente non adempia, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa può portare la questione dinanzi alla Corte con decisione a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto a sedere nel Comitato.

Con il nuovo Protocollo n. 16 annesso alla Cedu, adottato dal Comitato dei Ministri il 10 luglio 2013 e aperto alla firma agli Stati contraenti il 2 ottobre 2013, sottoscritto dall'Italia il 2 ottobre 2013, non ancora ratificato, si introduce una nuova competenza alla Corte di Strasburgo. Il Consiglio d'Europa mosso proprio dall'esigenza di garantire la cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo ricordando che ricade sulle autorità giurisdizionali nazionali la responsabilità di attuare una protezione effettiva ai diritti sanciti dalla CEDU adottò il Protocollo n. 16.

Infatti, i lavori del Comitato dei Ministri iniziarono con la riunione di Varsavia³⁸ e successivamente le Conferenze di Izmir³⁹ e di Brighton⁴⁰. In sostanza, il Protocollo n. 16 chiama i giudici nazionali e in particolare le più alte giurisdizioni di rivolgersi direttamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo prima della decisione finale che gli stessi andranno ad adottare per chiedere un parere non vincolante, in ordine

³⁸ Tenutasi il 15-16 maggio 2005.

³⁹ Conferenza di Izmir tenutasi il 26-27 aprile 2011.

⁴⁰ Conferenza di Brighton tenutasi il 18-20 aprile 2012.

all'interpretazione del diritto della CEDU⁴¹.

In dottrina l'hanno chiamato un provvedimento epocale⁴² che, muovendosi sul crinale della cooperazione fra giudici nazionali ed europei, chiama le giurisdizioni superiori allo svolgimento di un ruolo che nell'ottica europea dovrebbe avere un duplice effetto. Per un verso, infatti, verrebbe implementato il ruolo e la funzione dei diritti di matrice convenzionale, resi più efficaci ed effettivi attraverso un meccanismo che, in modo equilibrato, induce le istanze nazionali a sviluppare al massimo le dirette conoscenze in ordine alla giurisprudenza della Corte europea e, in definitiva a evitare l'intervento della Corte europea al momento dell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

I pareri consultivi devono essere motivati⁴³ e non sono vincolanti⁴⁴ per la giurisdizione che lo richiede. È prevista altresì l'opinione dissenziente dei giudici, ognuno può redigere una opinione separata con l'obbligo di pubblicazione.

Occorre sottolineare che in dottrina hanno posto dei dubbi circa gli effetti non vincolanti dei pareri emessi dalla Corte, qualora il giudice nazionale si discosti dal parere preventivo della Corte europea, appare pressoché scontato il ricorso davanti alla Corte che ha espresso il parere e che poi difficilmente potrà smentirsi quando esamina lo stesso caso nella veste di giudice⁴⁵. Si tratta appunto dei dubbi sollevati in dottrina secondo la quale il parere consultivo può essere trasformato in una anticipazione del ricorso individuale, ovvero di una sorta di ricorso preventivo⁴⁶.

Come si evidenzia nel preambolo del suddetto Protocollo, il meccanismo preventivo adottato permetterà alla Corte di Strasburgo di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l'attuazione della Convenzione conformemente al principio di sussidiarietà. Inoltre, secondo l'affermazione rinvenibile nel *Rapporto esplicativo* che ha accompagnato l'adozione del Protocollo, secondo cui detti pareri s'inseriranno tuttavia nella giurisprudenza della Corte, accanto alle sue sentenze e decisioni. L'interpretazione della Convenzione e dei suoi

⁴¹ R.CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in www.giurcost.org, p. 1.

⁴² *Ibidem*, p. 4.

⁴³ Art.4 del Protocollo n. 16.

⁴⁴ Art. 5 del Protocollo n. 16.

⁴⁵ A.RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali*, in www.rivistaaic.it.

⁴⁶ G.SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n.16 CEDU*, in www.forumcostituzionale.it.

protocolli contenuta in tali pareri consultivi è analoga negli effetti agli elementi interpretativi esposti dalla Corte nelle sue sentenze e decisioni⁴⁷. Pertanto, i pareri consultivi vengono parificati con le decisioni della Corte EDU, per quanto attiene il valore interpretativo della Convenzione.

Tale meccanismo, come giustamente hanno sottolineato in dottrina, presenti forti similitudini con la pregiudiziale eurounitaria⁴⁸. In riferimento all'art.1 del Protocollo si è sostenuto che la richiesta di parere possa avvenire «solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi» all'autorità richiedente e che questa «deve motivare la richiesta di parere e di produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente». Da questi riferimenti appare evidente la natura concreta che si intende attribuire al parere, alla quale, non può non conseguire la momentanea sospensione del giudizio pendente⁴⁹.

Infatti, il giudice interno avrà un ruolo centrale essendo questo non soltanto l'unico ad avere piena conoscenza dei fatti in causa, ma anche di essere nella posizione più idonea nel valutare la pertinenza delle questioni di diritto sollevate e la necessità di una pronuncia interlocutoria rispetto al procedimento pendente. Il Protocollo entrerà in vigore il primo giugno del mese successivo alla scadenza di un primo periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo (art.8, par.1).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁸ R.ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali, il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo* in www.rivistaaic.it.

⁴⁹ *Ibidem*, p.32.

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE RIGUARDO IL COLLOCAMENTO DELLA CEDU NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. L'equiparazione della CEDU alla legge ordinaria.- 2. L'atipicità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. -3. L'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione riguardo la CEDU.- 4. L'orientamento dottrinale riguardo la qualificazione costituzionale della CEDU.- 5. La prassi della disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Convenzione da parte dei giudici comuni

1.L'equiparazione della CEDU alla legge ordinaria

Il silenzio del Costituente intorno ai trattati internazionali sui diritti umani, alla loro posizione nel sistema delle fonti o al meccanismo di adattamento per le norme convenzionali europee, ha fornito alla giurisprudenza costituzionale un argomento ulteriore per rifiutare il riconoscimento di una posizione di prevalenza in capo alla CEDU, anche quando le sue disposizioni avessero avuto riguardo alla condizione giuridica dello straniero. Pertanto la CEDU come tutti gli altri trattati internazionali, non è stata utilizzata come parametro diretto di costituzionalità delle leggi.

Questa è la posizione assunta dalla Corte nei primi anni della sua giurisprudenza, una posizione bene espressa con la sent. n.188/1980 (sentt. nn. 16/1981 e 17/1981), in cui si è ritenuto che in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica hanno valore di legge ordinaria e non possono costituire parametro di giudizio di legittimità costituzionale le sole disposizioni convenzionali (senza, cioè che le medesime abbiano connessione con una norma costituzionale parallela). «L'art.10, Cost., con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali,

contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte *ex art. 10* della Costituzione». D'altronde sulla medesima sentenza, la Corte costituzionale pone l'accento sull'eventuale influenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale dei diritti fondamentali.

La CEDU viene anzitutto presentata in negativo, per ciò che non è. Secondo la Corte, la Convenzione non è omologabile, quanto al trattamento voluto dal nostro ordinamento, al diritto comunitario o alle consuetudini internazionali. Si deduce che, quando assumono come propri alcuni contenuti di quella, sono sempre questi ultimi a godere dello *status* particolare discendente rispettivamente dagli articoli 10 e 11 della Costituzione. Esisteva una delimitazione in negativo del terreno d'appoggio della CEDU nella Costituzione italiana.

Per tutte le ragioni e le problematiche testé richiamate, l'intervento della giurisprudenza della Corte costituzionale è stato fondamentale nello stabilire il rapporto fra l'ordinamento italiano e la CEDU. Questo rapporto è di estrema importanza, poiché riguarda le fonti interne e le fonti convenzionali oggetto della nostra indagine. Ora la disciplina delle fonti è il nocciolo dello Stato di diritto dell'intero ordinamento e in larga parte delle costituzioni occidentali con una democrazia progredita.

La Corte costituzionale italiana, come abbiamo visto, inizialmente ha assunto una ferma posizione di chiusura e di rigoroso formalismo riconoscendo alla CEDU il solo rango di legge ordinaria e negando che le sue disposizioni potessero fungere da parametri di costituzionalità. Alla CEDU resa esecutiva con legge ordinaria spetterebbe la stessa posizione gerarchica della fonte di adeguamento, sia quanto all'efficacia attiva ossia, la possibilità di influenzare *lato sensu* il diritto nazionale sia quanto a quella passiva intesa come resistenza all'abrogazione.

Nella sent. n.188/1980 la Corte risolve il problema di collocazione della CEDU nel sistema delle fonti sotto due aspetti, di gerarchia delle fonti normative, da un lato, e dell'ambito di operatività dell'art. 10, Cost., dall'altro; «Sotto il primo profilo, 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 (ord. 454/79) le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sè sole, quali parametri di giudizio. Sotto il secondo profilo «questa Corte non può che ribadire la propria costante giurisprudenza che esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost», (sentt. 48/79; 32/60; 104/69; 14/64), mentre l'art. 11 Cost., neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale⁵⁰.

Lo stesso atteggiamento della Corte costituzionale trova conferma nella successiva giurisprudenza costituzionale negli anni 90', «per quanto riguarda la lamentata mancanza di adeguamento all'art. 6, paragrafo 3, lettera c), parte prima della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, anche a prescindere dal più volte ripetuto insegnamento che la norma pattizia non si colloca di per se stessa a livello costituzionale»⁵¹.

Essa sarebbe pertanto, secondo i normali principi di coordinamento tra norme essere subordinata alla Costituzione, sovraordinata alle fonti secondarie ed infine soggetta ai criteri *lex posterior derogat priori* ed *lex specialis derogat generali*. Quindi abrogabile da leggi successive che disciplinano la stessa materia⁵².

Un'altra sentenza di particolare interesse è la sent. n. 104 del 1969 nella quale i giudici remittenti tra i parametri di riferimento accanto, agli artt. 2, 3 e 10 Cost., avevano dedotto anche gli artt. 41, 16, e soprattutto l'art. 8 della CEDU. La Corte per avendo riconosciuto «che il secondo comma dell'art. 8 della Convenzione ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione, qualche sfumatura di miglior precisazione della tutela della riservatezza» affermò che tale disposizione non esclude, che possano aversi, in quest'ambito, ingerenze da parte della pubblica autorità, ritenendo che le disposizioni interne censurate si armonizzano perfettamente con il dettato della normativa internazionale.

Come si nota anche dalla giurisprudenza riportata, il Giudice delle leggi ha dunque, provveduto ad armonizzare le disposizioni interne con quelle di matrice convenzionale come se affrontasse un normale problema di interpretazione e

⁵⁰ Corte cost., n. 188 del 1980, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Corte cost., n. 315 del 1990,, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵² A.COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it.

coordinamento di testi normativi di pari grado, che persino gli stessi giudici avrebbero potuto risolvere senza troppe difficoltà. Quasi di escludere questioni di costituzionalità basate sull'equiparazione delle norme della CEDU alla Costituzione.

Successivamente i giudici ordinari invocavano sempre di più la CEDU come parametro di legittimità costituzionale delle norme interne. Infatti, nel corso degli anni si nota un particolare "attivismo" dei giudici di merito di avere un approccio con la Convenzione europea simile a quello che la Corte costituzionale ha avuto nei confronti del diritto comunitario, cioè la diretta applicazione delle disposizioni CEDU.

Negli anni ottanta la Corte ha espresso in modo più categorico l'equivalenza tra il rango delle norme di origine convenzionale e quelle della fonte interna di adeguamento. Una delle pronunce più esemplificative è la citata sentenza n.188 del 1980. La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici remittenti, riguardava il presunto contrasto tra gli artt. 125 e 128 del c.p.p allora vigente e gli artt. 2, 3, 10, 11, 21 e 24 Cost., l'art. 14 n.3 lett. d) Patto internazionale sui diritti civili e politici ed infine l'art. 6 n. 3 lett. c) CEDU.

Fin dalla seconda metà degli anni sessanta la Corte è stata costretta a confrontarsi con le disposizioni della CEDU, richiamate dai giudici ordinari come parametri per il giudizio accanto alle norme della Costituzione. In un primo momento essa ha evitato sulla loro forza formale, dando l'impressione di tenere a debita distanza tale questione⁵³.

La Corte costituzionale ha scelto di marginalizzare, per alcuni decenni, il problema della CEDU dall'orizzonte del giudizio costituzionale in via incidentale, escludendo di dover riconoscere alla Convenzione una possibile influenza sull'oggetto del giudizio medesimo, valorizzando un dato formale, ovvero il rango di fonte ordinaria della legge n. 848/1955, in nome del quale sarebbero stati i giudici comuni a dover impostare e risolvere i rapporti tra la stessa Convenzione e le altre leggi ordinarie⁵⁴. Di conseguenza, i giudici comuni avrebbero potuto operare con gli

⁵³ Nella sentenza n.98 del 1965, la Corte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, degli artt. 33 comma 2, 41 e 92 ultimo comma del Trattato istitutivo della CECA. In una parte della sentenza la Corte parla indirettamente anche della CEDU come segue: *non si nega che codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto e tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n.848.*

⁵⁴ E.MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013, p.104.

strumenti consueti che permettono loro di sciogliere le eventuali antinomie tra le fonti di pari rango attraverso l'uso del criterio cronologico oppure il criterio di specialità. Tale tipo di atteggiamento, alcuni commentatori hanno indicato come “agnosticismo” della Corte.

Il principio della diretta applicabilità nell'ordinamento interno affermato per le norme comunitarie, che trova il proprio fondamento nell'art.11 Cost., non trova applicazione per le norme della CEDU, le quali, anche se rivestono grande rilevanza, 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 contrasto⁵⁵.

La Corte costituzionale nella sua costante giurisprudenza ha sempre evidenziato le differenze di fondo che esistono tra le due organizzazioni sovranazionali, sottolineando appunto che la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce norme direttamente applicabili negli stati contraenti. Le norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali CEDU, in quanto norme pattizie, non rientrano nell'ambito di operatività dell'art.10, primo comma, Cost.

Secondo la costante giurisprudenza con l'espressione «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute», la norma costituzionale si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, nell'ordinamento giuridico italiano, le norme pattizie ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali come la CEDU, esulano dalla portata normativa del suddetto art.10 e non possono essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte *ex art.10 Cost*⁵⁶.

⁵⁵ M.CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”:* diritti fondamentali, fonti, giudici, in *Giur.cost.*, 2007, p.3477.

⁵⁶ Corte cost. sentt. nn. 188 del 1980, 153 del 1987, 168 del 1994, 288 del 1997, 32 del 1999, 464 del 2005.

2. L'atipicità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Prima di analizzare la sentenza della Corte Costituzionale che considera la CEDU una fonte atipica, appare opportuno discutere sulla nozione e il rango di tale fonte. L'efficacia della fonte atipica, e così il rango delle norme da essa prodotte, non si individua in base allo stesso criterio dell'efficacia formale che vale per le fonti comuni, quelle tipiche. (secondo il quale forza attiva e passiva, e forma della legge sono necessariamente connesse). L'efficacia delle fonti atipiche che concernono la produzione normativa di adattamento implica la dissociazione fra forza attiva e forza passiva, che di regola, sono congiuntamente annesse alla medesima fonte e individuano l'efficacia delle norme da essa derivate.

Infatti, la *vis abrogans* delle norme di adattamento e quelle della legge ordinaria; esse non sono in grado di modificare, abrogare o derogare i precetti di rango costituzionale; la loro forza passiva corrisponde, invece, a quella della legge costituzionale: esse resistono alle successive ed incompatibili disposizioni del legislatore ordinario e non possono essere caducate altrimenti che mediante il procedimento di revisione costituzionale. La fonte atipica, cede davanti alla Costituzione, mentre prevale sulla legge ordinaria⁵⁷.

Bisogna precisare che l'esistenza delle fonti intermedie fra Costituzione e legge, è connessa alla natura rigida della Costituzione. Basti pensare alla legge di revisione costituzionale, essa non può essere contrastata dalla legge ordinaria, ma può a sua volta abrogare o innovare il testo costituzionale⁵⁸.

Inoltre, la fonte atipica appare strumentale per le costituzioni rigide. Infatti, essa regola il rapporto fra la legge ereditata dallo Stato liberale, e le nuove altre forme che conferiscono rilevanza a varie cerchie dello Stato comunità nell'organizzazione dei processi produttivi del diritto. Finché dura la fase di atipicità della fonte, avremo un'autonomia emergente in taluni settori dello Stato-comunità, alla quale corrisponde, sul piano dello Stato-ordinamento, il ritirarsi della legge dentro i limiti funzionali, che ne circondano le possibilità di intervento nell'ambito riservato alla

⁵⁷ A. LA PERGOLA, *Introduzione a AA, VV, Costituzione dello Stato e norme internazionali*, a cura di, U. Leanza, Milano, 1988.

⁵⁸ Così come A. LA PERGOLA precisava: «ci troviamo, di fronte ad un ciclo evolutivo che si era già annunciato, almeno sotto qualche riguardo, in altre epoche storiche, con il passaggio dalle costituzioni brevi alle lunghe».

fonte stessa⁵⁹.

Nel caso quando la fonte atipica è un Trattato, la differenza rispetto alle altre fonti atipiche è evidente: la Costituzione regola nel caso in esame rapporti interordinamentali. La fonte di produzione interna è fatta funzionare in correlazione con la fonte di un ordinamento non solo autonomo, ma addirittura originario e diverso da quello dello Stato. Ciò non toglie, che l'interprete possa rintracciare una linea evolutiva, alla quale l'assetto del potere legislativo è venuto adeguandosi.

Infatti, tale evoluzione potrebbe intervenire ad opera della Corte costituzionale, ed ecco la sentenza n. 10 del 1993 sul tema del diritto di avere gli atti del processo tradotti nella propria lingua da parte dell'imputato straniero. Essa costituisce la maggior apertura verso la CEDU. Con la sentenza in questione, il Giudice delle leggi ribalta il suo rigoroso atteggiamento finora sostenuto, appunto, l'equivalenza tra la CEDU e la legge ordinaria⁶⁰.

Non traendo dal principio *lex posterior derogat anterior*, la conseguenza dell'abrogazione della normativa di attuazione della CEDU e del PIDCP a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, la Corte affermò quanto segue; «le norme internazionali appena ricordate sono state introdotte nell'ordinamento italiano con forza di legge propria degli atti contenente i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, essere considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81, quanto piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali insuscettibile di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria.....»⁶¹.

Occorre precisare, che la Corte costituzionale pone l'accento su aspetti di gerarchia delle fonti, la CEDU per le sue caratteristiche sarebbe fonte atipica

⁵⁹ *Ibidem*, pp.102 ss.

⁶⁰ In questa sentenza, il giudice *a quo* lamentava il contrasto dell'art. 555 3 comma, c.p.p. e del combinato disposto degli artt. 456, 2 comma e 458 c.p.p. con gli artt. 3. 1 comma, 24, 2 comma e 76 Cost. nonché con l'art. 6. n. 3 lett. a) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e con l'art. 14, 3 comma lett. a) del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Le suddette norme non prevedevano la traduzione del decreto di citazione a giudizio e dell'avviso contemplato dall'art. 456, 2 comma c.p.p. nella lingua originale dell'imputato straniero che ignorasse l'italiano; ciò comportava, secondo i giudici remittenti, una lesione del diritto di difesa, e al contempo una violazione dell'obbligo di rispettare le convenzioni internazionali relative ai diritti della persona e al processo penale imposto dall'art. 2, l. n. 81 del 1987.

⁶¹ Corte cost. n. 10 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 52 ss.

resistente all'abrogazione da parte della legge ordinaria. Mentre, per quanto riguarda il contenuto innovativo della pronuncia avrebbe indubbiamente richiesto una motivazione maggiore. La Corte, infatti, non ha precisato sotto quale profilo la fonte debba considerarsi atipica. Due sono le alternative di fronte alle quali è posto l'interprete: ritenere che l'atipicità attenga a tutte le norme esecutive di accordi internazionali (e che essa sia tale sotto il profilo della procedura) o ritenere che, invece, essa concerna le sole convenzioni internazionali sui diritti umani (e riguardi, cioè, il profilo della materia)⁶².

L'affermazione, si mostra in definitiva, oscura ed equivoca. Forse tale ambiguità di fondo oltre al fatto che l'inciso è stato pronunciato *ad abundantiam*, ha determinato che l'apertura della sentenza in esame non sia stata valorizzata nelle successive sentenze. Infatti, la sentenza in questione costituisce un caso isolato e singolare, nel quale il Giudice delle leggi afferma l'appartenenza della CEDU alla categoria della fonte atipica.

Proprio al momento quando si è fatto un passo avanti del ciclo già avvertito dall' A. La Pergola, riguardo la fonte atipica, la Corte costituzionale nelle successive sentenze torna a sostenere di nuovo l'equivalenza tra la CEDU e la legge ordinaria⁶³.

Il fatto che tale pronuncia non ha avuto seguito, conferma l'indirizzo originario della Corte, cioè, la prevalenza delle fonti ordinarie di adattamento ai trattati internazionali sui diritti umani. Su questi ultimi, il Giudice delle leggi ha continuato così come aveva fatto a partire dalla sentenza n. 20 del 1966 a ritenersi legittimo ad esercitare il controllo di costituzionalità per le altre fonti di legge ordinaria nell'ordinamento nazionale⁶⁴.

⁶² E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 73.

⁶³ L'ex Presidente della Corte costituzionale afferma che, dove c'è una fonte atipica, c'è un fenomeno di transizione e di dislocamento del potere legislativo dalle sedi tradizionali e passa nella sfera di appositi complessi organici. La stessa tendenza evolutiva si coglie sotto l'altro aspetto del *poder exterior*, che concerne il trattato. Come la nozione dell'atto interno connesso con la conclusione del trattato, e cioè, la legge si è nel corso del tempo evoluta, ed in qualche ordinamento si è arricchita di specificazioni, così la fonte pattizia è venuta ad assumere forme e dimensioni nuove, nonché, sempre più frequentemente i caratteri di una "legislazione" internazionale. Il fenomeno, si configura con maggior chiarezza proprio nei due settori del diritto convenzionale: i trattati concernenti i diritti umani e quelli istitutivi la Comunità Europea. Ora, negli ordinamenti in cui detti accordi hanno ricevuto attuazione può ben compiersi il ciclo: le fonti in origine atipiche, nel senso che ho detto, acquistano successivamente la fisionomia di un'autonoma fonte, che viene tipizzata e in quanto tale, affiancata alle altre di pari livello. Si veda: A. LA PERGOLA, in U. LEANZA, (a cura di), *Introduzione a AA, VV, Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, 1988, p. 42.

⁶⁴ MARIA PIA LARNÉ, in S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità Costituzionale*, CEDAM, Padova, 2009, p.380.

La decisione del 1993 rappresenta senza dubbio l'unico caso isolato di discontinuità della giurisprudenza costituzionale, rimasto senza seguito, mentre il rango ordinario della CEDU non è mai più stato messo in discussione, la successiva giurisprudenza costituzionale ha evidenziato la tendenza ad integrare per via interpretativa il contenuto delle norme costituzionali attingendo alla Convenzione, salvo alcuni atteggiamenti di chiusura alla integrazione⁶⁵.

La pronuncia n. 399 del 1998 è un esempio della rinnovata "diffidenza" della Corte nei confronti delle integrazioni da parte di norme di matrice internazionale. Detta sentenza, è importante anche perché emblematica dell'atteggiamento "autarchico" della Corte, che in rapporto all'art. 24 Cost., ha affermato che la norma, rispetto agli accordi internazionali «appresta a favore dell'imputato garanzie non meno pregnanti, certamente comprendenti il diritto, che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali enuncia in maniera esplicita, di avere notizia del procedimento che lo riguarda e di avere l'opportunità e il tempo di allestire le proprie difese». «I diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione»⁶⁶.

Infatti, nella sentenza n. 388 del 1999, concernente la valutazione del danno in sede di accertamento tecnico o ispezione giudiziale preventivi, la Consulta ha affermato la compiutezza del catalogo di diritti contenuto nella Costituzione. Quello che appare di particolare interesse nella anzidetta sentenza, è la parte conclusiva di essa.

⁶⁵ A.CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, p.147.

⁶⁶ Il giudice a quo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 c.p.p. che prevedevano in caso di irreperibilità e di efficacia del decreto di irreperibilità, che le notificazioni fossero eseguite mediante consegna di copia al difensore in rapporto agli artt. 3, 24 e 11 Cost. proprio, quest'ultima norma doveva ritenersi violata, poiché gli articoli del codice di rito contrastavano con l'art. 6 della CEDU. La Corte, ha per così dire, "corretto" il giudice *a quo*, sostituendo il riferimento all'art. 11 Cost. con quello all'art. 10 Cost. Così facendo, essa sembrerebbe aver ribaltato il proprio consolidato orientamento secondo il quale il "trasformatore permanente" dell'art. 10 Cost. opera solo in riferimento al diritto internazionale consuetudinario e non a quello pattizio. A.COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, cit., p. 17.

La Corte non ha ritenuto che la norma del codice di procedura penale fosse in contrasto con il dettato della Convenzione europea, rigettando pertanto la questione in base al presupposto dell' "autosufficienza" dell'ordinamento nazionale⁶⁷.

La Corte valorizza la sostanza della Convenzione, la Costituzione e la CEDU contengono diverse formule che esprimono i diritti umani, e anche al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, si integrano reciprocamente, completandosi a vicenda nella interpretazione⁶⁸.

Come è stato correttamente rilevato, la pronuncia non smentisce, il crescente ricorso all'eterointegrazione di contenuti normativi; conferma però che la Corte intende controllare i flussi di eterointegrazione che essa stessa crea⁶⁹.

In questo senso come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, è forse possibile vedere in questa pronuncia e non nella sentenza n. 10 del 1993 il punto di maggior apertura della Consulta alla Convenzione. Inoltre, la concezione dell'art. 2 come fattispecie "aperta" che la Corte sembra qui abbracciare è ritenuto il punto di partenza dell'ipotesi di copertura costituzionale della CEDU elaborata in dottrina sulla base di questa disposizione⁷⁰.

In questa linea può essere letta la quasi monolitica giurisprudenza con la nota eccezione della sent. 10 del 1993 sull'attribuzione alla CEDU del valore di legge ordinaria, salvo poi il recupero dei suoi contenuti, squisitamente costituzionali, in via di integrazione ermeneutica con le specifiche norme della Costituzione in materia di diritti (e dando sempre preferenza a queste ultime: sent. 388 del 1999). Il piano dell'interpretazione lascia, infatti, sostanzialmente "sovrano" chi è chiamato a selezionare il materiale da interpretare e infine applicare.

Dal suo canto, la Corte di Strasburgo ha trovato nei giudici comuni la necessaria sponda di riferimento per la sua giurisprudenza, facendo sicuro affidamento sulla loro disponibilità ad utilizzare la CEDU per come dalla stessa interpretata nella risoluzione

⁶⁷ Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.p. rispetto agli artt. 24 e 11 Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 6 par. 1 CEDU), poiché la norma non consentiva a chi avesse urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la condizione di cose, di chiedere che la valutazione dei danni fosse effettuata contestualmente all'accertamento tecnico. La Corte non ha ritenuto che la norma del codice di procedura penale fosse in contrasto con il dettato della Convenzione europea, rigettando pertanto la questione in base al presupposto dell'"autosufficienza" dell'ordinamento nazionale.

⁶⁸ E.MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p.106.

⁶⁹ C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. Cost.* 1999, p. 2999.

⁷⁰ 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, p. 3009.

dei casi concreti, fino al punto massimo di riconoscere la Convenzione sovraordinata rispetto a leggi contrastanti ed attribuirle persino diretta applicazione a preferenza di quelle. Ciò, si badi, pur in assenza di canali “istituzionali” di collegamento fra giudici comuni e Corte di Strasburgo e a prescindere dalle altre forme a partire da quelle legislative con cui possono rilevare le sue pronunce.

Giunti a questo punto, dopo aver ripercorso tutte le tappe fondamentali della giurisprudenza costituzionale, pare opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive.

Pare, innanzitutto, che la Corte si sia fatta interprete delle istanze “nazionalistiche” più e più volte abbracciate anche dagli organi politici, preoccupandosi di escludere di volta in volta, sul piano interpretativo, l’eventualità che singole norme della CEDU potessero offrire ai diritti fondamentali una protezione più accentuata da quella prevista dalle leggi interne⁷¹.

In questo senso, l’atteggiamento del giudice delle leggi è stato definito “autarchico”: Secondo il punto di vista che anche la Consulta ha mostrato di condividere, la legislazione italiana non presenterebbe nessun settore, disposizione o istituto che non sia conforme allo standard minimo di protezione richiesto dalla Convenzione.

Proprio perché, agli occhi della Corte, la normativa interna di rango primario è già conforme alla disciplina convenzionale (cosa che, per lo meno in alcune delle pronunce da essa esaminate, appare fortemente dubbia), il suo contributo all’adeguamento del diritto interno agli obblighi derivanti dai trattati internazionali vincolanti per lo Stato si è rivelato marginale, se non del tutto assente⁷².

Tutte le pronunce della Corte che si sono esaminate appaiono caratterizzate da una contraddizione di fondo. Il giudice delle leggi, infatti, muove i passi del proprio ragionamento partendo dal presupposto costante del grado primario della CEDU nella gerarchia delle fonti: essa sembra anzi preoccuparsi di non tralasciare in nessuna occasione tale rilievo, come a ribadire la necessità di una “decostituzionalizzazione” dei problemi che le vengono via via sottoposti.

D’altro canto, però, dopo aver precisato tutto ciò essa provvede comunque a svolgere un controllo nel merito, per escludere il contrasto con le norme di matrice

⁷¹ A. COLLELA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell’integrazione della CEDU nell’ordinamento italiano*, cit., p.20.

⁷² S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 15.

convenzionale: talora lo fa interpretando estensivamente le disposizioni interne, al fine di armonizzarle con quelle di fonte CEDU; talvolta, invece, come nella sentenza n. 188 del 1980 adottando un'interpretazione restrittiva⁷³.

L'operazione, com'è stato detto, risulta priva di giustificazione, quanto meno rispetto all'*iter* argomentativo che la Corte fa mostra di seguire: dalla statuizione del valore di legge primaria nella gerarchia delle fonti discenderebbe, come conseguenza logica, l'assoluta irrilevanza di un eventuale contrasto tra il diritto interno e la Convenzione europea; la mancata attuazione o il mancato rispetto degli obblighi derivanti da quest'ultima costituirebbero indubbiamente inadempimento in sede internazionale (sanzionabile con i "mezzi di reazione" previsti da tale ordinamento), ma non potrebbero in alcun modo formare l'oggetto di un sindacato di costituzionalità da parte della Consulta.

I filoni della giurisprudenza costituzionale fino a questo momento formati, li possiamo riassumere come segue:

- 1). La Corte evita di formalizzare il rapporto tra la Costituzione e norme internazionali sui diritti dell'uomo, ribadendo che queste ultime hanno un rango puramente legislativo.
- 2). Attraverso il riferimento alla fonte "riconducibile a una competenza atipica", la Corte ha tuttavia affermato, sia pure in una sola occasione, che tali norme sarebbero sottratte al comune principio della *lex posterior*, e godrebbero di una speciale forza di resistenza nei confronti della legge ordinaria. Il Giudice delle leggi nega un eventuale abrogazione da parte delle fonti primarie successive alla CEDU.
- 3). Analizzando la più risalente giurisprudenza costituzionale, dall'altro canto, notiamo che la CEDU e le altre convenzioni internazionali sui diritti umani operino di fatto come parametri di costituzionalità, anche se, come si è visto, la loro idoneità è esclusa in linea di principio. Il Giudice delle leggi parte dal presupposto costante che questi strumenti abbiano grado primario nella gerarchia delle fonti, ma poi contraddittoriamente, svolge comunque, nella maggior parte dei casi, un controllo nel merito, al fine di escludere il contrasto tra la disposizione interna sindacata e quella internazionale⁷⁴.

⁷³ A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, cit., p.22.

⁷⁴ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 366.

3. L'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione riguardo la CEDU

La Corte di cassazione in concomitanza con la Corte costituzionale ha affrontato in modo differente, la questione della posizione nella gerarchia delle fonti, nell'ordinamento giuridico delle norme di matrice convenzionale.

Uno dei punti, che a mio avviso rendono l'atteggiamento della Corte di Cassazione diametralmente opposto, rispetto a quello del Giudice delle leggi, è il riconoscimento del carattere *self-executing* alle disposizioni CEDU. Per cui, dette disposizioni sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento, senza perciò limitarsi ad una efficacia solamente programmatica, tale da richiedere una specifica attività normativa dello Stato al fine di ottemperare all'obbligo internazionalmente assunto.

Il lungo cammino della diretta applicabilità, iniziò con la famosa sentenza della Cassazione, *Polo Castro*⁷⁵ n. 1418 del 1989 che finalmente definisce la Convenzione europea dei diritti dell'uomo parte integrante del diritto italiano;

«Le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio nell'ordinamento italiano. La "precettività" in Italia delle norme della Convenzione consegue dal principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè

⁷⁵ Il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze, su richiesta del Ministro di Grazia e Giustizia, aveva emesso ordine di cattura *ex art. 663 c.p.p. 1930* a carico del sig. Polo Castro, colpito da mandato d'arresto del giudice istruttore del Tribunale di Ginevra per truffa, falso e altri reati. Contro tale provvedimento – divenuto nel frattempo "ordine di arresto" per effetto dell'art. 5 legge n. 330/1988 – il difensore aveva proposto ricorso per Cassazione, asserendo l'ammissibilità di tale mezzo di gravame sulla base, tra le altre, delle seguenti considerazioni: a) con l'ordinanza dell'11 ottobre 1983 (ric. *Angelopoulos*) la seconda sezione penale aveva ribaltato il proprio precedente orientamento, ammettendo il ricorso per cassazione contro l'ordine di cattura emesso dal pubblico ministero per fini estradizionali; b) la negazione della possibilità di ricorrere per cassazione contro tale provvedimento avrebbe comportato una violazione dell'art.5 CEDU, che attribuisce ad ogni persona privata della libertà il "diritto di presentare ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale".

da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale e automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato».

Con la sentenza in questione, il giudice di nomofilachia ha sciolto un nodo problematico: quello della diretta applicabilità delle norme della Convenzione, riconoscendo al diritto internazionale convenzionale una copertura costituzionale *ex art.10 Cost.*; «La “precettività o meno nel nostro Paese, delle norme della Convenzione, atteso che per essa e per il protocollo addizionale è intervenuta l'autorizzazione alla ratifica di esecuzione (l. 4 agosto 1955 n. 848), consegue dal principio generalmente indicato come quella di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale, per il quale è operante l'art.10 Cost.».

L'immediata operatività era, nel caso, agevolata dalla circostanza che lo strumento internazionale *de qua* ricalcava il modello di un atto interno completo nei suoi elementi.

Certo è che, per un verso o per l'altro, restava aperto il problema della possibilità di riservare alle varie norme della Convenzione, in ragione del loro diverso contenuto normativo, a quelle immediatamente precettive contrapponendosi quelle a contenuto in apparenza prevalentemente programmatico o comunque insuscettibili di immediata traduzione interna, che dia ad esse esecuzione⁷⁶.

In un clima poco favorevole, il giudice di nomofilachia fece il passo avanti, considerando le norme CEDU, direttamente applicabili nel nostro ordinamento. La Corte costituzionale si è mossa in direzione opposta alla precedente giurisprudenza costituzionale (sent. n. 104 del 1969, sent. n. 188 del 1980) determinando così, un contrasto tra le due giurisprudenze.

Anche il caso *Medrano*⁷⁷ del 1993 sulla scia della pronuncia *Polo Castro* rappresenta uno dei momenti di massima apertura dell'ordinamento italiano al “diritto

⁷⁶ S.BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 324.

⁷⁷ Il cittadino argentino Juan Carlos Medrano (condannato per un reato in materia di stupefacenti) aveva presentato ricorso per Cassazione contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Trento che aveva rigettato l'appello da lui proposto, confermando il provvedimento con il quale era stata disposta, nei suoi confronti, l'esecuzione a pena espiata della misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato. Il ricorrente affermava che l'espulsione avrebbe violato i diritti fondamentali ed irrinunciabili (suoi, nonché della moglie e del figlio di quattro anni) concernenti la tutela della famiglia e dell'educazione della prole, riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo ratificati dall'Italia.

di Strasburgo”. Da un lato, come si nota nella sentenza, la prima sezione penale ha seguito la strada imboccata dalle Sezioni Unite nel caso *Polo Castro*, ritenendo che l’art. 8 CEDU fosse suscettibile di applicazione immediata; dall’altro, essa si è mostrata sorprendentemente attenta a recepire gli stimoli e le sollecitazioni provenienti dal testo della Convenzione e cosa ancor più interessante e “insolita”, nel panorama giurisprudenziale italiano di quel periodo dalla giurisprudenza della Corte e della Commissione europea dei diritti dell’uomo.

La pronuncia potrebbe forse essere interpretata come la presa di coscienza che la tutela dei diritti dell’uomo sul piano interno e su quello internazionale non si sviluppano, per così dire, “a compartimenti stagni”, e che, conseguentemente “quanto più il giudice nazionale è ‘parsimonioso’ nell’applicazione delle norme internazionali in materia di diritti dell’uomo e disattento alla evoluzione della giurisprudenza degli organi internazionali di tutela, tanto più il Paese sarà esposto a conseguenze sul piano europeo o universale⁷⁸”.

Tale pronuncia, pur escludendo il parallelo col diritto comunitario, richiamava la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee che impone ai giudici nazionali di applicare la Convenzione in quanto vincolanti ai principi generali del diritto comunitario.

In seguito la Cassazione civile giunse ad affermare che il giudice nazionale, ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale con la CEDU, «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»⁷⁹.

Tuttavia il valore “precettivo” delle norme della Convenzione europea, data dalla giurisprudenza della Cassazione non è stato pacifico. Infatti, nel 1996 una sezione della Corte di cassazione, posta di fronte al problema di utilizzazione diretta di norme della Convenzione, faceva ricorso alla contrapposizione fra norme convenzionali suscettibili di immediata applicazione e norme la cui applicazione dipende da una specifica normativa interna, che dia ad esse esecuzione.

Ancora nel 1999, la Corte di cassazione, ha escluso di poter riconoscere, in assenza di una legge statale di esecuzione, portata precettiva alla disposizione che

⁷⁸G. RAIMONDI, *Un nuovo status nell’ordinamento italiano per la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.* 1994, p. 444.

⁷⁹ Sentenza 19 luglio 2002, n. 10542.

garantisce un generico diritto di riparazione ad ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione delle norme convenzionali (art. 5, par. 3 CEDU)⁸⁰.

Nel 2005, (Cass. S.U. n. 28507/2005), la Cassazione riaffermava l'obbligo di disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU. La Suprema Corte nella specie, superando un precedente orientamento di segno contrario, riconobbe che il diritto all'equa riparazione per la irragionevole durata del processo, previsto dalla legge Pinto (2001), non nasce in realtà col suddetto rimedio interno, bensì dal momento dell'entrata in vigore della legge di esecuzione della CEDU che l'ha resa immediatamente applicabile⁸¹.

Anche se a tale pronuncia non sono mancate le critiche in dottrina nei confronti del giudice di legittimità, di essersi espresso in modo poco avveduto sul tema della disapplicazione della norma interna contrastante con la CEDU e di avere dato luogo ad un'affermazione frutto di estemporaneità. In realtà, l'esplicita condivisione del principio della disapplicazione della norma interna contrastante con la CEDU, non ha trovato un particolare approfondimento circa le tematiche sottese alla compatibilità di un simile opzione interpretativa con l'art.117, primo comma, Cost., nuova versione, sembrava ancora una volta segnare una nuova pagina nei rapporti tra diritto interno e la CEDU⁸².

È stata poi la Cass. n. 7923/2005 a voltare definitivamente pagina «le norme della Convenzione impongono dunque agli Stati contraenti obblighi giuridici direttamente vincolanti» sicché «tali norme una volta entrate a far parte nell'ordinamento giuridico nazionale con la forza di legge che è propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione, costituiscono fonti di diritto e doveri per tutti i soggetti».

Ancora nel 2006, (Cass. pen. S.U. n. 37483), in tema di interpretazione del diritto interno alla luce delle norme della CEDU, resa sempre a proposito dei processi penali in contumacia, ove per risolvere un contrasto interpretativo dell'art. 175 c.p.p., è stata attribuita rilevanza decisiva alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Infatti, la Corte di Cassazione concludeva per la disapplicazione del citato art.175 c.p.p., poi modificata proprio per adeguarsi alla giurisprudenza europea, nella parte in cui non consentiva l'accoglimento della domanda di una nuova celebrazione del

⁸⁰ S.BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 325.

⁸¹ B.RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 151.

⁸² R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, p. 111.

processo, fuori dai termini in essa previsti, quando si è intervenuta sul caso di specie una pronuncia di Strasburgo che abbia dichiarato la violazione dell'art.6 CEDU.

Mentre per quanto riguarda l'ultimo aspetto, quello concernente la forza vincolante delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, la più importante delle vicende giurisprudenziali sembra quella culminata nel caso *Somogyi* in tema di giudizio contumaciale, dove il giudice di legittimità ha formulato il seguente principio di diritto:

«nel pronunciare su una richiesta di restituzione nel termine per appellare proposta da un condannato dopo che il suo ricorso è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione di detta Corte, con cui è stato riconosciuto che il processo celebrato "*in absentia*" è stato non equo: di talché il diritto al nuovo processo non può essere negato escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea, né invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale».

Come già rilevato, la sentenza della Cassazione *Somogyi*⁸³ stabilisce due principi: l'obbligo per il giudice di conformare la propria decisione all'accertamento fatto a Strasburgo rispetto alla compatibilità con l'art. 6 CEDU dello svolgimento del processo; l'impossibilità per il giudice di sottrarsi al vincolo della sentenza europea, invocando l'autorità del giudicato che consegue all'applicazione del rito processuale italiano. Tra l'altro, l'assenza di una norma italiana che contrasti la *restitutio in integrum* può essere la ragione per cui la sentenza non affrontava i temi generali del rango della Convenzione e delle sue applicazioni giurisprudenziali, nonché del meccanismo teorico che giustifica la loro prevalenza.

⁸³ Il ricorrente – un cittadino ungherese residente in Ungheria era stato condannato in contumacia alla pena di otto anni di reclusione per aver importato e venduto in Italia una partita d'armi. Arrestato in Austria, veniva estradato in Italia, dove gli veniva notificato l'ordine di esecuzione. Somogyi faceva pervenire al Tribunale di Rimini un'istanza di rimessione in termini per poter proporre impugnazione contro la sentenza, che veniva respinta; proponeva poi appello tardivo, sorretto dalla prova della dedotta nullità della notifica dell'estratto contumaciale, che la Corte d'appello di Bologna dichiarava inammissibile, e infine ricorso per cassazione, che veniva rigettato. Si rivolgeva quindi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che si pronunciava il 18 maggio 2004 accertando la violazione dell'art. 6 CEDU. Secondo l'argomentazione della Corte di Strasburgo, la norma in questione ammette la possibilità che i processi vengano celebrati *in absentia*, ma viene violata quando un individuo condannato in contumacia non possa ottenere in riesame della propria posizione, ogniqualvolta non sia accertato in maniera inequivoca che egli abbia rinunciato al suo diritto di comparire e difendersi; essa impone pertanto alle autorità giurisdizionali nazionali di verificare se l'accusato abbia avuto la possibilità di avere conoscenza diretta del procedimento a suo carico, quando sorga su questo punto una contestazione che non appaia manifestamente infondata.

Le peculiarità del caso assieme all'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di effetti delle proprie condanne (artt. 41 e 46 CEDU) hanno spinto la Cassazione così in avanti, fino a ritenere il giudizio di Strasburgo come un vero e proprio ulteriore grado di giudizio rispetto a quelli interni, dotato della forza di vincolare il giudice nazionale successivamente investito della stessa questione.

Per ciò che riguarda il vincolo delle sentenze di condanna CEDU in termini di puntuale accertamento di violazioni, destinato a ripercuotersi sul giudizio interno, occorre rilevare come simile meccanismo non sia affatto escluso dagli artt. 41 e 46 della Convenzione. Partendo dal primo, laddove esso attribuisce il potere alla Corte europea di riconoscere un equo indennizzo alla vittima della violazione, occorre sottolineare come simile riconoscimento sia subordinato alla valutazione dell'impossibilità che gli effetti della violazione possano essere *integralmente rimossi* nell'ordinamento interno.

La Corte dovrebbe, dunque, essere legittimata a verificare che l'ordinamento interno offre la possibilità di rimedi, indicando, per forza di cose, anche quale tipo di rimedio puntuale essa ha in mente (altrimenti la vittima si troverebbe nel rischio di essere "palleggiata" tra Strasburgo e il giudice interno, che potrebbe agevolmente farsi scudo della laconicità della sentenza europea sul punto)⁸⁴.

Giudice interno, dal canto suo, sarà tenuto a far il massimo sforzo possibile per dar seguito alla pronuncia di Strasburgo, posto che esso è destinatario del vincolo di osservanza delle condanne di Strasburgo sancito all'art. 46 CEDU, al pari degli altri organi costituzionali statali. Certo, si tratta di un'interpretazione particolarmente delicata, per l'ampiezza degli esiti che ne possono derivare, ma, appunto, non si tratta di un'opzione disancorata dalla lettera della Convenzione stessa. L'atteggiamento esplicito della Corte di Cassazione a favore della forza vincolante della CEDU, in un contesto nazionale caratterizzato dalla scarsa trasparenza della Corte costituzionale italiana sul valore della CEDU prima delle sentenze gemelle, appare sorprendente.

Ma ciò che lasciava perplessi era l'adozione nei confronti della CEDU di un trattamento analogo a quello riservato ai regolamenti comunitari, sulla base di una supposta omologa immediata applicabilità. Come hanno rilevato in dottrina, l'affermazione della natura *self-executing* di una norma non equivale alla affermazione della sua precettività: la prima attiene alla "sufficiente determinatezza"

⁸⁴*Ibidem*, p. 3.

in rapporto al caso regolare, la seconda e fatta in astratto⁸⁵. Infatti, i regolamenti comunitari hanno natura e struttura assimilabili a quelle delle leggi ordinarie e per questo si distinguono dalle direttive c.d. *self-executing*, le quali vincolano solo ad un certo risultato il legislatore nazionale, che resta libero di scegliere i mezzi per il suo perseguimento, le norme CEDU, invece hanno struttura ed effetti assimilabili a quelle delle disposizioni costituzionali⁸⁶.

La situazione di confusione per il giudice di legittimità risale dalla nota sentenza poc'anzi richiamata *Polo Castro* che, riconoscendo la natura *self-executing* delle disposizioni CEDU compiva così un primo passo nella direzione di una loro equiparazione ai regolamenti comunitari, estendendo il criterio della prevalenza sulla norma interna incompatibile.

Per quanto concerne gli effetti di vincolo delle sentenze della Corte di Strasburgo. con la sentenza *Somogyi* la Cassazione sembrava essere approdata a una soluzione “forte”, che valorizzava l’elaborazione giurisprudenziale della Corte europea e giungere addirittura a postulare che il giudicato interno “ceda il passo” agli obblighi di esecuzione che derivano dalle condanne per l’Italia.

4. L’orientamento dottrinale riguardo la qualificazione costituzionale della CEDU

È interessante vedere gli sviluppi dottrinali che si sono avuti riguardo la CEDU. Nel corso degli anni la dottrina aveva battuto numerose vie per “costituzionalizzare” la CEDU e conferirle così, un rango superiore a quello della legge ordinaria. Un primo tentativo fu quello di dare una copertura costituzionale alle dette disposizioni mediante l’art. 2 Cost., con riferimento ai “diritti inviolabili”.

L’aggettivo “inviolabile” contenuto nell’articolo sopraindicato non vuol dire che il legislatore ordinario non può violare quei diritti, perché, per effetto della

⁸⁵ B.RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p.152.

⁸⁶ *Ibidem*, p.153.

rigidità della Costituzione, il legislatore non può violare nessuna delle norme ivi contenute. Quei diritti sono considerati evidentemente più essenziali di tutti: perciò sono inviolabili anche da parte del legislatore costituzionale. Come la Corte costituzionale ha avuto più modo di precisare; si rinvergono nella nostra costituzione dei principi strutturali definiti «supremi che non possono essere modificati o sovvertiti nel loro contenuto essenziale neppure da leggi costituzionali o da altre leggi costituzionali».

Infatti, questo è il punto di partenza della dottrina maggioritaria che sostiene la qualificazione costituzionale della CEDU proprio perché tali diritti fanno parte del “nucleo duro” della Costituzione italiana. Essi hanno un rango costituzionale e in larga scala coincidono con i diritti elencati nella CEDU.

Una violazione da parte del nostro legislatore, delle disposizioni CEDU costituirebbe, oltre che inadempimento di un obbligo internazionale, sanzionabile dal diritto di Strasburgo, ma anche la violazione della nostra Costituzione, pertanto censurabile dalla Corte costituzionale.

Questa soluzione dottrinarie muove dal presupposto che la norma in questione sia considerata “aperta”⁸⁷. Il che significa che l’art. 2 Cost., non riguarda esclusivamente i diritti elencati nella Costituzione, quindi tipizzati, ma anche altri diritti che non sono esplicitamente richiamati nella nostra Costituzione. In base all’art.2 Cost., come clausola aperta, in dottrina hanno tentato di dare una copertura costituzionale alla CEDU (A.Barbera, A.La Pergola)⁸⁸.

La dottrina è divisa in due grandi schieramenti, una parte lo ritiene l’art. 2 una norma “aperta”, mentre l’altra parte lo ritiene “chiusa”. A sostegno dell’interpretazione “aperta” dell’art. 2 Cost., viene tradizionalmente usata l’argomentazione che fa leva sulla mancanza in costituzione di una esplicita tutela del diritto alla vita, che pure è da considerare presupposto di tutti i diritti a partire dalla libertà personale e dal diritto alla salute.

La Corte costituzionale è stata in passato assai ferma a negare la lettura aperta

⁸⁷ Un dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è avuto, riguardo la natura dell’art. 2 Cost. e in particolare l’ampiezza della tutela assicurata da detto articolo alle posizioni soggettive attive. In tale dibattito sono emerse interpretazioni molto diversificate a partire dalla posizione estrema che vede nell’art.2 una norma in “bianco” che consente di “importare” nel sistema dei diritti tutelati dalla nostra costituzione tutti quegli interessi che l’evoluzione della coscienza porta ad accreditare. All’estremo opposto potrebbe collocarsi l’interpretazione secondo la quale l’art.2 sarebbe una “clausola riassuntiva” dei diritti di libertà contenuti nel catalogo costituzionale.

⁸⁸ A.BARBERA, in *Commentario della Costituzione*, G.BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali (artt.1-12)*, Bologna –Roma, 1975,

dell'art.2 Cost., sposando, appunto, la teoria del catalogo chiuso dei diritti. Tale atteggiamento è ancora più chiaro nella sent. n. 98 del 1979 dove la Corte affermò che «non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti». Successivamente c'è una graduale apertura verso il riconoscimento di diritti nuovi non contemplati dalla Costituzione.

Questo avviene attraverso l'impiego della tecnica di bilanciamento che consiste di prendere in considerazione anche interessi che non hanno uno specifico riconoscimento in Costituzione. Si pensi ad esempio quando la Corte ha dovuto occuparsi dell'*identità sessuale*, essendo stata contestata la legittimità della legge che consente ai transessuali la correzione delle indicazioni anagrafiche del sesso, ha difeso la legittimità della legge sulla base principalmente del diritto alla salute del transessuale, contestando gli argomenti mossi sulla base dell'art.2 invocato dal giudice remittente per contestare il diritto all'identità sessuale.

Ha talvolta affermato l'esistenza di un *diritto fondamentale all'abitazione* e a proposito dell'aborto e ha riconosciuto *il diritto alla vita* del concepito nella celebre pronuncia sull'aborto n. 27 del 1975, dove la Consulta aveva imposto il problema sui termini di un bilanciamento sul terreno sanitario fra la tutela del concepito, e in particolare «dell'embrione che persona deve ancora diventare», e, «il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona»⁸⁹.

Ma non sembra che ciò abbia comportato affatto un'adesione della Corte alla teoria del catalogo aperto. Il richiamo all'art. 2 Cost., è servito piuttosto come argomentazione aggiuntiva per giustificare una assai più normale bilanciamento degli interessi⁹⁰.

Se la lettura dell'art. 2 Cost., come norma “aperta” rappresenta il primo passo per accordare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo copertura costituzionale, e stato peraltro osservato che neppure l'interpretazione riduttiva che la vuole invece norma “chiusa” sbarrerebbe la strada a questa operazione: attraverso il riferimento a “diritti impliciti”, “diritti strumentali” e “diritti trasversali”, i sostenitori di tale concezione sono arrivati a sostenere, infatti, posizioni non molto diverse da quelle dei fautori dell'opposta concezione “aperta”, cosicché le due teorie appaiono a ben vedere quasi indistinguibili⁹¹.

⁸⁹ S.BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp.132 ss.

⁹⁰ R. BIN, G. PITRUZZELLA: *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino 2002, p. 390.

⁹¹ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 368.

Ad ogni modo, poiché l'interpretazione estensiva appare quella effettivamente recepita nel diritto vivente, e possibile affermare che l'art. 2 Cost., può senz'altro costituire la base per un'ipotesi di "copertura" costituzionale della Convenzione europea.

Parte della dottrina arrivava nella conclusione opposta che l'art. 2 non aggiunge nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni⁹². L'art.2 è sotto il profilo qui considerato va inteso perciò come avente la sola anche se fondamentale funzione di conferire il crisma dell'inviolabilità ai diritti menzionati in Costituzione. Questa parte della dottrina muove da altri presupposti nel qualificare la CEDU ricorrendo alla teoria della fonti atipiche, o della specialità della legge che introduce il trattato o al principio *pacta sunt servanda*, o (P.Barile) al principio *pacta recepta sunt servanda*⁹³.

Un altro tentativo di attribuire alla CEDU rango anche formalmente costituzionale fu quello che si riconnette al primo comma dell'art. 10 Cost. (G.Berti, N. Carulli), le varianti prospettate dalla dottrina sono molte: c'è chi ha sostenuto, innanzitutto, che la norma in esame adatterebbe automaticamente il diritto italiano tanto al diritto internazionale generale quanto al diritto internazionale convenzionale. La tesi contrastava però con il chiaro intento del Costituente, che (come si legge nei lavori preparatori) ha voluto escludere in modo inequivoco i trattati internazionali dal rinvio operato dall'art. 10 Cost. Anche per tutte le ragioni che sono esposte nella parte introduttiva di questa tesi, si deve escludere in modo assoluto una eventuale riconduzione della CEDU all'art 10, primo comma, Cost.

Lo stesso si può affermare, per quanto riguarda altri tentativi della dottrina, di una copertura costituzionale della CEDU mediante l'art 11. Cost (G.D'Orazio).

⁹² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984.

⁹³ F.COCOZZA, *La CEDU come "Costituzione europea dei diritti fondamentali"*, in R.ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994., p.234.

5. La prassi della disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Convenzione da parte dei giudici comuni

Nonostante l'atteggiamento favorevole della Cassazione, alla disapplicazione della normativa interna qualora quest'ultima fosse in contrasto con le disposizioni CEDU, effettivamente in alcun caso concreto il giudice di nomofilachia aveva disapplicato la legge nazionale. Al contrario, i giudici di merito hanno applicato la norma di matrice convenzionale al posto di quella interna ritenuto con essa incompatibile.

Un primo caso⁹⁴ con cui il Tribunale di Genova ha disapplicato l'art. 9, comma 21, ultima parte, d.lgs. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito in l. 28 novembre 1996, n. 608. che non consente al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto di lavoro del dipendente dell'Ente poste italiane al quale sia stato illegittimamente apposto un termine. La decisione risulta ancora più audace per il fatto che la Corte costituzionale nella sentenza n. 419/2000 aveva "salvato" il suddetto art. 9, comma 21, ritenendolo conforme agli artt. 101, 102 e 104 Cost. sulla base delle seguenti affermazioni: «questa Corte ha già da tempo chiarito, che la funzione giurisdizionale non può dirsi violata per il solo fatto di un intervento legislativo con efficacia retroattiva, quando il legislatore come nella specie agisca sul piano astratto delle fonti normative senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in giudizio».

Per quel che qui interessa è opportuno notare come, prima di giungere alla conclusione della disapplicazione, i giudici di Genova si siano interrogati in via generale sulla sorte delle disposizioni interne contrastanti con la CEDU, riservando particolare considerazione «all'analisi svolta dalla giurisprudenza in tema di rapporti fra norme interne e norme comunitarie». Il Tribunale di Genova invece, aveva richiamato una pronuncia della CEDU in cui si affermava, seppure in ambito diverso, che il principio della preminenza del diritto a la nozione di processo equo si opponevano ad ogni ingerenza del potere legislativo, al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite, nell'amministrazione della giustizia.

⁹⁴) In *Foro it.*, 2001, I, 2653.

Il ragionamento del giudice di Genova partiva dal presupposto della legittimazione di accesso al nostro ordinamento della Convenzione attraverso l'art. 11 Cost. e la parificazione di essa con il diritto comunitario.

Nell'aprile 2002, in altra occasione la Corte d'Appello di Roma, in tema di gratuito patrocinio in favore di persone giuridiche, ha disapplicato la legge italiana (legge n.533/1973) per contrasto con l'art. 6 CEDU e con l'art.47 della Carta di Nizza, non avente carattere vincolante, in ciò seguita successivamente anche dal Tribunale di Catanzaro⁹⁵. Ma in questa sentenza, la disapplicazione della normativa interna come è chiaro il collegamento con il diritto comunitario si pone in contrasto anche con la normativa della Carta di Nizza.

Ancora, la Corte d'Appello di Firenze, sez. I civile, 27 febbraio 2005, n. 570/2005, in materia di occupazione acquisitiva e Appello Firenze, sez. I civile, 14 luglio 2006, 1402/2006, in materia di indennità di esproprio, hanno disapplicato i criteri stabiliti dalla legislazione italiana in favore di quelli stabiliti dalla Corte di Strasburgo, anticipando gli effetti delle sentenze "gemelle" del 2007.

⁹⁵ R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il ruolo del giudice*, cit., p. 114.

CAPITOLO III

L'INIZIO DEL DIALOGO FRA LE CORTI E IL RICONOSCIMENTO DELLA "SPECIALITÀ" DELLA CEDU

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 (le prime sentenze gemelle).- 1.1 La natura sistemica e strutturale delle violazioni italiane alla CEDU. -1.2 Il nuovo art. 117, primo comma, Cost., la CEDU come norma interposta. – 1.3 Il vincolo di interpretazione conforme agli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU.- 1.4 Il divieto di disapplicazione e l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale.-2. Conferme e novità delle sentenze n. 311 e 317 della Corte Costituzionale, le nuove sentenze gemelle.-2.1 Verso l'impostazione di tipo assiologico-sostanziale.-2.2 Il margine di apprezzamento secondo le nuove sentenze gemelle.-2.3 La possibilità per la CEDU di integrare il parametro di legittimità costituzionale anche per il tramite dell'art. 10, primo comma, Cost.-3. La "Comunitarizzazione" della CEDU da parte dei giudici comuni a seguito della modifica dell'art.6 TFU.-3.1 L'adesione dell'UE alla Convenzione europea. -4. Il giudicato penale e la riapertura del processo penale a seguito della condanna della Corte EDU, nell'esperienza italiana.-5. Le sentenze della Corte EDU come *ius superveniens* nel giudizio di costituzionalità.-6. Conferme e "assestamenti" della giurisprudenza costituzionale in relazione alla CEDU.-7. Il rapporto tra la Corte costituzionale e Corte EDU diretto dal criterio della massima espansione della tutela.-8. I limiti all'efficacia "vincolante" delle sentenze della Corte EDU.

1. Alcune considerazioni introduttive delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 (le prime sentenze gemelle)

Con le sentenze 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha per la prima volta affrontato il delicato tema del rapporto tra norme di diritto interno e norme di diritto internazionale convenzionale, che da tempo necessitavano di alcune chiarificazioni, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni di legge per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., che vincola il legislatore statale e regionale al rispetto degli obblighi di diritto internazionale.

Le pronunce vanno lette nel contesto dell'avvenuta diffusione del sindacato di convenzionalità ad opera del giudice ordinario, come sopra accennato e della rilevata incompatibilità del medesimo con un sistema di giustizia costituzionale accentrato e delle innumerevoli condanne ricevute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale per la prima volta ha chiarito la portata del vincolo degli "obblighi internazionali", dando la prima interpretazione di detta locuzione del nuovo art.117, primo comma, Cost., chiarisce il collocamento della CEDU nel sistema delle fonti del diritto, attribuendo il valore subcostituzionale, come norma interposta *ex art.117, primo comma, Cost.*, sotto questo aspetto le sentenze gemelle segnano un cambiamento di rotta rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale, in materia del diritto pattizio ed in particolare in riferimento alla CEDU, la Consulta si "riappropria" del controllo di conformità delle leggi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un controllo di convenzionalità di tipo accentrato, essa pone l'accento sulle differenze che esistono tra il diritto dell'UE e la CEDU chiarendo nello stesso tempo anche il trattamento differenziato che si debba effettuare alla CEDU, infine con le sentenze gemelle la Corte costituzionale pone fine ad una violazione della CEDU accertata dalla Corte di Strasburgo tramite una sentenza pilota in materia di diritto di proprietà *ex art.1, Protocollo n. 1, CEDU*.

1.1 La natura sistemica e strutturale delle violazioni italiane alla CEDU

In entrambe le sentenze gemelle il Giudice delle leggi ha rilevato il carattere strutturale e sistemico delle violazioni ascrivibili all'Italia per effetto della legislazione interna in materia di indennizzo espropriativo e di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva. Come si evidenzia in dottrina, nella sentenza n. 348 il termine *strutturale* compare ben 14 volte. È infatti, il linguaggio del giudice delle leggi a portare in risalto ciò che il giudice di Strasburgo aveva apertamente evidenziato a proposito dell'art. 5 bis solo a partire dalla nota sentenza pilota *Scordino c. Italia*, 29 marzo 2006.

A partire dalla risoluzione n. 1226 del 2000 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea è stato ripetutamente oggetto di interventi sia dell'Assemblea sia del Comitato dei Ministri. In particolare, il problema delle violazioni strutturali è stato più volte affrontato richiedendo agli Stati di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea non solo rimediando al singolo caso, ma prevenendo ogni futura violazione. È da notare che l'Assemblea più volte ha insistito affinché gli Stati membri adottino apposite procedure politiche, che costringano i parlamenti e i governi a garantire un tempestivo adempimento degli obblighi scaturenti dalle sentenze della Corte europea. Si tratta di richieste che sembrano fare riferimento a meccanismi simili a quelli a suo tempo introdotti con la legge La Pergola del 1989 per il diritto comunitario che ha avuto una prima embrionale attuazione con la legge Azzolini del 2006, assai apprezzata a livello di Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa⁹⁶.

Le sentenze pilota svolgono principalmente una duplice funzione, per un verso rivolte a stabilire l'ordine violato per il passato, e per l'altro verso l'individuazione di *standard* di tutela, per il futuro, impedire reiterate violazioni dei diritti umani, invitando le autorità nazionali dello Stato contraente di adottare le misure di ordine generale imposte dalla Corte all'atto della condanna dello Stato responsabile avente come finalità quello di ristabilire in via generale l'ordine violato, pur senza spingersi fino ad individuare quali misure adottare.

La Corte di Strasburgo è stata infatti chiamata a pronunciarsi su una violazione del diritto di proprietà tutelato dal Protocollo n. 1 alla CEDU. La Corte esaminando

⁹⁶ M.CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, cit., pp.3572 ss.

una “causa pilota” ha fatto applicazione dei principi espressi nella Risoluzione adottata il 12 maggio 2004 dal Comitato dei Ministri, nella quale, dopo aver sottolineato l’interesse ad aiutare lo Stato ad identificare i problemi connessi alle violazioni strutturali, si è invitata la Corte ad identificare le sentenze in cui essa constata una violazione della Convenzione che rileva un problema strutturale sottostante nonché la fonte di tale problema. Ed è stata sempre la Corte a rammentare che con la Risoluzione Res (2004) relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione e la Raccomandazione Rec (2004) sul miglioramento dei ricorsi interni il Comitato dei Ministri aveva ricordato l’obbligo degli Stati autori di violazioni di natura sistemica di riesaminare, in seguito alle sentenze della Corte che rilevavano violazioni strutturali, l’effettività dei ricorsi esistenti e, all’occorrenza, di stabilire dei ricorsi effettivi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi.

Per quanto riguarda l’Italia vale la pena ricordare che una condanna di tale genere è stata comminata nel caso *Sejdovic* sul processo contumaciale a seguito della quale il legislatore ha risposto con d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60, è intervenuta sul problema strutturale in modo soddisfacente per la Corte di Strasburgo. Il medesimo problema è stato rilevato per quanto riguarda l’espropriazione e l’occupazione acquisitiva, nel caso *Scordino* 2006.

In questo contesto, si inseriscono le sentenze gemelle attraverso le quali la Corte costituzionale ha annullato la legislazione nazionale che fu l’origine della violazione dei diritti rilevata dalla Corte di Strasburgo con una sentenza “pilota”. Le sentenze gemelle della Corte costituzionale al di là degli elementi innovativi che hanno comportato sul trattamento del diritto pattizio e in particolare alla CEDU nell’ordinamento giuridico italiano, costituiscono nello stesso tempo un rimedio soddisfacente per porre fine alle violazioni strutturali accertate nel caso *Scordino*, in materia di diritto di proprietà.

1.2 Il nuovo art. 117, primo comma, Cost. la CEDU come norma interposta

Con le sentenze nn. 348 e 349 il Giudice costituzionale ha chiarito, per la prima volta, la portata del vincolo del rispetto degli “obblighi internazionali” che grava sul legislatore statale e regionale ai sensi del nuovo art.117, primo comma, Cost., introdotto dalla legge cost., n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V della Costituzione. Il ritardo della Consulta, nel pronunciarsi sulla portata della nuova disposizione costituzionale, si giustifica in ragione dell’effetto dirompente di essa rispetto al sistema delle fonti. Le sentenze gemelle hanno segnato un significativo progresso nel senso di superamento della dottrina “minimalista-continuista” volta ad intravedere nell’art.117, primo comma, Cost., una disposizione relativa soltanto al riparto di competenze tra Stato e Regioni e a negarne un importante effetto innovativo nel sistema delle fonti.

L’art. 117, primo comma, Cost. «ha colmato una lacuna» (sent. 349), che per cinquant’anni ha reso inoperante la tecnica della interposizione. Prima della l. cost. n. 3/2001, mancavano infatti un «particolare fondamento costituzionale» (73/2001), mancava un parametro costituzionale da ritenere violato a mezzo della violazione degli obblighi internazionali, con la conseguenza che le norme statali in contrasto con il diritto internazionale pattizio erano sindacabili solo quando direttamente lesive (anche) di norme costituzionali (223/1996).

Nella disposizione in esame, la Corte costituzionale riconosce subito una copertura costituzionale del diritto internazionale pattizio e in particolare della CEDU; «L’art.117, primo comma, Cost., condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell’uomo»⁹⁷. Infatti, la Consulta da un lato esclude una copertura costituzionale del diritto pattizio *ex artt.*, 10 e 11 Cost., riconfermando la propria consolidata giurisprudenza, dall’altro lato attribuisce al diritto pattizio una nuova valenza al sistema delle fonti proprio in virtù del nuovo assetto costituzionale.

Con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto

⁹⁷ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Nell’ultima frase notiamo che il controllo di legittimità costituzionale della norma convenzionale interposta non riguarda soltanto i principi fondamentali, bensì si estende sull’intera Costituzione.

«Le norme CEDU, pur essendo introdotte nell’ordinamento nazionale attraverso la legge che contiene l’ordine di esecuzione, hanno una peculiare forza passiva rinforzata ed un rango intermedio tra quello ordinario e quello costituzionale, rango che consente di escludere l’effetto abrogativo derivante dalla successione delle leggi nel tempo; Si deve aggiungere che il nuovo testo dell’art.117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall’altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità»⁹⁸.

L’introduzione dell’art.117, primo comma, Cost., non conduce la Corte a riconoscere la natura costituzionale delle norme internazionali pattizie, ma rende sindacabili in relazione alle norme internazionali pattizie, quali norme interposte ed integratrici dell’art.117, primo comma, Cost., le norme nazionali contrastanti, sottraendo le norme CEDU all’effetto abrogativo.

La Corte riconosce alla CEDU il rango di norma interposta; «La struttura dell’art.117, primo comma, Cost., “si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria»⁹⁹.

Dunque, la Corte con le sentenze gemelle ha effettuato un ridimensionamento dei rapporti tra il diritto interno e diritto internazionale pattizio, da un lato attribuisce alle norme CEDU un rango superiore a quella delle leggi che contiene l’ordine di esecuzione, dall’altro però nega il rango di norme costituzionali, subordinandole al sindacato di costituzionalità.

⁹⁸ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁹ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

Pertanto, la CEDU secondo l'impostazione della Corte nelle sentenze gemelle è un parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi. In virtù dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo la Corte, la CEDU al pari di altri trattati internazionali, costituisce non tanto una fonte "costituzionalizzata", bensì appunto una fonte vincolante il legislatore ordinario nei limiti in cui essa a sua volta risulti rispettosa della Costituzione e più precisamente di ogni singola disposizione costituzionale.

A differenza di quanto avviene per il diritto comunitario lo scrutinio di costituzionalità della norma interposta non deve essere limitato alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto tra la norma interposta e le norme costituzionali, quindi la CEDU rimane subordinata all'intera Costituzione.

«Non significa che le norme della CEDU....acquistano la forza delle norme costituzionali e sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale[.....]. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi alla Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali[.....], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali»¹⁰⁰. La Corte esclude che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa essere elevata al rango delle norme costituzionali. Non operano, in altre parole le limitazioni di sovranità né il principio del primato, cosicché le norme della Convenzione e le interpretazioni che di esse offre la Corte europea dei diritti dell'uomo rimangono subordinate all'intera Costituzione, e non solo ai principi supremi, come accade invece per il diritto comunitario¹⁰¹.

«L'esigenza che le norme che integrano il parametro costituzionale 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

¹⁰⁰ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 4.7 del *Considerato in diritto*.

¹⁰¹ M.CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur.cost.*, 2007, p. 3570.

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».

«Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano».

In un eventuale contrasto tra le norme CEDU e le norme della Costituzione come hanno sostenuto in dottrina, che a ben vedere non sarebbe di tipo “verticale” (alla stregua di quanto parrebbero imporre altri ben più risoluti ed espliciti passaggi della decisione nei quali si enfatizza la superiorità gerarchica della Costituzione rispetto a tutto il diritto internazionale pattizio oppure rispetto alle norme interne di rango non costituzionale di adattamento ad esso), bensì di tipo “orizzontale”, trattandosi appunto di un “bilanciamento” tra principi e valori entrambi di rango costituzionale¹⁰².

1.3 Il vincolo di interpretazione conforme agli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU

Dalla lettura delle sentenze gemelle deriva un compito ben preciso che spetta al giudice comune espletare, seppure con espressioni in: «laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra la norma statale e la disposizione internazionale, prima di rivolgersi alla Consulta, il giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa». Usando le parole della Corte «Ne consegue che 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 della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione». (sent. n. 349/2007).

¹⁰² *Ibidem*, p. 3586.

Nella lettura delle prime sentenze gemelle il ricorso al sindacato di costituzionalità è da considerarsi come “*extrema ratio*” per far accertare il contrasto fra norma interna e CEDU. Il sindacato di costituzionalità rispetto all’art.117, primo comma, Cost., si potrà porre solo per contrasto insanabile in via interpretativa, con una o più norme della CEDU. Attraverso l’interpretazione conforme il giudice comune cerca di ricostruire la portata delle norme interne in modo che esse non confliggano con la CEDU, sulla linea della c.d. interpretazione conforme¹⁰³.

Nella sentenza n. 349/2008, in particolare il Giudice delle leggi afferma altresì che sui giudici comuni grava un obbligo di interpretazione conforme a Convenzione, in quanto giudici comuni della Convenzione ai quali è attribuita in prima battuta l’applicazione e l’interpretazione delle norme CEDU. Tale obbligo implica che se il giudice comune solleva questione di costituzionalità-convenzionalità sulla norma da applicare al caso di specie, senza aver preventivamente esperito il tentativo obbligatorio di interpretazione conforme alla CEDU, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata¹⁰⁴.

Da qui la necessità per la Corte costituzionale che per i giudici comuni di un approfondimento della conoscenza delle tecniche interpretative e argomentative delle quali si avvale la Corte di Strasburgo, nonché di acquisire consuetudine con la tecnica del *distinguishing* meno familiare che alle giurisdizioni dei Paesi di *common law*.

Inoltre, si cerca di tenere ben distinto il ruolo della Corte costituzionale e quello della Corte di Strasburgo nonostante l’obiettivo comune di tutelare al meglio i diritti fondamentali dell’uomo. Così, l’interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l’applicazione del livello uniforme di tutela all’interno dell’insieme dei Paesi membri. Mentre alla Corte costituzionale qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto insanabile in via interpretativa con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana.

¹⁰³L.MONTANARI, *Giudici comuni e corti sovranazionali, rapporti tra sistemi*, in P.FALZEA, A.SPADARO, L.VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p.4.

¹⁰⁴B.RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p.161.

Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa. Pertanto, rimangono fuori dallo scrutinio di costituzionalità l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Tale sindacato di costituzionalità in riferimento alla CEDU, pur producendo indiscutibili effetti positivi rispetto alle violazioni si “sistema”, lascia in apparenza scoperto il titolare del diritto che assume la violazione nel caso concreto del diritto CEDU, non ritenendo che l'ordinamento interno appresti una protezione analoga a quella garantita dalla Convenzione. E non pare potersi revocare il dubbio che in casi simili solo il giudice della controversia, mediante un processo interpretativo fondato su basi assiologiche, potrebbe offrire al titolare del diritto adeguata tutela¹⁰⁵. In questa prospettiva, il controllo accentrato sembra essere strumento importante sì, ma non assorbente ai fini di garantire la protezione dei diritti fondamentali della CEDU.

Infine, la Corte costituzionale prevede una serie di presupposti ermeneutici affinché il giudice comune possa instaurare legittimamente un giudizio di legittimità costituzionale; «il giudice rimettente 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 interpretate dalla Corte europea ed assunte 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»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il ruolo del giudice*, cit., p. 89.

¹⁰⁶ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 5. del *Considerato in diritto*.

1.4 Il divieto di disapplicazione e l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale

Dalla lettura delle sentenze gemelle deriva un divieto espresso in modo preciso dalla Consulta, in caso di accertato contrasto tra norme interne e norme internazionali non superabile in via interpretativa, il giudice comune non ha il potere di disapplicare la fonte statale in favore di quella internazionale, ma deve sottoporre la relativa questione al controllo della Corte costituzionale «poiché l'asserita incompatibilità tra le due fonti si presenta come questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, 1° co. Cost, di esclusiva competenza del giudice delle leggi»¹⁰⁷.

A sostegno del detto divieto imposto ai giudici ordinari, la Corte costituzionale mette a risalto la differenza tra l'ordinamento comunitario e il diritto convenzionale CEDU, in particolare ponendo l'accento su una distinzione sostanziale e non solo terminologica tra i due ordinamenti che deriva dal nuovo art.117, primo comma, Cost. Così le norme CEDU 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 contrasto¹⁰⁸.

«La Convenzione EDU, a differenza del diritto comunitario, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale pur con le caratteristiche peculiari da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri. Le Risoluzioni e le Raccomandazioni, non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni»¹⁰⁹.

Si esclude la diretta applicabilità delle norme CEDU e di conseguenza anche la disapplicazione della normativa interna, qualora quest'ultima si pone in contrasto con le disposizioni della Convenzione EDU.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, sent. n. 348 del 2007, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁸ Corte cost., sent.n. 348/2008, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁹ Corte costituzionale, sent. n. 348 del 2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

La netta distinzione, che la Corte effettua anche in altri passaggi delle due sentenze tra le norme comunitarie e le norme della Convenzione, si dovrebbe dimostrare quanto mai opportuna e preziosa, tenendo soprattutto conto del fatto che non sono, in passato, mancati i casi di diretta disapplicazione da parte di giudici comuni della normativa statale ritenuta in contrasto con la CEDU.

La Convenzione europea non fa parte del diritto comunitario, nonostante il richiamo testuale contenuto nell'art.6 TUE. I suoi principi sono ampi e indeterminati, non sono strutturati e formulati in modo paragonabile alle norme dotate di effetto diretto nell'ordinamento comunitario.

Per cui, l'obbligo a carico del giudice nazionale nel caso di contrasto tra la normativa nazionale e le disposizioni CEDU, è di tentare a risolvere il problema in via interpretativa, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta comunque dell'obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale che deve rendere compatibili, in via interpretativa, i principi dell'ordinamento interno con quelli sovranazionali. Qualora ciò non sia possibile, il giudice nazionale deve adire la Corte costituzionale.

Il giudice comune deve effettuare l'interpretazione conforme avvalendosi di ogni strumento ermeneutico al riguardo, ed avendo al contempo attenzione per la coerenza tra Convenzione e Costituzione¹¹⁰. Il ruolo dei giudici comuni è di estrema importanza, infatti essi sono chiamati ad operare una triplice operazione, pur non identica, operazione di "interpretazione conforme", a Costituzione, al diritto dell'Unione europea, e a questo punto alla Convenzione europea, se ovviamente, insistono in contemporanea, su una certa questione da affrontare¹¹¹.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo¹¹². La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente

¹¹⁰ E.MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 107.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 109.

¹¹² Corte costituzionale, sent. n. 311 del 2009, punto 6 del *Considerato in diritto*.

compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.

Poiché, come chiarito sopra, in virtù delle sentenze 348/349 del 2007, alla Corte costituzionale è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta allo stato l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento.

Le sentenze storiche o "pilota" esaminate finora, ricostituiscono il rapporto tra le fonti nazionali e la CEDU, ritenuta una fonte sovranazionale particolare che per un lungo tempo è stata di difficile collocamento nell'ordinamento giuridico italiano. Nel nuovo rapporto tra le fonti il Giudice delle leggi assegna un ruolo fondamentale al giudice nazionale che è quello di svolgere l'interpretazione conforme.

Preme verificare se i criteri interpretativi stabiliti nelle sentenze gemelle trovano casi di conferma con specifico riguardo alla giurisprudenza costituzionale o identificare la prima applicazione di detti principi interpretativi da parte della giurisprudenza interna. Riguardo il primo profilo la conferma è arrivata: la sentenza n. 39 del 2008 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che prevedevano l'iscrizione del fallito nell'apposito registro, nella quale Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento sostenendo, con specifico riferimento al problema dell'interpretazione, che «le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità sono vincolati ad uniformarsi»¹¹³.

¹¹³ R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. 39 del 2008, in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?* in www.forumcostituzionale.it.

Un'altra sentenza successiva alle prime sentenze gemelle è la sentenza n. 129 del 2008 nella quale la Corte di appello di Bologna sollevò, in riferimento agli artt. 3, 10, e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lettera *a*), del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Secondo il giudice rimettente, La norma censurata sarebbe in contrasto anche con l'art. 10 Cost., in base al quale «l'ordinamento giuridico si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

Quindi la questione di legittimità costituzionale nasce dall'assenza nel sistema processuale penale di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione. La Corte costituzionale però escludeva la fondatezza del rilievo osservando in particolare in riferimento all'art.10, primo comma, Cost., il quale si riferisce esclusivamente alle norme internazionali consuetudinarie.

Al contrario, la norma invocata dalla Corte di cassazione, in quanto pattizia e non avendo la natura richiesta dall'art.10 Cost., esula dal campo di applicazione di quest'ultimo. Infine la Corte conferma l'interpretazione conforme alla Convenzione europea tanto enfatizzata nelle sentenze gemelle, osservando appunto che a simili norme si debba necessariamente conformare l'ordinamento interno, e ciò per evitare un intollerabile sfasamento circa la realizzazione "domestica" di principi universalmente affermati, e dunque patrimonio comune delle genti.

2. Conferme e novità delle sentenze n. 311 e 317 della Corte costituzionale, le nuove sentenze gemelle

Le sentenze nn. 311 e 317 del 2009, si muovono, in apparenza, nel solco tracciato dalle storiche sentenze del 2007, infatti vengono ribaditi alcuni punti fermi saldati nelle prime sentenze gemelle quali; a) il rango subcostituzionale della CEDU, b) divieto di disapplicazione (punto 7, sent.317/2009), c) inconfigurabilità di un equiparazione fra norme CEDU e diritto eurounitario, d) vincolatività dell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo per il giudice comune, e) obbligo di interpretazione conforme del giudice comune alla CEDU tale da rendere inammissibile la questione di costituzionalità e così via.

Oltre a confermare gli indirizzi inaugurati con le prime sentenze gemelle, nelle sentenze in esame si individuano anche elementi innovativi. Un primo elemento, è la valorizzazione del vincolo interpretativo della Corte di Strasburgo. Un vincolo interpretativo, dunque, assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea nei confronti dei giudici comuni ed alla Corte costituzionale per quanto riguarda l'inquadramento dell'esatta portata della norma convenzionale¹¹⁴.

Vincolo che non emergeva, invece, dalle decisioni del 2007 e che viene invece ora confermato dalle decisioni in esame dove espressamente si dice che alla Corte costituzionale, salvo ovviamente la possibilità che una norma CEDU sia in contrasto con la Costituzione, «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve» (sent. 311/2009). Una giurisprudenza quella di Strasburgo “da prendere o lasciare” da escludere qualsiasi intervento da parte di altri giudici, comuni e costituzionali, volto ad una possibile integrazione del significato delle disposizioni della Convenzione.

Ma se questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il parametro del primo comma dell'art.117 Cost., da questo ripete il suo

¹¹⁴ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?* in www.forumcostituzionale.it.

rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»¹¹⁵.

In riferimento al parametro di costituzionalità della CEDU, viene confermato l'atteggiamento del giudice delle leggi nel 2007, *ex art.117*, primo comma, Cost., in più la Corte ha fatto un passo avanti nel affermare che la CEDU, può trovare una copertura costituzionale dell'art.10, primo comma, Cost., «ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuto». Sotto questo aspetto, le sentenze gemelle del 2009, segnano un “mutamento” di giurisprudenza nel attribuire eventualmente una copertura costituzionale alla CEDU *ex art.10*, primo comma, Cost., del tutto escluso prima per costante giurisprudenza della Corte costituzionale confermata anche nelle sentenze del 2007.

2.1 Verso l'impostazione di tipo assiologico-sostanziale

Le sentenze gemelle del 2009, hanno segnato anche il passaggio da una impostazione formale - astratta in cui era prevalente nelle sentenze del 2007 ad una apertura verso una impostazione assiologico-sostanziale. Per quanto attiene la prima impostazione, essa appare adeguata al clima creato nel momento quando furono scritte le sentenze gemelle. Si tratta del tentativo dei giudici comuni di trattare nello stesso modo la CEDU così come il diritto comunitario. Il rischio era quello di una omologazione dei due ordinamenti. Per reprimere, dunque, il fenomeno della disapplicazione della norma interna, in contrasto con la CEDU ad opera del giudice comune, la Corte costituzionale non poteva non servirsi della teoria delle fonti e della teoria della interpretazione ad essa connessa.

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 317 del 2009.

C'è da dire però, che nemmeno la teoria delle fonti ha risolto il problema della CEDU nella sua pienezza. Basti pensare che da un canto, si tiene fermo l'inquadramento fatto dalle pronunzie del 2007, secondo cui la CEDU ed il diritto internazionale in genere sono, in via di principio, obbligati a prestare osservanza ad ogni norma della Costituzione e non soltanto ai suoi principi fondamentali. D'altro canto, però, non si ammette che le clausole della Convenzione possano essere riviste alla luce della Costituzione stessa¹¹⁶.

Dunque, esiste un obbligo di interpretazione conforme della normativa interna alla CEDU, mentre si esclude l'interpretazione conforme di quest'ultima alla Costituzione. Tutto questo è in contraddizione con l'interpretazione conforme stessa che si attivi, laddove l'atto oggetto dell'interpretazione stessa sia gerarchicamente subordinato all'atto parametro o, come che sia, tenuto a prestare ossequio a quest'ultimo, a pena della propria invalidità ovvero della propria inefficacia o in applicazione.

Mentre per quanto riguarda la nuova impostazione di tipo assiologico - sostanziale erano già presenti nelle sentenze del 2007: «deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 primo comma, Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della costituzione» (sent. 348).

In altre parole, si riconosceva l'attitudine della CEDU a porsi a parametro della validità delle leggi, era di avvertire che le norme di origine esterna, astrattamente idonee a porsi a parametro delle norme interne, soggiacciono nondimeno di una previa verifica della loro conformità alla Costituzione. In ogni caso, si faceva allora presente, il vincolo nascente in seno alla Comunità internazionale può in ogni tempo essere messo da canto in presenza di leggi che si dispongano ad offrire tutela ad interessi costituzionalmente protetti e viene da pensare ancora più meritevoli, in sede di bilanciamento, degli interessi riguardati dalle norme di diritto esterno.

Nella sentenza n. 317 del 2009 lo stesso redattore della n. 348 del 2009 sembra invece approfondire e sviluppare quel passaggio, abbracciando il criterio, decisamente di portata assiologico-sostanziale, del livello di tutela più intensa ed ammettendo, in sostanza, che, nel caso in cui si dimostrasse che la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, in un caso specifico ed a proposito di un dato bilanciamento tra

¹¹⁶ A.RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)* in www.forumcostituzionale.it.

diritti entrambi fondamentali, dovesse assicurare una protezione ai diritti in questione più intensa rispetto a quella offerta dalla Carta costituzionale, è possibile, ed in un certo senso doveroso, per la Corte costituzionale fare proprio il livello di tutela più intenso offerto a livello sovranazionale, accantonando, nel caso di specie, la disposizione costituzionale rilevante. Nel caso di specie (sent. n. 317) si tratta di un maggior forza “paracostituzionale” della CEDU¹¹⁷.

Dunque, il fulcro del ragionamento in questa sentenza, è dato dalla ricerca della sede in cui è offerta la più intensa tutela dei diritti. Il raffronto, infatti, non è più *solo* tra la tutela apprestata dalla legge comune e quella data dalla Convenzione, ma è anche (e soprattutto) con la Costituzione. Ciò che poi maggiormente importa è che esso si apre ad ogni suo possibile esito: sia nel senso di portare all’uscita di scena della norma convenzionale, obbligata a cedere il passo a quella interna, in linea con le indicazioni di valore risultanti dalla Carta costituzionale, quanto però nel verso opposto, di dar spazio alla norma convenzionale, facendo venire meno quella interna.

Vanno, infatti, coltivate tutte le risorse di cui si dispone al fine di (tentare di) far luogo ad un *processo osmotico virtuoso, d’integrazione delle norme per via d’interpretazione*, un processo idoneo a caricare di significati nuovi gli stessi enunciati costituzionali, una volta posti sotto la luce illuminante delle clausole della Convenzione (o meglio, ed a conti fatti, della giurisprudenza EDU)¹¹⁸.

Emblematica al riguardo l’affermazione secondo cui «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»¹¹⁹.

Il raffronto, non viene circoscritto al singolo diritto, ma deve riguardare la tutela intesa come un sistema di norme coordinate e senza conflitto tra di loro. Usando le parole della Corte «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti». (Sent. n. 317 punto 7).

¹¹⁷ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?* www.forumcostituzionale.it.

¹¹⁸ A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, cit., p. 5.

¹¹⁹ Sent. n. 317 punto 7 del *Considerato in diritto*.

Il bilanciamento così si rivela idoneo a riguardare, più che le norme (le *singole* norme), i *sistemi*, nella loro compiutezza espressiva: dunque, un bilanciamento che prende corpo e senza sosta si rinnova sia *nei* sistemi (all'interno di ciascuno di essi, tra gli interessi dagli stessi fatti oggetto di regolazione) che *tra* i sistemi e che nondimeno possiamo finalmente dire, perché si consideri davvero riuscito, dovrebbe portare non già a scarti aprioristici, *in vitro*, dell'uno o dell'altro sistema (costituzionale o convenzionale che sia) bensì alla loro congiunta, simultanea ed integra affermazione, *in vivo*, in ragione dei casi e delle pretese dagli stessi vantate.

Il punto di unificazione-integrazione degli ordinamenti si viene così a scoprire non è stabilito una volta per tutte né da questo né da quell'ordinamento, neppure dalla Costituzione e dai suoi principi fondamentali (ciò che porterebbe all'esito insoddisfacente della parzialità e ristrettezza della prospettiva e delle relative qualificazioni); è, piuttosto, un *punto mobile*, che si ridefinisce unicamente sfruttando fino in fondo le risorse disponibili a beneficio dei diritti e, dunque, spiegando a tutto campo il ventaglio della tutela, sia costituzionale che convenzionale: un punto, perciò, fissato dal caso ed illuminato, da quel valore "supercostituzionale", in cui tutti gli ordinamenti si riconoscono, che è dato dal rispetto incondizionato della dignità della persona umana, dove è a conti fatti il principio e la fine di ogni tutela¹²⁰.

Si è fatto opportunamente notare come tale modo di argomentare possa giungere in ipotesi a contraddire le indicazioni del 2007, nel senso che il bilanciamento tra interessi in gioco non sarà più, necessariamente, bidirezionale, con eventuale assoggettamento, quindi della Convenzione alla Costituzione, ovvero agli interessi da quest'ultima tutelati, ma rischia di divenire "a senso unico", ovvero di favorire sempre e comunque la lettura dei diritti fondamentali operata a Strasburgo, che troverebbe un ingresso "spalancato" sul terreno del diritto interno¹²¹.

¹²⁰ A. RUGGERI *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, cit., p. 6.

¹²¹ E.MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 111.

2.2 Il margine di apprezzamento secondo le nuove sentenze gemelle

Le pronunzie nn. 311 e 319 si sono anche soffermate, in maniera significativa, sul concetto del “margine di apprezzamento” individuato come limite all’operatività della CEDU.

Alla valorizzazione del vincolo di interpretazione nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella sent. n. 311 si combina una sottolineatura, della possibilità, che in determinati casi, la stessa Corte di Strasburgo attribuisce agli stati membri a distanziarsi da quanto previsto dagli orientamenti di Strasburgo. Ad esempio nella sent. n. 311 la Corte costituzionale specifica, che il divieto di interferenza del legislatore nazionale nell’amministrazione della giustizia ai sensi dell’art. 6 CEDU non viene violato per “motivi imperativi di interesse generale”.

Tale divieto, non viene violato anche nel caso, quando il legislatore si è intervenuto, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata. Una valorizzazione assai significativa, dunque, del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri, ed agli stessi giudici costituzionali, per la prima volta così chiaramente richiamato dalla Corte costituzionale.

In quella prospettiva la Corte riteneva riservata all’ordinamento statale la “valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali della Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti. Principi, questi riaffermati dalla sentenza n. 317/2009, ove si sottolineò come il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo «trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento», pur riconoscendosi che la visione ravvicinata e integrata dei diritti fondamentali “può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze¹²²”.

Quel che sembra indubitabile è che le seconde sentenze gemelle del novembre 2009, pur orientandosi, secondo il meccanismo del livello più elevato di tutela, verso la ricerca di soluzioni favorevoli al riconoscimento di un’estensione anche più accentuata nella tutela dei diritti fondamentali rispetto alla decisione del 2007 ed a prescindere dalla fonte ove gli stessi trovano riconoscimento, intendono in modo non meno netto ribadire una riserva in favore delle istituzioni statali, fra le quali, accanto

¹²² R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il ruolo del giudice*, cit., pp. 101. ss.

al legislatore nazionale si individuano, appunto, il giudice costituzionale ma anche il giudice comune come limite argine alla piena prevalenza delle norme CEDU nel sistema nazionale italiano.

2.3 La possibilità per la CEDU di integrare il parametro di legittimità costituzionale anche per il tramite dell'art. 10, primo comma, Cost.

Le ultime osservazioni, invece concernono l'art 10, primo comma, Cost., il quale è stato richiamato nella decisione n. 311 del 2009 come eventuale parametro di legittimità, per la sola parte delle disposizioni CEDU ritenute generalmente riconosciute. La Corte afferma, il giudice «deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., «ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta».

Come è stato ampiamente trattato in questa sede, la citata disposizione costituzionale, con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art.10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte *ex art. 10* della Costituzione».

Anche nella sentenza n. 349 del 2007 il Giudice delle leggi riprende il discorso «la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost., ha costantemente affermato che l'art. 10, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i

principi generali e le norme di carattere consuetudinario[.....] mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale».

Per la prima volta la Corte costituzionale ammette espressamente, dopo averlo, almeno in parte, come si è visto, espressamente negato, che idoneo ad offrire copertura costituzionale alla CEDU possa essere, accanto all'art. 117, primo comma, Cost., anche l'art. 10, primo comma, Cost., nel caso in cui, a giudizio della Corte, la disposizione rilevante della CEDU appaia meramente ricognitiva di una norma internazionale generalmente riconosciuta. Finalmente la Corte costituzionale, ha riconosciuto ciò che da tempo una parte della dottrina internazionale sosteneva, cioè, tanti diritti enunciati nella CEDU fanno parte del diritto internazionale consuetudinario¹²³.

È infatti ammesso che la CEDU possa godere ora di uno *status* sub - costituzionale, ora para-costituzione, a seconda di quale parte del suo contenuto entri in gioco. Occorre precisare, che la forza è delle norme, non delle fonti, dal momento che una stessa fonte può esprimere norme diverse per natura (in senso sostanziale) e, conseguentemente, per forma. Siamo in un momento fondamentale per la CEDU, quello di offrirgli una copertura costituzionale. Infatti, la Corte costituzionale sta procedendo in modo spedito lungo la via che porta a riconoscere alla CEDU il posto che le spetta, quale vera e propria Carta costituzionale dei diritti, capace di giocarsi, come si è visto, la partita pari con la Costituzione.

3. La “Comunitarizzazione” della CEDU da parte dei giudici comuni a seguito della modifica dell’art. 6 TFU

L’entrata in vigore il primo dicembre 2009 del Trattato di Lisbona e la conseguente modifica dell’art.6 del TUE, ha però, offerto lo spunto a una parte della dottrina e alla giurisprudenza amministrativa di tentare una eventuale “comunitarizzazione” o “trattatizzazione” della CEDU. Com’è noto, tale articolo ha ridefinito il sistema di protezione dei diritti fondamentali nell’ambito comunitario, nel

¹²³ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, cit., p.6.

paragrafo 1, riconoscendo i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, riproclamata a Strasburgo), attribuendo alla stessa Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati europei (in particolare del Trattato sull'Unione europea TUE, e di quello sul funzionamento dell'Unione, TFUE); nel paragrafo 2, impegnando l'UE ad aderire alla CEDU, con la precisazione, però, che l'adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati, nel par.3, stabilendo che «l'adesione dell'UE alla CEDU e la previsione come i diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione»¹²⁴.

Proprio in base al riformulato art.6, TUE, il Consiglio di Stato italiano ha assunto un'atteggiamento al riguardo i vincoli derivanti dalla CEDU in qualche modo opposto, rispetto a quello accreditato con le note sentenze gemelle del 2007. Nella sua sentenza n. 1220 del 2010 il Consiglio afferma che gli artt. 6 e 13 della CEDU sarebbero divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art.6 del TUE.

Tale affermazione è stata poi amplificata dalla giurisprudenza successiva di alcuni TAR, come il TAR Lazio nella sentenza n. 11984 del 2010, afferma che, «fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU». Ne deriverebbe che «le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati [.....], e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia in forza dell'art.11. Cost.». Conclusione, «al giudice comune si dà il potere di procedere in via immediata e diretta alla disapplicazione delle leggi statali contrastanti, in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno».

Il TAR Lazio affermava la possibile disapplicazione, da parte di questo giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenziano un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione. Una disapplicazione aggiunge il TAR Lazio, che «potrà avvenire in via generale per tutti i diritti

¹²⁴ F.GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e la Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in *Rivista AIC*, 2013, n. 1, www.rivistaaic.it, p. 10.

fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento di una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Strasburgo».

I giudici amministrativi hanno, in sostanza anticipatamente “comunitarizzato” la CEDU, come se l’adesione dell’Unione europea a detta Convenzione fosse già avvenuta; con l’effetto che il diritto CEDU è stato equiparato, nel regime formale, a quello dell’UE e cioè a norma che hanno prioritaria applicazione rispetto a quelle nazionali incompatibili¹²⁵.

La dottrina ha prontamente simili ardite prese di posizione giurisprudenziali. E tuttavia, anche nello stigmatizzare l’erroneità dell’orientamento giurisprudenziale della “comunitarizzazione” della CEDU, parte di essa non ha mancato di lanciare un ulteriore spunto di ambiguità per il futuro, lasciando aperta la porta della “comunitarizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell’UE¹²⁶.

All’erronea impostazione del giudice amministrativo, sembra porre un chiaro freno la sentenza n. 80/2011 della Corte costituzionale. Si tratta di un caso in cui la Corte costituzionale era chiamata a sindacare le disposizioni di legge interne per contrasto con la CEDU (art.6.1), in riferimento all’art.117, primo comma, Cost., laddove «esse non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica».

Nonostante la declaratoria di incostituzionalità invocata dal giudice rimettente andasse a soddisfare nel merito le medesime istanze avanzate dalla parte privata, quest’ultima, costituitasi nel giudizio di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale, affermava che lo schema della CEDU quale parametro di costituzionalità interposto inaugurato con le sentt. n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale era da ritenersi «non più attuale» in virtù delle novità contenute all’art. 6 del nuovo TUE, concludendo con l’affermazione per cui «il giudice comune sarebbe tenuto[.....] a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, in base al principio, fondato sull’art. 11 Cost., secondo cui “le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti

¹²⁵ *Ibidem*, p.11.

¹²⁶ A.GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2011, p.1.

nell'ordinamento interno".» Ossia, traduce correttamente la Corte costituzionale, concludendo implicitamente ma chiaramente per l'inammissibilità della questione¹²⁷.

Con la sentenza in esame la Corte ribadisce almeno due punti fermi riguardanti gli obblighi incombenti ai giudici comuni; Grava, innanzitutto, sul giudice l'obbligo di far luogo all'interpretazione della legge in senso conforme a Convenzione, «avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione». Qui, è palese la sollecitazione rivolta ai giudici a produrre ogni sforzo al fine di riconciliare per via d'interpretazione gli enunciati in campo, in secondo luogo rimane fermo il collocamento della CEDU a un livello sub-costituzionale.

Inoltre la Corte afferma una secca esclusione di copertura costituzionale alla CEDU *ex art.11 Cost.* Tiene, in primo luogo, a rinnovare la propria contrarietà ad ammettere la “copertura” dell'art. 11 cost. a beneficio delle norme convenzionali, invece reclamata come si sa da non poca dottrina; proprio in ciò, dunque, si spiega l'insistenza della Corte sul punto, che adduce tre argomenti a sostegno della propria tesi.

Per un verso, rammenta che il Consiglio d'Europa, cui fa capo la CEDU, è «una realtà giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla Comunità europea». La qualcosa, com'è chiaro, nessuno contesta; solo che è tutto da dimostrare che l'art. 11 si riferisca unicamente – com'è stato sin qui – ai trattati comunitari ed alle loro successive modifiche: quasi che il Costituente abbia voluto consegnarci un principio fondamentale-fotografia, una norma spendibile a beneficio di un solo soggetto internazionale e di nessun altro! Si aggiunga che, col richiamo al passo sopra fedelmente trascritto, la Corte ancora una volta sottolinea il carattere “istituzionale” dell'ente beneficiario delle limitazioni di sovranità, di cui è parola nell'art. 11, con ciò (contrariamente al suo avviso) spianando la via per il riconoscimento della “copertura” suddetta, la cui esistenza dunque può esser predicata non già a protezione di qualunque Carta dei diritti, bensì unicamente di quelle, come appunto la CEDU, che si fanno riportare ad “istituzioni” idonee ad essere beneficiarie delle limitazioni stesse¹²⁸.

La Corte afferma che, dopo il Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti fondamentali resta demandata a tre fonti distinte: la Carta di Nizza-Strasburgo, la

¹²⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹²⁸ A.RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011, in www.forumcostituzionale.it, p. 5.

CEDU, i “principi generali” desunti dalla CEDU stessa e dalle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri.

La Corte costituzionale demolisce la pretesa della parte privata di una supposta “trattattizzazione” della CEDU, facendo leva proprio su questa tesi secondo la quale, i diritti contemplati dalla Carta che corrispondano a quelli della CEDU debbono assumere significato e portata uguali a questi ultimi (salva una protezione più estesa conferita dall’ordinamento dell’Unione: art. 52 della Carta e art. 6.1, TUE), ne deriverebbe che tutti i diritti della CEDU che trovino un «corrispondente» all’interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi «tutelati (anche) a livello comunitario (rectius, europeo...), quali diritti sanciti [...] dal Trattato dell’Unione». Questa, almeno, la tesi avanzata dalla parte privata costituitasi nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale.

3.1 L’adesione dell’UE alla Convenzione europea

Il Giudice delle leggi non accoglie tale pretesa e affermando che, nessun argomento a favore della “trattattizzazione” della CEDU può trarsi «dalla prevista adesione del Unione europea alla CEDU, per l’assorbente ragione che l’adesione non è ancora avvenuta»¹²⁹.

Infatti, tale adesione non è tuttora perfezionata, soprattutto a seguito del parere 2/2013 della Corte di Giustizia a richiesta della Commissione europea sul progetto di accordo per l’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani, sembra che tale processo non ha avuto un esito positivo.

Come hanno giustamente evidenziato in dottrina, due temi meritano una particolare attenzione sul contenuto del suddetto progetto¹³⁰. Il primo relativo alle modalità di coinvolgimento della Corte di Giustizia e il secondo sul controllo esterno e i livelli di tutela assicurati dal diritto dell’Unione. La Corte di giustizia ha elevato proprio una barriera al processo di adesione alla Convenzione europea, proprio in riferimento al complesso meccanismo di coinvolgimento della Corte nella procedura successiva alla presentazione di un ricorso alla Corte di Strasburgo. Dopo aver posto

¹²⁹ Corte cost. n. 80/2011, punto 5., *del Considerato in diritto*.

¹³⁰ V. ZAGREBELSKY, *UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in www.sidi-isil.org.

come condizione pregiudiziale il suo intervento prima che la Corte europea si pronunci su un ricorso, la Corte ne giudica ora non accettabile l'articolazione.

La Corte di Giustizia sostiene la necessità del proprio coinvolgimento in riferimento all'esigenza di eguale applicazione del diritto dell'Unione da parte di tutti gli Stati membri nel quadro della speciale natura dell'Unione, non assimilabile ad uno Stato¹³¹.

Il complesso meccanismo che si vorrebbe introdurre con l'accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione in sede di procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, non è stato ritenuto appropriato. Infatti, il luogo appropriato per un intervento è dunque quello che attiene al diritto dell'Unione e ai meccanismi utili ad assicurarne l'eguale interpretazione e applicazione in tutti gli Stati membri. Rispetto alla procedura davanti alla Corte europea e alla sua conclusione, invece, l'interpretazione del diritto dell'Unione, che la Corte di Giustizia dia sia essa conforme o invece difforme rispetto a quella adottata dal giudice nel decidere la causa è irrilevante, poiché il caso sottoposto alla Corte europea è già stato definito a livello interno, concretizzando la situazione sulla cui compatibilità con la Convenzione deve pronunciarsi la Corte europea.

Per quanto attiene il secondo tema vertente sul controllo esterno derivante dall'adesione alla Convenzione europea, la Corte di Giustizia afferma tuttavia che esso non deve interferire con le sue competenze, in modo che risulti pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione (punto n. 183). In particolare la Corte di Giustizia afferma che il controllo esterno frutto delle decisioni degli organi della Convenzione europea non dovrebbe avere l'effetto di imporre agli organi dell'Unione e alla stessa Corte una determinata interpretazione del diritto dell'Unione (punto n. 184).

Il controllo esterno inoltre non potrebbe valere «per quanto riguarda l'interpretazione fornita dalla Corte (di Giustizia) riguardo al diritto dell'Unione, ivi compresa la Carta. In particolare, le valutazioni della Corte (di Giustizia) relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU» (punto n. 186 ed

¹³¹ Punto n. 157 del parere n. 2/2013.

anche punti n. 177 e 178). Proprio su quest'ultimo aspetto che la Corte di Giustizia sembra di negare un eventuale controllo esterno da parte della Corte europea.

Una lettura del parere della Corte di Giustizia che ne consideri il senso, la portata, gli effetti spinge a credere che il percorso di integrazione dell'Unione nella Grande Europa del Consiglio d'Europa sia interrotto e che il discorso giuridico non sia insensibile alle obiezioni. Obiezioni da non sottovalutare, ma che confliggono con il senso profondo e il progetto civile espressi dal 'controllo esterno' e dall'esclusione della riserva della 'giurisdizione domestica' quando si tratti di diritti fondamentali¹³².

4. Il giudicato penale e la riapertura del processo penale a seguito della condanna della Corte EDU, nell'esperienza italiana

La vicenda della riapertura del processo penale a seguito di una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, diretta specificamente all'Italia, risale infatti con il noto caso "Dorigo". A seguito della richiesta congiunta all'Italia da parte della vecchia Commissione e la Corte EDU nel quale si richiedeva appunto, la riapertura del giudizio penale nei confronti del condannato Sig. Paolo Dorigo, essa viene a formulare nel corso degli anni una duplice istanza, rispettivamente di sospensione dell'esecuzione della pena e di revisione del giudizio, le quali le consentiranno di pronunciarsi sia la Corte di cassazione sia la Corte costituzionale¹³³.

La Corte di cassazione¹³⁴ in veste di giudice dell'esecuzione ha affermato che «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare il giudicato inesequibile» (ovvero non proseguibile l'esecuzione della pena residua) quando la Corte EDU abbia accertato che la condanna è stata pronunciato per violazione delle regole sul processo equo sancito dall'art. 6 della CEDU e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo". Questo in virtù dell'art.630 c.p.p., ponendosi in stretta relazione con gli artt., 5 e 6 della CEDU; ma il

¹³² *Ibidem*, p.9.

¹³³ E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 115.

¹³⁴ Cass. pen., sez. I, sent. 1° dicembre 2006-26 gennaio 2007, n. 2800.

condannato dopo aver ottenuto lo sconto di pena e l'immediata liberazione, successivamente avanza una richiesta di revisione, *ex art. 630 c.p.p.*, sul quale interverrà la Corte costituzionale in due momenti differenti.

Il giudice che riceve l'istanza di revisione del processo penale la Corte d'Appello di Bologna solleva a distanza di due anni due questioni di legittimità costituzionale; la prima viene riferita alla violazione del codice di procedura penale dell'art.6 CEDU e degli artt. 3, 10, 27 Cost. La Corte costituzionale risponde con la sent. n. 129/2008, ritenendo la questione infondata con riguardo al tema della possibile inclusione di una sentenza della CEDU tra le ipotesi di revisione del processo penale¹³⁵.

In primo luogo, il problema emerso riguardava un vuoto normativo che necessitava sicuramente un intervento del legislatore nazionale. Infatti, l'art. 630 c.p.p. escludeva la possibilità di revisione del processo penale derivante da una sentenza di condanna della Corte EDU. Di conseguenza il Giudice delle leggi, ha formulato un pressante invito al legislatore di adottare le misure più adeguate in materia, il quale fino ad oggi non ha provveduto nella modifica del codice di procedura penale di inserire appunto un rimedio *post iudicatum*.

In secondo luogo, merita di precisare che il giudice remittente ha ommesso di richiamare tra i parametri di legittimità l'art.117, primo comma, Cost. Forse le argomentazioni addotte dalla Consulta sarebbero potute essere di diverso segno se nell'ordinanza di remissione si fosse stato un ragionamento basato proprio su tale norma costituzionale.

Pertanto, la situazione si presentava quasi incerta per gli operatori di diritto, per i quali mancava un *modus operandi* legiferata a risolvere tutte le problematiche connesse a processi penali le cui violazioni della Convenzione europea sono state accertati con sentenze di condanna da parte della Corte di Strasburgo.

In questo contesto si inserisce anche la seconda questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'Appello di Bologna, impostata stavolta sotto il profilo della presunta violazione, da parte dell'art.630 c.p.p. nel suo intero testo, dell'art. 46 CEDU, quindi anche dell'art.117, primo comma, Cost. Il riferimento alla citata disposizione costituzionale si rivela fondamentale, perché impone alla Corte

¹³⁵ G.CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU, proporzionalità ed adeguatezza in materia penale*, in M.D'AMICO, B.RANDEZZA, (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 147.

costituzionale affrontare il tema degli effetti vincolanti delle sentenze definitive della Corte EDU.

Il Giudice delle leggi decise con la sentenza n. 113/2011, ritenuta in dottrina come additivo *sui generis*, in quanto viene indicato al giudice, non tanto un principio alla stregua del quale operare, quanto “che cosa non potrà fare”, cioè, allargare le maglie applicative dell’art.630 c.p.p., che presenta semplici assonanze con l’istituto, coerente con le esigenze di riapertura del giudizio, del quale ci sarebbe in ogni caso bisogno nell’ordinamento italiano, incostituzionale risultando la carenza di un meccanismo per la *restitutio in integrum*¹³⁶.

La Corte afferma che; «nella specie, l’art.630 cod.proc.pen. deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio perché (e nella parte in cui) non contempla un “diverso” caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell’art.629 cod.proc.pen.) la riapertura del processo, intesa, quest’ultimo, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale di giudizio, quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell’art.46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo (cui, per quanto già detto, va equiparata la decisione adottata dal Comitato dei Ministri a norma del precedente testo dell’art.32 della CEDU)»¹³⁷.

L’atteggiamento della Corte costituzionale favorisce l’impegno ordinamentale a consentire la *restitutio in integrum* in favore di qualsiasi vittima di violazioni della Convenzione. Tale atteggiamento del Giudice delle leggi verrà successivamente seguito da parte della Corte di cassazione¹³⁸ che riconoscerà addirittura l’assimilabilità del *decisum* definitivo della Corte EDU al giudicato formale definendolo come «statuizione del valore di giudicato formale per il processo interno» oppure «decisione con effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato».

Nell’esperienza italiana, la riapertura del processo penale a seguito della condanna della Corte di Strasburgo è avvenuto appunto in via giurisprudenziale, tuttora manca nella legislazione processualpenalistica una specifica disposizione che prevede appunto la revisione del processo penale a seguito di una sentenza definitiva

¹³⁶ E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 116.

¹³⁷ Corte cost., sent. n. 113/2011, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹³⁸ Cass. civ., sez. III, sent. n. 19985/2011.

della Corte di Strasburgo. Tale atteggiamento verrà seguito sei mesi dopo dalla Corte costituzionale albanese, la quale deciderà alla stregua di quanto ha effermato la Corte costituzionale italiana valorizzando l'art. 46 CEDU, nonché, richiamando esplicitamente la sentenza in esame. Ma sulla vicenda albanese si rinvia alla seconda parte.

5. Le sentenze della Corte EDU come *ius superveniens* nel giudizio di costituzionalità

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 150/2012 restituisce gli atti in un giudizio di costituzionalità promosso, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 32 e 117, primo comma, Cost., come integrato dagli artt. 8 e 14 della CEDU, dai Tribunali di Firenze, Catania e Milano su talune disposizioni della legge n. 40 del 2004 che vietano il ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Secondo i giudici *a quibus* tale divieto reca *vulnus* al diritto delle coppie affette da sterilità o infertilità irreversibile al rispetto della vita privata familiare, all'identità e all'autodeterminazione, nonché al diritto di costruire liberamente la propria vita come garantiti dall'art. 2 Cost. Esso lederebbe altresì i principi di non discriminazione, ragionevolezza, coerenza dell'ordinamento giuridico *ex* artt. 3 e 32 Cost., nonché il diritto fondamentale alla "creazione di una famiglia" garantito dagli artt. 29 e 31 Cost.

Le argomentazioni svolte dai giudici remittenti con riguardo alle censure *ex* art. 117, primo comma, Cost., riprendendo ampi stralci della sentenza (non definitiva) sul caso *S.H e altri c. Austria* in cui la Corte aveva dichiarato la violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU da parte di una disciplina recante divieti analoghi a quello italiano¹³⁹.

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 150/2012 ha restituito gli atti relativi alla questione di costituzionalità riguardo il divieto di inseminazione artificiale

¹³⁹ B.RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p.165.

eterologa, questo è stato fondato su un mutamento di giurisprudenza della Corte EDU, intervenuta dopo che la questione era stata sollevata.

In particolare la Sez. I della Corte EDU aveva ritenuto che, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare, per cui i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale (fecondazione in vitro con seme di terzo; fecondazione con donazione di ovociti), nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti¹⁴⁰.

Successivamente la Grande Camera aveva rovesciato la pronuncia della Camera, riconoscendo che la limitazione dell'accesso alle pratiche di fecondazione assistita non eccede il margine di apprezzamento riconosciuto in materia allo Stato, la Corte costituzionale ritiene necessario chiedere ai giudici remittenti una nuova valutazione della questione, assumendo la pronuncia della Corte europea alla stregua di uno *ius superveniens* secondo l'orientamento già seguito nei confronti delle sentenze della Corte di Giustizia UE.

Infatti, mentre la ricordata giurisprudenza costituzionale aveva in varie occasioni mostrato un utilizzo della restituzione degli atti in considerazione del sopravvenire di sentenze interpretative della Corte di giustizia, questo non si era ancora verificato con riguardo a sentenze interpretative della Corte EDU, e, per la prima volta la Corte costituzionale restituisce gli atti per il sopravvenire del mutamento giurisprudenziale della Corte EDU¹⁴¹.

Più precisamente, il Giudice delle leggi decise la restituzione degli atti al giudice remittente non a causa dello *ius superveniens*, bensì a causa della sopravvenienza di una seconda pronuncia della Grande Camera all'interno dello stesso giudizio nel quale era stata resa la decisione della Prima sezione, qualificato dalla Corte come *novum*.

La decisione sopravvenuta, in effetti, incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e dunque costituiva un *novum* che

¹⁴⁰ R.ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, p. 6.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 10.

influisce direttamente sulla questione di legittimità così proposta, al punto di imporre una restituzione degli atti, affinché i rimettenti procedessero ad un rinnovato esame dei termini della questione¹⁴². Un *novum* la cui valutazione non può essere condotta dalla Corte in quanto «comporterebbe un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto».

L'ordinanza in esame, segna senza dubbio una valorizzazione dell'interpretazione della CEDU da parte della Corte di Strasburgo e del diritto giurisprudenziale in generale, al punto che non sono mancati in dottrina di interrogarsi sul valore della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico da qualificarsi come quasi-fonte o meno¹⁴³.

In conclusione, pur senza evocare il concetto di fonte, è chiaro che la Corte costituzionale abbia deciso, *come se* la sentenza della Corte europea fosse una sopravvenienza normativa. In sostanza, come hanno ritenuto in dottrina, pare che la Corte costituzionale abbia assimilato il "*novum superveniens*" allo "*ius superveniens*" e non agli atti o fatti rilevanti sopravvenuti diversi dallo *ius*. L'atteggiamento della Corte non sembra immune dalle critiche, essenzialmente riconducibili alla scarsa corrispondenza tra forma e sostanza che ha viziato tale atteggiamento o, forse, alla sua eccessiva riluttanza ad addivenire ad un inquadramento della sentenza europea in termini di fonte, inquadramento che, rispetto all'enfasi data alla giurisprudenza europea nel passato ed alle conseguenze che il suo mutamento ha avuto sul giudizio di costituzionalità, pareva che potesse configurarsi alla stregua di un corollario¹⁴⁴.

¹⁴² T. GIOVANETTI, P. PASSAGLIA, *Ordinamento interno e diritto internazionale*, in R.ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 376.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 381.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 383.

6. Conferme e “assestamenti” della giurisprudenza costituzionale in relazione alla CEDU

La giurisprudenza costituzionale dopo la “svolta” con le sentenze gemelle del 2007 e le successive sentenze gemelle del 2009, non si discosterà mai dal atteggiamento inaugurato con le prime sentenze gemelle. Come hanno rilevato in dottrina, la Corte costituzionale, nei successivi anni, abbia progressivamente affinato la concezione del ruolo da attribuire alla Corte di Strasburgo, nella sua attività ermeneutica sulla Convenzione, così in sostanza codificando le coordinate di un dialogo a distanza, tra i giudici interni e la Corte europea¹⁴⁵.

La Corte, valorizza, appunto, il monopolio della Corte di Strasburgo nell’interpretazione della Convenzione europea, tutto ciò fa pensare di una eventuale adesione della Corte costituzionale alla teoria, con riferimento al valore da attribuire alle decisioni definitive della Corte europea quale “autorità di cosa interpretata”.

Nessuna novità invece per quanto riguarda il trattamento della CEDU quale fonte pattizia all’interno dell’ordinamento giuridico italiano. Sostanzialmente, la Corte costituzionale conferma lo stesso orientamento inaugurato con le prime sentenze gemelle, ponendosi in linea di continuità con la giurisprudenza pregressa. Ciò viene dimostrato dalla giurisprudenza successiva (sent.n. 236/2011), nella quale la Corte costituzionale espone nel modo forse più analitico e compiuto i capisaldi della giurisprudenza costituzionale, che possono essere così enucleati:¹⁴⁶

- a) la qualificazione della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, alla stregua di norme interposte in relazione al parametro espresso dall’art.117, primo comma, Cost., «nella parte in cui impone la conformazione alla legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».
- b) il chiarimento della diversa portata dell’art.117, primo comma, Cost., e degli artt. 10 e 11 Cost., che ha fatto del primo tassello che ha colmato la lacuna prima esistente nella garanzia dell’osservanza da parte del legislatore del diritto internazionale pattizio;

¹⁴⁵ E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 109.

¹⁴⁶ T. GIOVANETTI, P. PASSAGLIA, *Ordinamento interno e diritto internazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., p. 376.

- c) il carattere di *extrema ratio* del giudizio di costituzionalità, conseguente alla circostanza che, «qualora si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU» «il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica».
- d) l'indefettibilità della pronuncia della Corte, una volta constatata l'impossibilità di superare il contrasto in via interpretativa, «non potendo il giudice comune disapplicare la norma interna né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Convenzione».
- e) l'obbligo per la Corte, una volta «accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e la norma della CEDU, sussiste e non può essere risolto in via interpretativa», di verificare se la norma della Convenzione [...] si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione;
- f) la conseguente eventuale esclusione dell'idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro costituzionale considerato, trattandosi di una norma collocata «ad un livello *sub*-costituzionale»;
- g) l'obbligo, per il caso in cui il precitato contrasto non sussista tra la Costituzione e CEDU, di dichiarare, se del caso, la illegittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art.117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma convenzionale;
- h) l'impossibilità per la Corte di «sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo», dovendo le norme della CEDU essere «applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»;
- i) la riserva sulla scorta della quale, se la Corte non può «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo», può comunque valutare «come e in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», giacché «la norma della CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art.117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui la Corte costituzionale è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»;
- j) la enucleazione dei limiti entro i quali la Corte costituzionale può sovrapporre le proprie valutazioni a quella della Corte di Strasburgo, consistenti nell'apprezzare

la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi.

La sentenza in esame dimostra in chiare lettere come la Corte costituzionale è costante in materia della CEDU, continuando a consolidare il suo atteggiamento circa la posizione della CEDU nell'ordinamento costituzionale italiano, quale norme interposta per il tramite dell'art.117, primo comma, Cost., escludendo una copertura costituzionale *ex art.10 Cost.*

Inoltre l'autorevole dottrina ha rilevato un assestamento ancora non definito in relazione alla CEDU. Infatti, la citata affermazione non sembra pienamente in linea con quella contenuta nella sent. n. 113/2011, in cui, la Corte nel riprendere affermazioni precedenti (e richiamandosi segnatamente, alla sent. n. 129/2008), ha ribadito che «l'art. 10, primo comma, Cost., non comprende le norme pattizie che non riproducono principi o norme consuetudinarie nel diritto internazionale»: come dire che, qualora la Convenzione europea recasse una disposizione riproduttiva di una norma di diritto internazionale generale, nulla parrebbe opporsi alla sua invocazione anche in uno schema diverso da quello disegnato dall'art.117,, primo comma, Cost.¹⁴⁷

Si rileva che, sul punto la giurisprudenza costituzionale non sembra aver raggiunto un assestamento definitivo. Prova ne sia il fatto che la citata sent. n. 129/2008, in realtà, suggeriva una lettura assai prossima a quella di cui all'ord. n. 180/2011, mentre la successiva sent. n. 311/2009 aveva chiarito che il giudice comune, ravvisando un contrasto insanabile tra la CEDU ed una norma interna, deve sollevare questione di costituzionalità «con riferimento al parametro dell'art.117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art.10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuto». È tale ultima posizione sembra, in effetti, essere stata ripresa nella sent. n. 113/2011: l'assenza di un indirizzo univoco, comunque, impedisce, ad oggi, di dirimere la *vexata quaestio* dell'invocabilità in astratto dell'art.10, primo comma, Cost., in relazione a norme internazionali pattizie (purché ricognitive di principi e norme generalmente riconosciute).

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 373.

7. Il rapporto tra la Corte costituzionale e Corte EDU diretto dal criterio della massima espansione della tutela

Come abbiamo avuto modo di evidenziare nella rassegna della giurisprudenza costituzionale in relazione alla CEDU, a partire dalla sent. n. 317/2009, la Corte costituzionale italiana tratteggia il rapporto tra la CEDU e Costituzione applicando un'altra strategia¹⁴⁸, la quale non sposta l'attenzione sul tema del vincolo alla giurisprudenza di Strasburgo, e anzi ne prescinde totalmente, affrontando invece di petto il problema di quale sia il criterio per valutare se ammettere o meno nel nostro ordinamento una norma pattizia sui diritti umani.

Questo diverso approccio trova la sua prima apparizione nella citata sentenza del 2009, nella quale si affermò che con riferimento non al singolo diritto di volta in volta invocato, ma alla luce del postulato secondo cui «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra di loro».

Tali affermazioni sono state riprese anche nella sent. n. 264/2012, nel quale viene affermato che, «il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento di tutela stessa»¹⁴⁹.

Il criterio o la strategia della massima espansione delle garanzie è stato applicato per la prima volta nella citata sent. n. 264/2012, sulle “pensioni svizzere”, in cui la Corte riprende appunto l'indirizzo affermato nel 2009 della massima espansione delle garanzie per rifiutarsi di adeguare l'ordinamento interno a una pronuncia di condanna dell'Italia resa dalla Corte di Strasburgo in relazione a una legge di interpretazione autentica in materia di calcolo delle pensioni dei cittadini italiani che avevano lavorato in Svizzera.

In quell'occasione la Corte costituzionale aggiunge inoltre che, «la norma convenzionale nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art.117 Cost.,

¹⁴⁸ E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, cit., 765.

¹⁴⁹ Corte cost., n. 264/2012.

come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza», e precisa inoltre che queste operazioni di bilanciamento «volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla intergrazione delle tutele».

Sempre con riguardo il bilanciamento dei valori in gioco la Corte aggiunge che, soltanto la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata».

A proposito di tale affermazione, si parlava infatti, di una differenza soltanto ontologica tra la giurisprudenza europea e la giurisprudenza costituzionale, in quanto la Corte europea tutela in modo parcellizzato i diversi valori in giuoco¹⁵⁰.

Per poter effettuare il bilanciamento dei valori la Corte costituzionale ribadisce pure la necessità di una verifica ad essa spettante, della “compatibilità della CEDU”, come interpretata dalla Corte europea, con le pertinenti norme della Costituzione. L'esito concreto, fu quello dell'incompatibilità della norma convenzionale come interpretata dalla Corte EDU e conseguente inidoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro *ex art. 117*, primo comma, Cost.

La Corte di Strasburgo tutelando in modo parcellizzato i singoli diritti dei pensionati che avevano lavorato in Svizzera, non avrebbe tenuto conto del fatto che gli effetti della legge italiana di interpretazione autentica, benché sfavorevoli a quei pensionati, «ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art.81, quarto comma, Cost., ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali».

Nella prospettiva di una tendenziale continuità con affermazioni più risalenti, a rilevare nella sent. n. 264/2012 è però, principalmente, il definitivo impossessamento da parte della Corte di poter esercitare quel margine di

¹⁵⁰ T. GIOVANETTI, P. PASSAGLIA, *Ordinamento interno e diritto internazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., p. 392.

apprezzamento che, a livello europeo e nella giurisprudenza costituzionale anteriore, e ed è stato riferito genericamente agli Stati membri¹⁵¹.

Successivamente la Corte costituzionale sent. 202/2013, in materia di ricongiungimento familiare, ritiene “infungibile”, il suo ruolo, volto ad effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie esistenti di tutti i diritti e di tutti i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca¹⁵².

Viene così allo scoperto l'intento che muove la Corte costituzionale italiana, che è quello di farsi, ancora prima che ago della bilancia, bilancia essa stessa¹⁵³. Essa in altri termini, si presenta come l'unico “contenitore” adatto a raccogliere tutti i diritti di differente origine e tutti i valori in gioco al fine di consentirne una reale integrazione, e quindi pretende di essere considerata l'unico giudice dotato degli elementi necessari per decidere il punto di equilibrio migliore tra essi.

8. I limiti all'efficacia “vincolante” delle sentenze della Corte EDU

Di recente, la Corte costituzionale ha adottato una sentenza di inammissibilità sent. n. 49/2015, nel giudizio di legittimità costituzionale promosso con due diverse ordinanze dalla Corte di cassazione penale e dal giudice ordinario di Teramo. Entrambi i giudici rimettenti avevano ritenuto che, per effetto della decisione *Varvara c. Italia*, l'art. 44, comma 2, del TU edilizia andasse interpretato come se precludesse la confisca dei beni, quando non fosse pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva, a causa della maturazione della prescrizione. Nel caso *Varvara* infatti la Corte Edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 (*nulla poena sine lege*) della Cedu e dell'art. 1 (diritto di proprietà) del Primo Protocollo addizionale.

¹⁵¹ T. GIOVANETTI, P. PASSAGLIA, *Ordinamento interno e diritto internazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., p. 390.

¹⁵² E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., p. 113.

¹⁵³ E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, cit., 768.

A partire da questo punto comune, le impostazioni delle due questioni divergono radicalmente, pur andando entrambe, per vie distinte, incontro a un esito, come si è anticipato, di inammissibilità: entrambi i giudici, secondo la Corte costituzionale, hanno dato una lettura troppo semplicistica della sentenza Varvara, omettendo di inquadrarla nel «flusso continuo della giurisprudenza europea» e trascurando di armonizzarla con i principi costituzionali di sussidiarietà in materia penale e discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria. Perciò, la Corte costituzionale arriva a concludere che i giudici *a quibus* hanno errato nell'extrapolare dalla pronuncia Varvara il principio di diritto dal quale hanno mosso gli incidenti di costituzionalità e che, anzi, avrebbero dovuto attestarsi su una lettura della decisione addirittura opposta¹⁵⁴.

A mio avviso, la sentenza in esame è molto importante, almeno sotto due aspetti, il primo concernente la predominanza assiologica della Costituzione sulla CEDU ed il secondo riguarda i limiti all'efficacia sulle sentenze di Strasburgo nell'ordinamento giuridico italiano, cui sono enunciati dalla Corte in modo più esplicito e dettagliato, rovesciando in un certo senso la stagione della “valorizzazione” della funzione ermeneutica della Corte di Strasburgo nell'aver appunto il monopolio della interpretazione delle norme CEDU inaugurata con le sentenze gemelle del 2007.

Per quanto concerne il primo aspetto, quello del sindacato di legittimità costituzionale della CEDU, merita sottolineare in questa sede, e come ha evidenziato l'autorevole dottrina che, tale evenienza era stata ventilata dalla sentenza n.348/2007 e poi in modo diverso ripresa anche dalla sentenza n.311/2009¹⁵⁵.

Nella n. 348 si legge che nell'ipotesi di rilevato contrasto della norma convenzionale con la Costituzione, la Corte «ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano», mentre la n.311/2009 afferma che «non potendosi evidentemente incidere sulla legittimità della Convenzione, il contrasto con la Costituzione “comporta” – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento».

¹⁵⁴ D.TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1.

¹⁵⁵ V.ZAGREBELSKY, *Corte cost. n.49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art., 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della convenzione*, in www.sidi-isil.org, pp. 9 ss.

Tuttavia la dichiarata eccezionalità di tale eventualità aveva fatto pensare che simili affermazioni della Corte costituzionale rispondessero essenzialmente ad una preoccupazione “di sistema” e non fossero destinate a concretizzarsi. Tanto più che la Corte, a partire dalla sentenza n. 349 aveva ripetutamente indicato che il vero criterio utile a sciogliere differenze di disciplina sulla protezione dei diritti fondamentali fosse quello che faceva prevalere la maggior tutela del diritto fondamentale in discussione. E in effetti in una occasione che avrebbe potuto offrire il destro alla Corte di dar corso alle affermazioni ora ricordate, quella della già menzionata sentenza n.264/2012, di esse e della conseguente “espunzione” della legge di ratifica (e quindi della Convenzione europea dei diritti umani) dall’ordinamento giuridico italiano, non si trova traccia, nonostante che la Corte abbia accettato che la norma convenzionale che veniva in considerazione (art.6 Conv.), nella interpretazione della Corte europea, da un lato integrasse il parametro di cui all’art.117/1 Cost. (punto 5.2) e dall’altro fosse incompatibile con la Costituzione.

Nel caso di specie la Corte costituzionale ha concretamente attuato un controllo costituzionale circa la compatibilità della CEDU con la Costituzione, infatti quando la Corte costituzionale accerta tale incompatibilità, «provvede, nei modi rituali espungerla dall’ordinamento giuridico italiano».

Mentre il secondo aspetto riguarda l’atteggiamento della Corte costituzionale che, per la prima volta afferma nettamente i limiti agli effetti giuridici delle sentenze della Corte di Strasburgo, enunciando quasi tassativamente le ipotesi quando le sentenze delle Corte EDU hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali; a) quando la decisione della Corte EDU abbia definito la causa di cui il giudice comune torna ad occuparsi; b) quando la giurisprudenza di Strasburgo costituisca ‘diritto consolidato’; c) quando si tratti di una sentenza “pilota”.

Tali affermazioni hanno suscitato in dottrina non poche critiche¹⁵⁶, nel caso di specie, rispetto agli indizi forniti dal Giudice delle leggi ai giudici comuni, per poter intercettare se si tratti o meno di una giurisprudenza consolidata della Corte europea quali; l’avvallo della Grande Camera; In questo modo non si finisce per sminuire la portata delle decisioni delle sezioni semplici, che comunque diventano definitive e non più appellabili alla Grande Camera entro tre mesi dalla pubblicazione? La natura

¹⁵⁶ D.TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, cit., pp. 3. ss.

della Grande Camera non si può neppure ridurre, mi pare, a quella di avallare le decisioni giurisprudenziali delle singole sezioni. L'intervento della Grande Camera non è affatto routinario: secondo l'art.43 della CEDU, essa infatti accoglie la domanda di rinvio solo se la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale, oppure il riferimento all'art. 28 CEDU per insistere sulla necessità di valutare con molta attenzione se si trovi davanti a una giurisprudenza consolidata.

A prescindere dalla divisibilità dell'uno o dell'altro di essi, gli indici per l'identificazione del 'diritto consolidato' sono tutti di applicazione sufficientemente agevole e univoca? Delle varie difficoltà applicative, a fini esemplificativi riportiamo solo una; quante e quali opinioni dissenzianti occorrono per 'disinnescare' il principio affermato dalla Corte EDU? Come ad esempio il caso *Lautsi*, nella prima decisione, presa dalla Sezione II nel 2009, che tante critiche in Italia e non solo ha sollevato, non c'erano state opinioni dissenzianti e non ci si era distanziati dal solco tradizionale della giurisprudenza europea in tema di simboli religiosi nello spazio pubblico. Nella pronuncia della Grande Camera, del 2011, le opinioni dissenzianti sono state solo due contro una maggioranza di 15: poche, ma certamente non di poco spessore – a prescindere dal fatto che si condivida o meno.

Con la sentenza in esame ai giudici comuni spetta un ruolo abbastanza difficile, in quanto essi devono essere in grado di individuare quali delle sentenze della Corte di Strasburgo hanno veramente effetti vincolanti, avvalendosi dei criteri e gli indizi forniti dal Giudice delle leggi. Tale operazione presuppone una eccellente conoscenza della giurisprudenza di Strasburgo dai giudici comuni.

In conclusione, la Corte sembra tracciare un ideale manuale di istruzioni per l'uso della giurisprudenza CEDU, ormai articolato in parecchi capitoli: anzitutto, bisogna comprendere se una certa sentenza di Strasburgo è propriamente vincolante, perché abbia definito la causa di cui il giudice comune torna ad occuparsi, perché pronunciata dalla Grande Camera o perché sentenza pilota o perché comunque non indebolita dal ricorrere di uno degli indici elencati nella sentenza n. 49; posto che una sentenza europea meriti di essere riconosciuta come vincolante, bisognerà poi, come richiesto da ultimo dalla sentenza n. 264 del 2012, verificarne la compatibilità con la Costituzione; solo se tutte queste verifiche danno esito positivo è possibile usare il principio affermato a Strasburgo o per un'interpretazione correttiva della legge

italiana o, se ciò non è possibile, come parametro di una questione di legittimità costituzionale¹⁵⁷.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 4.

PARTE SECONDA

(La CEDU nell'ordinamento giuridico albanese)

CAPITOLO IV

IL DIRITTO INTERNAZIONALE NELLA COSTITUZIONE ALBANESE

SOMMARIO: 1.Cenni storici sulla Costituzione albanese.-1.1 Dal costituzionalismo socialista al costituzionalismo liberale. -1.2 Verso il primo testo della Costituzione liberale.-1.3 Il ruolo della Commissione di Venezia nella redazione della Costituzione democratica albanese. -2. La teoria monista, dualista, la scelta del Costituente albanese.-3. Cenni sulle fonti del diritto. La Costituzione, le leggi costituzionali e la CEDU.-3.1 Le fonti primarie.-4. Il diritto pattizio ed il diritto internazionale generalmente riconosciuto nella Costituzione albanese. L'art. 5 Cost. e la sua portata.-4.1 Il diritto pattizio nella Costituzione albanese.

1. Cenni storici sul costituzionalismo albanese

Prima di parlare sulla Convenzione europea nell'ordinamento giuridico albanese, pare opportuno di portare una breve introduzione sulla storia del costituzionalismo in questa esperienza, partendo dai primi atti di rilievo costituzionale fino alla vigente Costituzione del 1998.

La nascita dello Stato albanese si identifica con l'atto di proclamazione dell'indipendenza il 28 novembre 1912. Successivamente il primo passo decisivo verso la costruzione dello Stato albanese fu il Congresso di Lushnje nel gennaio 1920 dove lo Stato albanese è stato concepito secondo il modello della democrazia liberale e su questa direzione si sono fatti importanti passi come, l'approvazione degli atti costituzionali di natura tipicamente democratica, l'instaurazione del pluralismo politico, la libertà di stampa, la libertà di pensiero ecc. Tuttavia, l'arretramento economico, sociale e culturale nonché lo stato di anarchia dominato dalle forze

conservatrici strettamente legate al sistema feudale, rappresentavano dei grossi ostacoli per lo sviluppo dello Stato democratico e per l'instaurazione dello Stato di diritto.

Tra 1925-1928 l'Albania ha avuto una forma di governo di repubblica parlamentare, proclamata il 21 gennaio 1925, dove l'Assemblea costituente approvò lo Statuto fondamentale repubblicano, il quale fittiziamente proclamava la Repubblica parlamentare, ma in realtà il paese si governava sotto la direzione dell'unico soggetto A.Zogu¹⁵⁸. Successivamente, con il nuovo Statuto approvato dall'Assemblea costituente il 1° settembre 1928 fino al 1939, l'Albania si è trasformata in monarchia parlamentare, l'*ex* capo di Governo diventò Re dell'Albania.

In dottrina si parla spesso del ruolo del Re Zog I, nella fondazione dello Stato di diritto tra le quali, si possono menzionare la realizzazione di una legislazione tutto sommato moderna nonché l'instaurazione di una Pubblica Amministrazione efficiente. Uno dei meriti del Re Zog I, fu proprio la rimozione della vecchia legislazione ereditata dall'Impero Ottomano.

Sul piano della modernizzazione della legislazione possiamo menzionare l'approvazione dei codici più importanti, in gran parte adottati secondo i modelli già esistenti nei Paesi dell'Europa occidentale, la creazione di un apparato burocratico efficiente ecc. Nonostante i meriti del Zog I nella fondazione dello Stato albanese moderno, in dottrina non riconoscono l'instaurazione di un vero e proprio Stato di diritto. Infatti, non basta l'esistenza delle leggi e la loro applicazione per qualificare uno Stato di diritto, bensì quest'ultimo è indissolubilmente legato ad altri criteri importanti come, il pluralismo partitico, democrazia, il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali. Oltre il riconoscimento della proprietà privata e della libertà dell'iniziativa economica, tutti gli altri diritti e le libertà non furono mai realizzati¹⁵⁹.

Il Parlamento della Repubblica (prima), e della Monarchia (dopo), ha prodotto buoni risultati in ambito della redazione dei codici senza dubbio contemporanei. Merita essere evidenziato che nonostante il processo legislativo fu orientato dal Presidente della Repubblica prima e dal Re dopo, il Parlamento non approvava le leggi in modo prettamente formale, benché al suo seno fu istituito una commissione *ad hoc* denominata il Consiglio di Stato nella quale le leggi andavano esaminate

¹⁵⁸ L.OMARI, *Historia e Shtetit dhe së drejtës në Shqipëri, grup autorësh*, Luarasi, Tiranë, 2007, p. 362.

¹⁵⁹ L.OMARI, *Shteti i së drejtës*, Lilo, Tiranë, 2002, p.47.

soprattutto sotto l'aspetto tecnico. Tuttavia, il Parlamento durante la monarchia ha approvato una serie di leggi soprattutto in materia penale e fiscale per comprimere ogni possibilità di opposizione al potere autocratico del Re.

Merita sottolineare in questa sede che il Parlamento durante il periodo della Repubblica (1925-1928) e durante la monarchia (1928-1939) fu caratterizzato dall'assenza quasi totale di altri partiti politici, rendendo così l'organo della rappresentanza del popolo di un mero meccanismo di sola approvazione delle leggi, privo del dibattito politico. Infatti, nel Parlamento del Re Zog si rappresentava un solo partito quella del Governo.

Inoltre, analizzando il ruolo ed il funzionamento del Parlamento durante il periodo repubblicano e quello della monarchia, si giunge alla conclusione che in realtà si trattava solo di un Parlamento fittizio con una copertura democratica e dello Stato liberale. Pertanto, durante il periodo 1925-1939 si debba escludere l'esistenza dello Stato di diritto in Albania.

Durante il periodo 1945-1990 il c.d. "realismo socialista" ovvero la dittatura del proletariato non si potrebbe neanche pensare, l'esistenza dello Stato di diritto, ma la sua concezione era inaccettabile per la dottrina Marxista-Leninista. La definizione data da Lenin riguardo la dittatura del proletariato come "il potere del proletariato contro la borghesia, basato sulla violenza e non limitato dalle leggi" è completamente contro l'idea della subordinazione dello Stato al diritto, quest'ultimo come principio cardine dello Stato di diritto. La teoria di Lenin ha trovato applicazione anche in Albania durante il periodo della dittatura, caratterizzato dalla lotta delle classi, in violazione dei diritti fondamentali dei cittadini¹⁶⁰.

L'ideologia Leninista è stata trasposta anche a livello costituzionale. Così la Costituzione albanese del 1946 ha sancito l'organizzazione sociale dello Stato secondo il modello monista, il quale prevede l'esistenza di un solo partito, che governò per circa 45 anni. Inoltre, le Costituzioni dittatoriali, quelle del 1946 e del 1976, prevedevano il vincolo di mandato per i deputati del Parlamento. Appunto, la previsione del mandato imperativo per i deputati fu un uno strumento di repressione nelle mani dell'unico partito che governava il paese, per la revoca del mandato o per la condanna a morte di un alto numero di deputati.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 58.

Le Costituzioni socialiste sancivano i diritti e le libertà fondamentali, seppur in modo formale e molto limitato. Queste non potevano trovare una tutela costituzionale in quanto il funzionamento dello Stato si basava sulla “dittatura del proletariato” e nel potere assoluto del Partito.

Per quanto possiamo riassumere in questa sede, durante il periodo 1946-1991 del costituzionalismo socialista, il modello principale di riferimento è l’esperienza costituzionale dell’URSS, che è stata adottata grosso modo da tutti i Paesi che di volta in volta hanno aderito all’Unione Sovietica a seguito degli accordi di Yalta 1945, che determinano la divisione del mondo in zone di influenza delle grandi potenze alleate nel secondo conflitto mondiale.

In questo contesto storico una collocazione particolare spetta alla repubblica socialista federativa di Jugoslavia e Albania, che hanno sviluppato una autonoma modalità di attuazione del modello socialista¹⁶¹. Taluni hanno rilevato che l’esperienza albanese è ricompresa, dal punto di vista della macrocomparazione intersistemica, nel quadro evolutivo delle istituzioni giuridiche e politiche degli Stati Balcanici (c.d. Balcania), occorre muovere dal rilievo che il diritto albanese socialista accoglieva rigidamente i principi marxisti-leninisti e le teorie maoiste in materia di organizzazione socioeconomica e statale¹⁶².

Tuttavia, nelle costituzioni albanesi 1946, 1976 si ravvisano forti influenze dell’esperienza costituzionale del URSS. Tra gli elementi comuni si annoverano, la stessa concezione sulla Costituzione come documento che riflette l’effettiva realtà sociale ed economica in una precisa fase dello sviluppo della rivoluzione proletaria, la divisione di classe della società, la sovraordinazione della Costituzione allo stesso Partito Comunista, la proprietà collettiva, il modello economico basato sulla concezione pianificata, cioè, la direzione e lo sviluppo dell’economia fondato sulla proprietà socialista dei mezzi di produzione, doveva infatti avvenire secondo piani statali di sviluppo economico e sociale¹⁶³.

Infatti art. 5 dello Statuto della Repubblica Popolare d’Albania del 1946 sanciva che «i mezzi di produzione si compongono dalla proprietà comune del popolo, dalla proprietà delle cooperative agricole e dalla proprietà privata».

¹⁶¹ L.MONTANARI, *Le nuove democrazie dell’Europa centro-orientale*, in P.CARROZZA (a cura di), A. DI GIOVINE, G.F.FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 513.

¹⁶² M.MAZZA, *Giustizia costituzionale in Europa Orientale*, CEDAM, Padova, 1999, p. 405.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 640 ss.

Si evidenzia il ruolo centrale dello Stato nell'economia del paese, secondo la quale lo sviluppo economico si basava sul piano economico generale diretto dallo Stato, esercitando un controllo anche sul settore privato, seppur limitato. Occorre sottolineare che nella Costituzione del 1946, veniva riconosciuta e garantita la proprietà privata e l'iniziativa economica, si tratta di un riconoscimento formale, in quanto non è stato mai attuato, una garanzia costituzionale che non si è mai applicata nei numerosi casi di statalizzazione di proprietà privata senza alcun indennizzo.

Lo stesso può dirsi nella Costituzione della Repubblica Popolare Socialista d'Albania 1976, la quale ha rafforzato il ruolo del proletariato chiamata come dittatura del proletariato. «Il proletariato assieme al partito esercitano direttamente il controllo sull'attività delle istituzioni dello Stato»¹⁶⁴.

I mezzi di produzione si trasformarono definitivamente in proprietà socialista del popolo. La Costituzione vietò in modo esplicito la proprietà privata ed il modello economico si basò unicamente alla proprietà socialista. Dall'altro lato, venne riconosciuto anche se molto limitatamente la c.d. "proprietà personale". Una locuzione che ha sostituito quello della proprietà privata tipico dello Stato liberale. In questa nuova concezione rientravano i redditi percepiti dal lavoro, l'abitazione, ed altri beni di uso familiare.

Del tutto peculiare pare il controllo di legittimità costituzionale degli atti giuridici normativi sancito dalla Costituzione del 28 dicembre 1976, la quale contemplava unicamente l'intervento, di natura discrezionale e "graziosa", del *Presidium* dell'Assemblea popolare albanese. Tale intervento, diretto ad ottenere il riesame, da parte del supremo organo del potere statale, della conformità alla Costituzione di un provvedimento normativo o regolamentare, poteva essere richiesto dai tribunali ordinari o dalla Procura di Stato, come pure dagli organi amministrativi del potere locale, dagli organismi ed organizzazioni sociali e dai singoli cittadini.

La richiesta di controllo legittimità costituzionale, peraltro veniva sottoposto al *Presidium* dell'Assemblea nazionale della Repubblica socialista popolare di Albania con la sola "speranza" che la petizione "informale" proposta venisse poi esaminata¹⁶⁵.

La Costituzione del 1976, si basava principalmente sul principio dell'unità del potere statale, in netta contrapposizione con il principio di separazione dei poteri, tipico dello stato liberale. Secondo tale principio, il potere statale è nelle mani

¹⁶⁴ Art. 10 Cost.

¹⁶⁵ M.MAZZA, *Giustizia costituzionale in Europa orientale*, cit., p. 655.

dell'unico organo rappresentativo, quale il Parlamento ed i Consigli popolari, mentre il *Presidium*, concepito come organo collegiale che svolge la sua attività in seno al Parlamento, come un organo autonomo e indipendente che ha le stesse competenze del Presidente della Repubblica in una repubblica parlamentare.

Tutti gli altri organi dello Stato, ivi inclusi, gli organi costituzionali erano gerarchicamente dipendenti dal Parlamento. Un aspetto tutto particolare avevano gli organi giudiziari e la Procura di Stato. I tribunali popolari distrettuali, comunali e del quartiere, composti da giudici eletti a suffragio diretto del popolo. Gli organi della Procura di Stato esercitavano la sorveglianza generale sull'osservanza della legalità socialista e sull'esatta applicazione delle leggi, ivi compreso la stessa Costituzione. Il Procuratore generale veniva nominato dal Parlamento, mentre i procuratori distrettuali da parte del *Presidium*¹⁶⁶.

Inoltre, la Costituzione sanciva in modo del tutto singolare, il principio dell'ateismo dello Stato, art. 37 Cost., «Lo Stato non riconosce nessuna confessione religiosa, sostiene la propaganda ateista, per radicare nei cittadini la concezione dello sviluppo materialista e scientifico». Successivamente i luoghi di culto furono distrutti o trasformati in proprietà statale di uso pubblico.

La conseguenza di questo assetto era il diretto riconoscimento dell'azione di indirizzo dell'attività statale svolta dal partito comunista; risultato reso possibile dall'organizzazione in parallelo con altre istituzioni statali, alla prassi per cui tutti i provvedimenti legislativi importanti venivano discussi preventivamente nelle sedi del partito, determinando una sorta di immedesimazione tra partito e Stato che, a prescindere dalle sue modalità di formalizzazione costituzionale, risulta caratteristica di tutti i tipi di totalitarismo del XX secolo ed è ben manifestata nei decreti congiunti del Comitato centrale del partito (Komiteti Qëndror i Partisë) e del Governo o del Comitato centrale del partito e del *Presidium* del Parlamento, che intendeva a integrare il reale quadro delle fonti al di là dei silenzi, sul punto sulla Carta costituzionale¹⁶⁷.

¹⁶⁶ A.ÇELA, *E drejta kushtetuese e RPSSH*, Tiranë, 1985, pp. 28 ss.

¹⁶⁷ P.CARROZZA, *Il diritto socialista*, in P.CARROZZA (a cura di), A. DI GIOVINE, G.F.FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p.645.

1.1 Dal costituzionalismo socialista al costituzionalismo liberale

I cambiamenti di natura politica accaduti nei Paesi dell'Europa dell'est, le grosse difficoltà economiche nonché le proteste della popolazione avvenute nel 1990, hanno determinato l'esigenza di una nuova Costituzione. I lavori per la redazione della prima Costituzione liberale furono intrapresi da una commissione *ad hoc*, diretta dal Presidente del Partito, R. Alia. Il progetto per la nuova Costituzione, determinava un ampliamento dei diritti e delle libertà dei cittadini, così, fu ripristinato il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, furono abrogati le disposizioni costituzionali che sancivano il ruolo assoluto di indirizzo politico del Partito, ma non si andò oltre, fino alla previsione del pluralismo politico.

Mentre nel paese, la situazione politica stava cambiando, si cercavano sempre di più sul piano del regime politico mutamenti radicali, orientati su regimi politici dei Paesi Occidentali, e si cercava maggiore spazio ai diritti e le libertà fondamentali dei cittadini. Per la prima volta sulla stampa (fin'ora censurata), si parlava dello Stato di diritto ed il movimento studentesco del 1990 ha contribuito nel processo della trasformazione del regime politico, attraverso le proteste e le rivolte tenutosi nel dicembre 1990. Nel 12 dicembre 1990 fu creato il primo partito di opposizione (il Partito Democratico), successivamente furono creati altri partiti, ponendo fine al sistema politico monopartitico, il quale conosceva un solo partito (il Partito del Lavoro).

In queste circostanze, fu necessario una revisione dello stesso progetto per la nuova Costituzione, da parte della commissione istituita per i lavori Costituenti. Così, l'art.2 sanciva «l'Albania è uno stato democratico e del diritto, basato sulla giustizia sociale, sulla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, e sul pluralismo politico», mentre in altre disposizioni si sanciva la netta distinzione tra Stato e partiti politici, quest'ultimi operano in piena indipendenza dallo Stato a differenza con il regime della dittatura dove lo Stato si identificava con il partito.

Inoltre, il disegno per la nuova Costituzione riconosceva la proprietà privata e la libertà dell'iniziativa economica. Le persone giuridiche straniere avevano altresì, il diritto a svolgere l'attività economica e di acquisire il diritto di proprietà, nei modi e nei limiti previsti dalla legge, diritti del tutto negati nelle costituzioni dello Stato socialista.

Per quanto attiene l'organizzazione istituzionale dello Stato, rimane inalterata la previsione nella Costituzione del primato del Parlamento come organo superiore del potere statale, e come l'unico organo legislativo. A differenza con le precedenti costituzioni dello Stato socialista, il Capo dello Stato non sarebbe più stato il *Presidium* del Parlamento, come organo collegiale, bensì il Presidente della Repubblica quale organo monocratico, eletto dal Parlamento a maggioranza assoluta. Il Presidente della Repubblica aveva le stesse competenze che spettano a quest'organo nelle repubbliche parlamentari, mentre il Consiglio dei ministri aveva le competenze prevalentemente di indirizzo politico.

Il sistema giudiziario con il disegno della nuova Costituzione rimaneva quasi invariato, con l'unica eccezione della previsione per la prima volta del sistema giudiziario Albanese, del Consiglio superiore della magistratura, presieduto dal Presidente della Repubblica e composto dal, Ministro della giustizia, Procuratore generale della Repubblica, sette giuristi eletti dal Parlamento su proposta del Presidente della Repubblica. Il Consiglio superiore della magistratura aveva le competenze esclusive nell'ordinamento giudiziario per le assunzioni, le promozioni, i trasferimenti ed i provvedimenti giudiziari nei riguardi dei magistrati.

Sul piano della giustizia costituzionale nel progetto si prevedeva per la prima volta l'istituzione del Consiglio costituzionale, con funzioni di controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Il Consiglio costituzionale non aveva poteri di dichiarare direttamente incostituzionale una legge, ma soltanto poteva proporre al Parlamento di dichiarare una legge incostituzionale. Il Parlamento entro due mesi, doveva esprimersi, scaduto quel termine la legge si riteneva incostituzionale, perciò espulsa dall'ordinamento giuridico. Il Parlamento doveva decidere a maggioranza dei due terzi. Al Consiglio costituzionale andava riconosciuto soltanto un potere di proporre al Parlamento, l'illegittimità costituzionale delle leggi, mentre il potere decisorio spettava al Parlamento.

Dopo le elezioni parlamentari del 31 marzo 1991, il primo Parlamento pluralista iniziò i lavori Costituenti per redigere una nuova Costituzione basata sui modelli delle democrazie occidentali. Il Parlamento dietro la richiesta di alcune forze politiche ha abbandonato il progetto della commissione già iniziato prima della sua costituzione. Al posto suo, il Parlamento ha approvato la legge costituzionale "sulle principali disposizioni costituzionali", la quale, ha ripreso dal testo del vecchio progetto soltanto alcuni titoli concernenti gli organi costituzionali.

Il Parlamento decise che la legge costituzionale n. 7491/1991 in materia delle principali disposizioni costituzionali potesse essere integrato gradualmente, strada facendo, da altre leggi costituzionali, mentre un'altra commissione è stata istituita per la redazione di una nuova Costituzione, con l'assistenza di esperti appartenenti alle organizzazioni internazionali come, "La democrazia attraverso il diritto" ovvero "La Commissione di Venezia".

1.2 Verso il primo testo della Costituzione liberale

Dopo le elezioni del 22 marzo 1992, il Parlamento ha approvato la legge costituzionale n. 7561/1992 con la quale è stato aggiunto un nuovo titolo alla I. Costituzione n. 7491/1991, intitolato "Sulla Magistratura e la Corte costituzionale". Con questa legge fu istituita per la prima volta nella storia della giustizia costituzionale albanese la Corte costituzionale. A quest'ultima, venivano attribuite funzioni importanti come l'interpretazione della Costituzione, nonché il controllo della legittimità costituzionale delle leggi. Questo fu proprio un passo fondamentale verso il rafforzamento dell'ordinamento giuridico democratico.

Inoltre, viene sancita la piena indipendenza del potere giudiziario da altri poteri, mentre, la Procura della Repubblica veniva concepita come un organo centralizzato facente parte al potere giudiziario. Malgrado, le modifiche apportate alla legge costituzionale, mancavano le garanzie alla magistratura per la piena indipendenza del potere giudiziario nei confronti dei provvedimenti emessi da parte del Consiglio superiore della magistratura.

Nel 31 marzo 1993, il Parlamento ha approvato la legge in materia dei diritti e delle libertà fondamentali, che si aggiunse alla suddetta legge costituzionale, una legge che ha avuto un largo consenso tra i partiti politici. Nonostante gli sforzi per redigere le leggi costituzionali, in Albania non fu possibile adottare una Costituzione integra, in quanto il dibattito e le contraddizioni in seno al Parlamento dalle forze politiche era troppo forte.

Nel 1994 il Partito Democratico, chiese di rendere più celere il processo dell'approvazione della nuova Costituzione, in quanto l'originaria legge costituzionale e le successive leggi rappresentavano delle lacune. Questo ha determinato l'esigenza di una Carta costituzionale, mentre la legge (nonostante le lacune) costituzionale ha servito come una vera e propria Costituzione.

Il Partito Democratico, non avendo la maggioranza qualificata per assicurare l'approvazione della Costituzione, inizialmente optò per la costituzione di Assemblea costituente con membri non eletti, ma nominati. Dopo le forti contestazioni di altre forze politiche nel Parlamento, si rinunciò alla costituzione di un'Assemblea costituente e si optò per la votazione della Costituzione attraverso il *referendum* popolare, in piena violazione con gli artt. 43 e 44 della Legge costituzionale. In questo modo si evitava il Parlamento quale unico organo competente per la revisione costituzionale o per l'approvazione di una nuova Costituzione. Nel 6 novembre 1994 fu tenuto il *referendum* per l'approvazione della Costituzione, un progetto costituzionale disegnato dal solo Partito al governo, ma fu bocciato. In alternativa, le altre forze politiche dell'opposizione proposero un altro disegno costituzionale, reso pubblico nel 1995.

I due disegni costituzionali nella maggior parte convergevano, ma presentavano anche delle differenze, quali i poteri limitati del Presidente della Repubblica nel secondo disegno e l'ampliamento dei poteri del Primo ministro. Essenzialmente, il primo disegno costituzionale abbracciava la forma di Governo presidenziale, mentre il secondo determinava la forma di governo di repubblica parlamentare. Ambedue i disegni costituzionali non furono mai approvati, e durante questo periodo l'Albania non aveva ancora una Costituzione, e rimase in vigore la Legge costituzionale del 1991, la quale colmava in un certo modo, il *vacuum* costituzionale.

Tuttavia, occorre sottolineare che la legge costituzionale ha avuto un ruolo fondamentale nella costruzione della democrazia, ed ha posto le fondamenta per la realizzazione dello Stato di diritto. Senza negare il ruolo positivo della legge costituzionale durante il periodo postcomunista, occorre tenere presente che essa è stata integrata da ulteriori modifiche nel corso degli anni, modifiche che talvolta esprimevano scelte del Governo in carica.

Di conseguenza, la legge presentava delle lacune e contraddizioni come, ad esempio; tra l'art. 24 e 26 della legge costituzionale. L'art. 24 sanciva che il Presidente della Repubblica è Capo dello Stato e rappresenta la Nazione, l'ufficio del Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica, mentre l'art. 26 sanciva che l'ufficio del Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica, tranne con quella del Presidente del partito.

È evidente che l'ultima modifica alla legge costituzionale riflette delle scelte personali del Presidente del consiglio dell'epoca, ma determina una disarmonia del testo della legge costituzionale. Proprio per evitare tali inconvenienti, e soprattutto per attribuire al potere giudiziario le garanzie costituzionali dovute, diveniva sempre più emergente la redazione di una nuova Costituzione. Per questi motivi, anche il Consiglio d'Europa ha più volte evidenziato l'esigenza dell'approvazione di un testo integrale della Costituzione subito dopo le elezioni parlamentari anticipate del 29 giugno 1997.

Il principale partito di opposizione, il Partito Democratico negò la legittimità del nuovo Parlamento a redigere la Costituzione, in quanto non rappresentava il popolo, ma era frutto di un consenso tra le forze politiche. Tuttavia, questi argomenti non furono del tutto convincenti, tenendo conto che dopo le elezioni parlamentari del 26 maggio 1996, vinte dal Partito Democratico, quest'ultimo aveva tutte le possibilità per redigere una nuova Costituzione, ma è rimasto inerte.

Questo si spiega in primo luogo dalle reazioni negative degli organismi internazionali come l'Organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza Europea (OCSE), la quale ritenne le elezioni parlamentari del 1996 irregolari, e intimava la classe politica a svolgere elezioni parlamentari anticipate in modo che il Parlamento si occupasse successivamente dei lavori Costituenti. In queste circostanze è evidente che ogni iniziativa intrapresa dal Partito Democratico per la redazione della Costituzione non avrebbe alcun sostegno dalle organizzazioni internazionali operanti in Albania con compiti di osservazione e monitoraggio delle elezioni parlamentari.

Mentre un clima migliore si presentava dopo le elezioni del 1997, le quali tutto sommato furono considerati regolari da parte degli organismi internazionali, e di conseguenza il Governo fu considerato legittimo da parte della comunità internazionale. Questo fu il momento appropriato per intraprendere i lavori Costituenti e per raggiungere la stabilità politica del paese. È chiaro che il sostegno anche della comunità internazionale affidavano il compito dei lavori Costituenti al Parlamento costituito dopo le elezioni del 1997 e non ad una Assemblea costituente eletta a suffragio universale e diretto, malgrado le dichiarazioni di alcune forze politiche le quali sostenevano l'Assemblea costituente. Lo stesso giorno fu indetto anche un *referendum* attraverso il quale i cittadini furono chiamati a decidere circa la forma di

governo tra Repubblica e Monarchia, la maggioranza decise a favore della Repubblica¹⁶⁸.

La scelta dell'Assemblea costituente sul piano costituzionale rappresenta il miglior metodo per i lavori Costituenti, tuttavia sarebbe quasi irrealizzabile, tenendo conto che nel arco di meno di due anni si sono già svolte per ben due volte le elezioni parlamentari. Inoltre, dopo l'approvazione del testo costituzionale, quest'ultimo seguendo la procedura, sarebbe stato sottoposto a *referendum* popolare. Pertanto, la scelta dell'Assemblea costituente risultò superflue.

Nel Parlamento aveva una larga rappresentanza di partiti politici, cinque partiti componevano la maggioranza parlamentare e altri sette erano le forze politiche dell'opposizione. La coalizione del governo disponeva la maggioranza qualificata di due terzi. I partiti politici dell'opposizione non parteciparono nella redazione della Costituzione, né alla Commissione parlamentare per i lavori Costituenti.

Di conseguenza, il progetto costituzionale redatto con l'assistenza tecnica della Commissione di Venezia, e valutato positivamente da parte degli organismi internazionali è stato approvato dal Parlamento nel 21 ottobre 1998, successivamente ebbe un esito positivo al *referendum* del 22 novembre 1998. Il testo costituzionale fu promulgato con decreto del Presidente della Repubblica nel 28 novembre 1998. La nuova Costituzione ha una vita di 16 anni, tuttavia necessita di essere attuata nel corso degli anni.

1.3 Il ruolo della Commissione di Venezia nella redazione della Costituzione democratica albanese

La Commissione di Venezia è stato progettato come un organo consultivo in seno al Consiglio d'Europa, esso è un organo indipendente che si occupa principalmente su questioni di diritto costituzionale, compreso il funzionamento delle istituzioni democratiche e dei diritti fondamentali, la legge elettorale e della giustizia costituzionale. I suoi membri nominati, dagli Stati membri, sono esperti indipendenti, giudici, professori universitari, diplomatici, alti funzionari degli Stati, e rimangono in

¹⁶⁸ L.OMARI, A.ANASTASI, *E drejta kushtetuese*, ABC, Tiranë, 2010, p. 291.

carica a titolo personale senza alcun legame rappresentante con gli organi di governo dei loro membri. Al momento gli Stati membri della Commissione sono 58¹⁶⁹.

Ne fanno parte non solo gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma recentemente hanno aderito alla Commissione il Cile, la Repubblica di Korea e il Kirghistan. Gli Stati che godono di uno statuto di osservatore presso la Commissione sono: Argentina, Canada, Santa Sede, Israele, Giappone, Kazakistan, Messico, Stati Uniti, Uruguay ecc.

La funzione principale della Commissione è stata l'assistenza costituzionale: esso redige pareri su costituzioni, emendamenti costituzionali o altre normative in materia di diritto costituzionale, in modo di conformare tali costituzioni agli *standards* del patrimonio costituzionale europeo. Tale parametro, è un concetto il cui contenuto non è indicato in modo chiaro e dettagliato in un documento internazionale, ma deve essere elaborato sulla base delle esperienze costituzionali dei Paesi dell'Europa occidentale. Pertanto, implica un'attività intellettuale e interpretativa volta a confronto tra queste diverse esperienze e trarre conclusioni di principio dalle scelte nazionali dei Paesi europei. Sono le tradizioni europee del costituzionalismo che devono essere identificati¹⁷⁰.

Il lavoro della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto si articola intorno ai tre principi chiave del patrimonio costituzionale europeo: democrazia, diritti umani e primato del diritto, che sono alla base di tutte le attività del Consiglio d'Europa. Questi principi si concretizzano nei quattro settori chiave dell'attività della Commissione: assistenza costituzionale; elezioni e referendum; cooperazione con le corti costituzionali, studi, rapporti e seminari transnazionali¹⁷¹. Tra i Paesi che hanno fatto ricorso ai servizi della Commissione di Venezia vi sono l'Albania, il Belgio, la Bosnia-Erzegovina, Lussemburgo, il Sud Africa, l'Ucraina ecc.

L'Albania è uno dei Paesi che si è avvalso quasi continuamente dell'assistenza della Commissione di Venezia, non solo in riferimento all'assistenza costituzionale, ma anche in altri settori.

Infatti, la commissione parlamentare sulla riforma costituzionale, si è avvalsa per ben tre volte dell'assistenza della Commissione sul disegno costituzionale, il 24

¹⁶⁹ S.BARTOLE, *International constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission*, in www.vistaaic.it n. 4/2014.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 9.

¹⁷¹ G.RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 62.

febbraio 1998, il 17 aprile 1998, 15 maggio 1998¹⁷². A seguito di tali pareri positivi emessi dalla Commissione di Venezia, il Parlamento ha approvato il testo definitivo della vigente Costituzione repubblicana.

Anche nei procedimenti di revisione costituzionale più recenti del 2008, del 2012 (l'elezione del Presidente della Repubblica, le immunità parlamentari), nonché sull'interpretazione di specifiche disposizioni costituzionali artt.125, 136 Cost., in questa occasione l'assistenza fu richiesta da parte del presidente della Corte costituzionale albanese.

Anche a livello legislativo, la Commissione di Venezia ha assistito attraverso i pareri su vari disegni di legge presentati dal Parlamento, quali, la legge sulla pianificazione urbanistica, la legge sulla restituzione/compensazione della proprietà statale ai vecchi proprietari ecc.

In materia elettorale, la Commissione ha anche partecipato alla redazione di testi di legge in materia elettorale in cooperazione con l'Albania. Essa ha, infatti, partecipato alla redazione della legislazione elettorale albanese nel 1997, nel 2000 e nel 2003, nell'ambito della commissione c.d. *bipartisan*¹⁷³.

Il successo dell'iniziativa costituzionale del 1998 fu possibile, in quanto, passo dopo passo, l'Albania stava integrando i principi ed i valori del costituzionalismo dell'Europa occidentale, nell'equilibrio tra questi valori costituzionali e la sua identità statale. Durante i lavori Costituenti la Commissione di Venezia ebbe un ruolo fondamentale nel supporto dei partiti politici a redigere il progetto costituzionale. Sarebbe stato un errore se la Commissione avrebbe redatto direttamente la Costituzione. La Commissione ha offerto la propria assistenza tecnica basandosi sull'esperienza democratica dei Paesi europei, c.d. tradizioni costituzionali comuni¹⁷⁴.

Il Parlamento fece così una scelta ragionevole, in quanto l'approvazione di una Costituzione democratica diametralmente opposta a quelle precedenti, non avrebbe assicurato uno *standard* comparabile con le Costituzioni dei Paesi occidentali, tenendo conto della scarsa esperienza nel paese del sistema politico pluralista e di un modello economico fondato sul mercato, concetti del tutto nuovi anche per la classe politica.

¹⁷² [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(1998\)021-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(1998)021-e)

¹⁷³ G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, cit., p. 64.

¹⁷⁴ S. BARTOLE, *Kushtetuta si një instrument qëndrueshmërie dhe zhvillimi: konferencë shkencore me rastin e 15 vjetorit të Kushtetutës së Republikës së Shqipërisë: Tiranë, 22 nëntor 2013*, Kristalina KH, Tiranë, 2013, p.40 ss.

2. La teoria monista, dualista, la scelta del Costituente albanese

Ogni Stato sovrano è libero come stabilire il rapporto tra il proprio ordinamento giuridico nazionale e quello internazionale. Innanzitutto, questo dipende dal dettato costituzionale che stabilisce il rapporto con l'ordinamento internazionale, dalle scelte adottate dal Costituente. Nel diritto internazionale si ravvisano tre teorie giuridiche concernenti il rapporto tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello internazionale.

La teoria monista “nazionalista”, che propugna la supremazia del diritto interno sul diritto internazionale; la teoria dualista secondo la quale l'ordinamento giuridico nazionale è separato e distinto dall'ordinamento internazionale; la monista “internazionalista” la quale afferma l'unicità dell'ordinamento giuridico composto dall'ordinamento giuridico internazionale e ordinamento nazionale, ma nello stesso tempo riconosce la supremazia del primo rispetto al secondo.

Secondo la prima teoria, il diritto interno comprende anche il diritto internazionale, prevalendo su quest'ultimo. Questa teoria fu avanzata nel XVIII secolo dal giurista tedesco J.J.Moser e successivamente elaborata compiutamente alla fine del XIX secolo, sulla base della concezione di Hegel prima nell'*Enciclopedia*, 1817, e nella *Filosofia del Diritto*, 1821¹⁷⁵. Chiaramente, questa teoria rifletteva l'estremo nazionalismo e autoritarismo di un ristretto numero di grandi potenze, che si preoccupavano principalmente di tutelare i propri interessi.

La teoria dualista non è frutto di una elaborazione scientifica, però ha tratto ispirazione dalla concezione del diritto internazionale prevalente in Paesi quali la Gran Bretagna e gli Stati Uniti. In questi Paesi esisteva appunto la concezione secondo la quale il diritto internazionale produce effetti vincolanti soltanto se ci sia una preventiva accettazione da parte delle autorità dello Stato responsabili per la politica estera.

Secondo questa impostazione l'ordinamento nazionale e quello internazionale sono due ordinamenti separati e distinti. Da ciò discende, l'impossibilità per il diritto internazionale di immettersi all'interno degli ordinamenti giuridici interni, di

¹⁷⁵ P.GAETA (a cura di), A.CASSESE, *Diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013, pp 300 ss.

conseguenza i precetti internazionali devono essere trasformati in norme giuridiche interne attraverso meccanismi e procedure liberamente stabilite dal singolo Stato.

Appunto, le modalità d'ingresso delle norme di matrice internazionale sono stabilite dalle disposizioni costituzionali. Secondo la dottrina, vista la separazione degli ordinamenti, le norme internazionali non possono direttamente modificare o invalidare le norme interne, e queste ultime non possono creare, modificare o invalidare le norme internazionali. Questa teoria si ispirava al moderato nazionalismo, essa sosteneva l'esigenza, per gli ordinamenti statali, di conformarsi alle norme internazionali trasformando queste ultime in norme vincolanti, all'interno del paese.

Infine, la terza teoria (il monismo "internazionalista"), muove da alcuni postulati. Il primo è l'esistenza di un ordinamento unitario, immaginato come una piramide, che abbraccia tutti i sistemi giuridici esistenti ai vari livelli. Il secondo è la superiorità del diritto internazionale come ordinamento collocato in cima alla piramide, che conferisce o nega validità agli ordinamenti interni sottostanti.

Da questa teoria discendono alcuni corollari, il primo, il diritto nazionale deve essere conforme al diritto internazionale, in casi di conflitto normativo prevale il diritto internazionale sul diritto nazionale. Un ulteriore corollario riguarda anche la trasformazione o recepimento del diritto internazionale all'ordinamento interno non è necessario, in quanto si tratta di un unico ordinamento composto da ordinamenti interni e ordinamento internazionale. Come ultimo corollario, da punto di vista delle fonti del diritto questa teoria afferma che le fonti del diritto internazionale appartengono ad un ordinamento giuridico, che pur essendo gerarchicamente superiore agli ordinamenti statali, non differisce da questi ultimi. Le norme internazionali, possono dunque essere applicate come tali dai tribunali nazionali, senza alcun bisogno di trasformazione o atto di recepimento.

Questa teoria è stata per la prima volta elaborata nel 1899, dal giurista tedesco Kaufmann (1858-1926) e successivamente dal famoso giurista austriaco H.Kelsen (1881-1973). Uno dei fautori più importanti di questa teoria è Hans Kelsen, essa si fonda su due concezioni fondamentali: l'internazionalismo e pacifismo. Ciò fu dichiaratamente espresso da Kelsen, per la quale la prevalenza del diritto internazionale non era dettata da valutazioni scientifiche, bensì da preferenze morali e politiche¹⁷⁶.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 301.

Malgrado, i sostenitori di questa teoria affermano l'immediata applicabilità delle norme del diritto internazionale all'interno degli ordinamenti statali, attraverso gli organi nazionali, nello stesso tempo detto principio incontra alcune limitazioni. Ad esempio le costituzioni statali possono imporre ai tribunali nazionali il diritto interno. I tribunali nazionali possono essere obbligati ad applicare la normativa interna, anche quando essa è contraria al diritto internazionale, anche se lo Stato poi sarà responsabile a livello internazionale, per il suo comportamento. Secondo la teoria di Kelsen, il diritto internazionale prevale sul diritto nazionale, e gli organi dello Stato sono obbligati ad applicare e perseguire gli obiettivi fissati dalla normativa internazionale.

Dopo aver ripercorso sommariamente le teorie giuridiche che caratterizzano i rapporti tra diritto interno con il diritto internazionale, possiamo offrire un panorama generale sulle scelte del Costituente albanese riguardo a detto rapporto. Partendo dalle impostazioni teoriche summenzionate possiamo affermare che la Costituzione albanese ha sposato pienamente la teoria monista di Kelsen, secondo la quale, un sistema normativo è costituito da una norma valida, e dall'insieme delle norme logicamente derivabili da questa norma. Denominiamo "norma fondamentale" la norma valida non derivata da altre norme valide, e dalla quale sono derivate tutte le altre norme appartenenti al sistema in considerazione; tutte le altre norme, cioè, la cui validità è derivata dalla norma fondamentale¹⁷⁷.

Secondo la ricostruzione kelseniana, l'ordinamento giuridico è organizzato, come noto, secondo una struttura rigidamente gerarchizzata in cui, presupposta la norma fondamentale, la Costituzione occupa il più alto livello del diritto nazionale¹⁷⁸.

Sulla scia della teoria normativista di Kelsen si colloca anche l'art.116 Cost., il quale elenca gerarchicamente le fonti del diritto nell'ordinamento giuridico albanese. Questo si evince da altre disposizioni costituzionali le quali si possono sintetizzare in tre corollari; a) Il collocamento delle convenzioni internazionali al di sotto della Costituzione, ma al di sopra delle leggi, b) la diretta applicabilità delle convenzioni internazionali ratificate e perciò facenti parte integrante dell'ordinamento giuridico

¹⁷⁷ B.CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen, una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 324.

¹⁷⁸ T.GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale, specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., p. 268.

interno, c) la loro prevalenza sulle leggi ordinarie in caso di conflitto normativo con esse¹⁷⁹.

3. Cenni sulle fonti del diritto. La Costituzione, le leggi costituzionali e la CEDU

Per poter offrire un quadro generale dell'approccio dell'ordinamento giuridico albanese alla CEDU, pare doveroso presentare sommariamente un quadro generale del sistema delle fonti del diritto come delineato nella Costituzione. Infatti, per capire meglio e evidenziare il collocamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al sistema delle fonti del diritto pare indispensabile conoscere tale sistema. L'art. 116 Cost., intitolato gli "atti normativi", sancisce gli atti normativi che producono gli effetti giuridici sul tutto il territorio della Repubblica d'Albania.

- a) la Costituzione;
- b) i trattati internazionali ratificati;
- c) le leggi;
- d) gli atti normativi del Consiglio dei ministri

2. Gli atti normativi emessi dalle autonomie locali producono effetti giuridici solo ed esclusivamente nel territorio e nell'ambito della propria giurisdizione..

3. Gli atti normativi dei ministri o di altri organi delle istituzioni del Governo centrale, producono gli effetti giuridici sul tutto il territorio nei limiti della sfera delle proprie competenze.

In virtù dell'art. 116 Cost., l'ordinamento giuridico albanese è composto da norme giuridiche non equivalenti tra loro, bensì è un sistema normativo composto da norme giuridiche aventi valore giuridico diverso, un sistema gerarchico, una vera piramide degli atti normativi

L'art. 116 Cost., si riferisce al sistema delle fonti del diritto, dando un quadro generale, ma sicuramente non esauriente. Tuttavia, è impossibile racchiudere in una disposizione tutte le fonti del diritto. Per effettuare un'analisi della suddetta disposizione occorre riferirsi ad altre disposizioni della Costituzione, le quali fanno sistema dando un quadro complessivo delle fonti del diritto.

La Costituzione albanese ha elencato in modo gerarchico, le fonti del diritto in tre macrocategorie (art.116 Cost.); le fonti internazionali, le fonti nazionali che

¹⁷⁹ Corte cost. n. 3/2006.

producono effetti giuridici generali, e le fonti nazionali delle autonomie locali. Nella Costituzione le fonti internazionali vengono integrati con le fonti interne, e secondo la dottrina non si ravvisa alcuna divisione tra le due categorie.

Al vertice del sistema delle fonti, secondo la lettera dell'art.116 Cost., è la Costituzione, quale legge fondamentale dello Stato, la fonte suprema dell'intero ordinamento giuridico. La Costituzione albanese è strutturata in due parti essenziali, il preambolo e la parte normativa. Nel preambolo vengono sanciti alcuni principi fondamentali della Costituzione, essi compongono lo spirito della Costituzione. Secondo la dottrina il preambolo non costituisce il valore di una fonte normativa a sé stante, tuttavia può essere considerato tale se sancisce principi o problemi che non trovano luogo nel testo normativo della Costituzione. Il preambolo della Costituzione albanese ha una efficacia dichiarativa. Esso non è una parte integrante della Costituzione, tuttavia svolge una funzione ausiliare riguardo l'interpretazione delle disposizioni costituzionali riportati nel testo¹⁸⁰.

La Costituzione occupa una posizione apicale per altre importanti ragioni. In primo luogo, per la procedura rigida che si debba seguire per la sua revisione. La tecnica della revisione costituzionale sancita dalla Costituzione albanese, per quanto può essere sommariamente richiamata in questa sede, è molto simile con il procedimento seguito da altre costituzioni vigenti, ad esempio quella italiana ecc.

Sicuramente, tale procedimento richiede una maggioranza più elevata rispetto a quella dell'approvazione delle leggi parlamentari. Infatti, se la Costituzione è intesa come un patto, di natura consensuale tra la maggioranza e l'opposizione, anche la sua modifica deve attraversare lo stesso iter, il quale esige un largo consenso tra le forze politiche. La complessità del procedimento della revisione costituzionale, mira ad evitare la modifica del testo costituzionale secondo le opportunità politiche, garantendo allo stesso tempo la sua stabilità.

Il procedimento della revisione costituzionale previsto dall'art. 177, Cost., è molto complesso e si articola nelle seguenti fasi; l'iniziativa della revisione costituzionale spetta a un quinto dei membri del Parlamento. L'emendamento costituzionale deve essere approvato da almeno due terzi dei membri del Parlamento.

Il Parlamento può decidere a maggioranza dei due terzi, se sottoporre o meno l'emendamento costituzionale a *referendum* popolare. L'emendamento

¹⁸⁰ L.OMARI, A.ANASTASI, *E drejta kushtetuese*, ABC, Tiranë, 2010, p. 31.

costituzionale entra in vigore dopo la sua approvazione con *referendum*, il quale deve aver luogo entro sessanta giorni dall'approvazione del Parlamento. L'emendamento costituzionale può essere sottoposto a *referendum* se lo richiedono almeno un quinto dei membri del Parlamento.

Il Presidente della Repubblica non può esercitare il potere di rinvio di una legge costituzionale. La legge costituzionale approvata col *referendum*, viene promulgata dal Presidente della Repubblica ed entra in vigore nella data prevista nella medesima legge. La legge di revisione costituzionale per una medesima questione non può avere luogo non prima di tre mesi a partire dal giorno della sua mancata approvazione del Parlamento, e non prima di tre anni a partire dal giorno della sua bocciatura con *referendum*.

Analizzando la disposizione costituzionale suindicata, si notano alcune peculiarità del procedimento di revisione costituzionale, a partire dalla maggioranza qualificata richiesta per l'iniziativa legislativa di legge costituzionale (2/3), un *quorum* parlamentare ben più elevato, rispetto a quello richiesto per la legge ordinaria (maggioranza semplice), la sottoposizione del disegno di legge costituzionale a *referendum*, ciò non avviene per le leggi ordinarie ecc.

Il *referendum* in sede di revisione costituzionale può avere luogo in due casi; Nel primo caso viene sottoposto a *referendum* popolare un disegno di legge costituzionale il quale è stato approvato dal Parlamento a maggioranza di due terzi. La legge costituzionale viene sottoposta a *referendum* qualora lo richiedono almeno un terzo dei membri del Parlamento. Nel secondo caso, il disegno di legge costituzionale non è stato approvato dal Parlamento a maggioranza di due terzi, bensì a maggioranza di due terzi il Parlamento decide di sottoporlo a *referendum*.

In secondo luogo, per i limiti costituzionali espliciti e impliciti che la revisione costituzionale incontra. Nella Costituzione albanese non si ravvisa alcuna disposizione costituzionale che vieti esplicitamente la revisione costituzionale di determinate parti di essa. Tuttavia, l'assenza di una disposizione costituzionale non ha impedito la dottrina di valorizzare alcuni limiti impliciti che si ricavano dallo spirito stesso della Costituzione. Così, non pare arduo individuare alcune disposizioni le quali pongono implicitamente alcuni divieti assoluti alla revisione costituzionale. La prima parte della Costituzione concernente la forma di Stato e la forma di governo della Repubblica, nonché i diritti e le libertà fondamentali le quali costituiscono il fondamento dell'intero ordinamento giuridico, non sono modificabili. Non sono

oggetto della revisione alcuni principi fondamentali quali, il principio di separazione dei poteri, il principio della sovranità del popolo, il principio pluralistico ecc. La revisione costituzionale di queste dimensioni non sarebbe legittima, in quanto modificherebbe il nucleo della Costituzione, sostituendola con una nuova Costituzione.

Le leggi costituzionali attraverso le quali viene modificata la Costituzione, si collocano sullo stesso piano con la Costituzione nel sistema delle fonti del diritto.

Sullo stesso piano con le fonti suindicate viene posta anche la CEDU nell'ordinamento giuridico albanese, ma su questa vicenda torneremo più in avanti, in quanto occupa la posizione centrale della nostra ricerca, pertanto merita un trattamento compiuto a sé stante.

3.1 Le fonti primarie

Nella piramide di Kelsen costituzionalizzata nell'art. 116 Cost., il diritto pattizio occupa il secondo posto. Infatti, gli accordi internazionali ratificati dall'Albania, vengono collocati gerarchicamente subito dopo la Costituzione, tipico delle costituzioni che hanno adottato la teoria monista nazionalista. Sul diritto pattizio ci soffermeremo più avanti in modo dettagliato.

In terzo luogo, si collocano le leggi, anche in questa categoria occorre effettuare una distinzione tra le leggi ordinarie e le leggi rinforzate. Quest'ultime si collocano in un grado superiore rispetto alle leggi ordinarie. Questa è una peculiarità della Costituzione albanese. Infatti, nell'art. 82, Cost., vengono elencati le leggi rinforzate, per l'approvazione delle quali si richiede la maggioranza dei tre quinti dei membri del Parlamento.

Vengono approvati con la maggioranza dei tre quinti le seguenti leggi; le leggi per l'organizzazione ed il funzionamento degli organi previsti dalla Costituzione, la legge sulla cittadinanza, la legge elettorale delle elezioni parlamentari ed amministrative, la legge sul *referendum*, i codici, la legge sullo stato d'emergenza, la legge sul servizio civile, la legge sull'amnistia, la legge sull'articolazione territoriale della repubblica.

Si tratta di leggi che il Costituente li ritenne di grande rilievo per il funzionamento dello Stato e della democrazia, richiedendo per essi una maggioranza qualificata. Ai fini della loro entrata in vigore, la Costituzione prevede una riserva di

legge rinforzata. Il legislatore non può stabilire con legge ordinaria materie per le quali la Costituzione richiede esclusivamente leggi rinforzate. A livello pratico tale divieto è stato tante volte valicato dal legislatore, questo ha reso pressoché indispensabile l'intervento della Corte costituzionale in materia.

Per quanto possiamo sommariamente in questa sede riportare alcuni filoni giurisprudenziali che determinano l'atteggiamento della Corte costituzionale in materia.

Di recente la Corte costituzionale investita nel giudizio di legittimità costituzionale della legge rinforzata sul "servizio civile", affermò che; «il rapporto tra le leggi approvate con maggioranza qualificata c.d. leggi rinforzate con le leggi ordinarie può essere visto sotto due diverse angolature; come un rapporto tra le fonti del diritto collocati in diversi livelli gerarchici, le leggi rinforzate si collocano su un grado superiore rispetto alle leggi ordinarie, oppure come una relazione basata sul principio della devoluzione della competenza legislativa»¹⁸¹.

Ne discende, quindi, per il Parlamento l'obbligo di natura procedurale di approvare con la maggioranza qualificata le leggi rinforzate, l'obbligo di natura materiale per il Parlamento di legiferare sempre con leggi rinforzate nelle materie tassativamente previste di cui la lettera a)-f) dell'art. 81 Cost..

Sulla scia di questo atteggiamento, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge bancaria, nella parte in cui prevedeva alcuni disposizioni penali in materia bancaria. In questa occasione il Giudice delle leggi ha affermato che la materia penale fa parte del codice penale, e il legislatore deve adottare nuove fattispecie di reato in materia bancaria esclusivamente attraverso la modifica del codice penale esistente, con maggioranza qualificata. Il legislatore non può adottare con legge ordinaria (la legge bancaria) in materie per le quali la Costituzione prevede una riserva di legge rinforzata¹⁸².

D'altronde, anche dall'esame dei lavori Costituenti emerge l'idea di adottare determinate leggi in materie di particolare rilievo a maggioranza qualificata, questo per garantire una maggiore stabilità, ma anche di evitare il Governo della maggioranza parlamentare potesse alterare i principi fondamentali per il funzionamento della democrazia¹⁸³.

¹⁸¹ Corte cost. n. 5/2014.

¹⁸² Corte cost. n. 1/2011, sent. n. 23/2011.

¹⁸³ *Debati Kushtetues*, Vellimi I, Botim i prezencës së OSBE-se në Shqipëri, Tiranë, 2006, pp. 298 ss.

Sul piano del conflitto normativo tra le leggi ordinarie e le leggi rinforzate prevalgono quest'ultime, in quanto vengono collocate nella Costituzione in un grado superiore rispetto alle leggi ordinarie *lex superior derogat inferiori*. Gli altri criteri per la soluzione dei conflitti normativi di pari rango, come la norma speciale prevale sulla norma generale *lex specialis derogat generali*, oppure il criterio cronologico, secondo la Corte costituzionale, non operano in questa sede¹⁸⁴.

Sulla stessa categoria delle leggi rinforzate rientrano altre leggi per le quali viene richiesta una maggioranza ben più elevata rispetto alle leggi ordinarie. Infatti, vengono approvati con la maggioranza assoluta la legge che autorizza il trasferimento delle competenze statali agli organismi internazionali (123/2), la legge che autorizza il rientro nel territorio nazionale di qualsiasi forza militare straniera (12/3) ecc. Le suddette leggi vengono approvate con la maggioranza assoluta, vale a dire, con almeno 71 voti pro.

Sullo stesso piano alle leggi rinforzate, vengono collocate le decisioni della Corte costituzionale, le quali dichiarano l'illegittimità costituzionale delle leggi, espungendoli dall'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*.

Subito dopo le leggi rinforzate si collocano le *leggi ordinarie*, per le quali ai fini della loro entrata in vigore richiedono la maggioranza semplice. Il Parlamento si compone da 140 deputati. Secondo l'art. 78 Cost., ai fini della validità delle sedute parlamentari, sancisce il *quorum* della metà più uno dei membri del Parlamento. La maggioranza semplice si raggiunge con almeno 36 voti pro dei membri del Parlamento, la quale è la maggioranza richiesta per l'approvazione delle leggi ordinarie.

Gli *atti aventi forza di legge* hanno pari rango con le leggi ordinarie. Sostanzialmente si tratta dei c.d. decreti-legge previsti nell'ordinamento giuridico italiano, atti aventi valore di legge emessi dal Governo in casi straordinari di necessità e urgenza, non essendo prevista nella Costituzione italiana un'altra categoria di atti, i decreti legislativi presenti nell'esperienza costituzionale italiana.

I decreti-legge non sono previsti nel sistema delle fonti del diritto delineato dall'art.116 della Costituzione, bensì nell'art. 101 Cost., «Il Consiglio dei ministri, in casi di necessità e urgenza, dietro la propria responsabilità può emettere atti aventi forza di legge. Gli atti normativi devono essere presi in esame entro cinque giorni.

¹⁸⁴ Corte cost. n. 2/2010.

Essi perdono l'efficacia giuridica fin dall'inizio se non vengono approvati dal Parlamento entro 45 giorni».

Infine, vengono annoverati gli atti normativi emessi dal Governo e dai ministeri, che hanno una efficacia *sub-lege*. In questa categoria rientrano gli atti normativi del Consiglio dei ministri i quali, nonostante hanno una portata generale, non regolano una nuova materia, bensì mirano a concretizzare l'applicazione di una legge parlamentare. È la legge stessa che autorizza il Governo di intervenire in materia ed emettere tutti gli atti normativi necessari per l'applicazione della legge. Essi si distinguono dalle leggi parlamentari per il contenuto più dettagliato e concreto. Gli atti normativi emessi dai ministeri hanno efficacia generale, su tutto il territorio, nei limiti della propria competenza.

4. Il diritto internazionale generalmente riconosciuto ed il diritto pattizio nella Costituzione albanese. L'art. 5 Cost., e la sua portata

Il diritto internazionale occupa una posizione centrale nell'ordinamento costituzionale albanese. I Costituenti avevano ben presente la prospettiva d'integrazione europea e dell'adesione agli organismi internazionali del Paese. Per queste ragioni la disciplina del rapporto con il diritto internazionale è stata regolata nella Costituzione in modo dettagliato. Le disposizioni costituzionali che disciplinano il rapporto tra ordinamento giuridico nazionale con il diritto internazionale sono gli artt. 5, 17, 116, 121, 122, 123 Cost. Ai fini semplificativi dette disposizioni si possano suddividere come segue. L'art. 5 Cost., concernente il diritto internazionale generalmente riconosciuto, l'art. 17 secondo comma, Cost., concernente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 116 Cost., concernente il collocamento del diritto internazionale pattizio al sistema delle fonti del diritto. Infine, gli artt. 121, 122 e 123 Cost. concernenti il diritto convenzionale.

L'art. 5 Cost. si colloca nella parte prima della Costituzione tra i principi fondamentali. «La Repubblica d'Albania applica il diritto internazionale generalmente riconosciuto». L'art. 5 Cost., regola il rapporto tra il diritto nazionale ed il diritto internazionale generalmente riconosciuto. Pertanto, il diritto nazionale si adegua alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto. Anche la Costituzione

albanese in linea con altre Carte fondamentali dei Paesi dell'Europa occidentale sancisce la prevalenza del diritto internazionale, *ius cogens*, rispetto al diritto nazionale.

In dottrina si sono formate due correnti di pensiero riguardo l'interpretazione dell'art. 5 Cost. L'art. 5, fa parte dei principi fondamentali della Costituzione, in un certo senso precede il regolamento del diritto internazionale in altre disposizioni costituzionali. È una disposizione costituzionale a carattere dichiarativo, la quale non può essere applicata in modo isolato, ma strettamente connessa con altre disposizioni costituzionali concernenti il diritto internazionale.

Questa interpretazione, a mio avviso, muove dal presupposto che la codesta dottrina non distingue chiaramente le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute dal diritto convenzionale. Pertanto, detta disposizione deve essere letta, secondo la dottrina in combinato disposto con altre disposizioni costituzionali concernenti il diritto internazionale. Infatti, le altre disposizioni costituzionali (vedi *supra*) che disciplinano il diritto internazionale riguardano esclusivamente il diritto pattizio, una categoria *sui generis* del diritto internazionale in senso lato. Ne discende, che l'art. 5 Cost. non può essere letto in combinato disposto con le altre disposizioni costituzionali, e pertanto non può fare sistema con esse, avendo ad oggetto esclusivamente le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Mentre l'altra corrente in dottrina, (dottrina dominante), sostiene che la codesta disposizione sancisce non solo la prevalenza del diritto internazionale generalmente riconosciuto rispetto al diritto nazionale, ma l'adattamento obbligatorio dell'ordinamento interno al diritto internazionale¹⁸⁵. L'art. 5 Cost., segna l'apertura dell'ordinamento giuridico al diritto internazionale, prevedendo l'applicazione diretta del diritto internazionale generalmente riconosciute. Pertanto, il diritto convenzionale, viene escluso dal perimetro dell'art.5 Cost. L'art.5 Cost., si riferisce alle norme internazionali *jus cogens*, quali, il diritto all'autodeterminazione dei popoli, il divieto di aggressione e le forme più gravi di violazione dei diritti umani, quali genocidio, schiavitù, *apartheid*, ecc.

L'interpretazione univoca dell'art. 5 Cost. da parte della giurisprudenza costituzionale non è stata ancora offerta, in quanto manca la prassi dell'applicazione di detta norma e fin'ora manca una interpretazione da parte della Corte. Nel sistema di

¹⁸⁵ XH.ZAGANJORI, *Vendi i së drejtës ndërkombëtare në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë*, in "Jeta Juridike", nr.2, Tiranë, 2004, p. 31.

giustizia costituzionale albanese, la Corte costituzionale è competente anche per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali *ex art. 124 Cost.*, ma per ora non è stata investita dai soggetti legittimati a chiedere l'interpretazione definitiva dell'art. 5 Cost. Poiché, per essere investita, devono essere presenti alcuni presupposti processuali quale, la concreta applicazione della disposizione costituzionale, e l'eventuale conflitto di attribuzioni tra organi i quali nell'ambito delle proprie competenze hanno applicato la medesima disposizione in modo differente ecc¹⁸⁶.

Tuttavia, la Corte costituzionale ha avuto l'occasione di esprimersi in casi sporadici. In questa linea si colloca anche la sentenza n. 186/2002 della Corte costituzionale. In questa celebre sentenza, la Corte costituzionale si occupò nel giudizio di legittimità costituzionale che riguardava l'illegittimità costituzionale delle disposizioni dello Statuto di Roma che istituisce la Corte Penale Internazionale, promosso da parte del Consiglio dei ministri.

Si tratta sostanzialmente di un giudizio di legittimità di tipo astratto previsto nell'esperienza di giustizia costituzionale albanese, dove il ricorrente ai fini di legittimazione attiva nel giudizio non è tenuto a dimostrare la necessaria applicabilità dell'atto sindacato, quindi un giudizio privo del requisito della rilevanza, poiché, chi solleva la questione di legittimità costituzionale non è un giudice, bensì un soggetto politico.

Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava la compatibilità dello Statuto di Roma con la Costituzione, nella parte in cui prevede la giurisdizione penale della Corte Penale Internazionale, per i crimini commessi contro l'umanità, consumati nel territorio di uno degli Stati che hanno ratificato il suddetto Statuto. Sostanzialmente, secondo il Consiglio dei ministri, la previsione della giurisdizione penale internazionale, viola il principio di sovranità dello Stato contraente, in quanto si sovrappone alla giurisdizione penale nazionale degli Stati contraenti.

La Corte costituzionale sostenne che «nella vita delle relazioni internazionali, il trasferimento a favore delle organizzazioni internazionali a carattere globale o regionale, di competenze statali, ivi incluse le competenze in materia giudiziale, ormai è una realtà. La Costituzione albanese in sostanza offre tutti gli spazi necessari per il trasferimento delle competenze statali verso ordinamenti sovranazionali che promuovono la pace e la democrazia. Questo viene realizzato tramite gli accordi

¹⁸⁶ Corte cost. n. 29/2006, n. 20/2007, n.48/2011.

bilaterali o plurilaterali, ove il nostro Paese si presenta come un paese sovrano, con tutte le limitazioni di sovranità connesse a tale adesione. L'art. 123, primo comma, Cost., sancisce «L'Albania in base agli accordi internazionali delega competenze statali a favore delle organizzazioni internazionali in determinate materie». Detta disposizione rafforza l'integrazione verso gli ordinamenti sovranazionali e non esclude la sovranità dello Stato»¹⁸⁷.

Pertanto, la Corte costituzionale giunge alla conclusione che le funzioni e le attività svolte dalla Corte Penale Internazionale non violano le disposizioni costituzionali concernenti l'esercizio della sovranità dello Stato. Secondo lo Statuto di Roma, la giurisdizione penale è complementare rispetto alla giurisdizione penale nazionale. Infatti, il Tribunale Penale promuove un processo penale per crimini commessi contro l'umanità, qualora lo Stato Parte resti inerte. «La funzione complementare della giurisdizione, non collide nemmeno con le disposizioni costituzionali concernenti l'ordinamento giudiziario nazionale le quali vietano l'istituzione di giudici speciali, in quanto non si tratta di un giudice nazionale penale, bensì di una giurisdizione penale internazionale. Si tratta di una giurisdizione penale istituita dalla comunità internazionale, per la protezione dei diritti fondamentali, in ossequio con le regole del diritto internazionale».

La Corte costituzionale si riferisce alle norme internazionali contenute nella Costituzione, in occasione della seconda censura sollevata da parte del Consiglio dei ministri, circa l'illegittimità costituzionale delle norme dello Statuto di Roma le quali non prevedono l'istituto dell'immunità penale come causa che esclude la responsabilità penale, qualora i crimini contro l'umanità siano commessi da Capi di Stato, Capi di Governo ecc., mentre il diritto interno riconosce l'immunità penale di tali soggetti alla fine di perseguire altri interessi, quale l'indipendenza e la separazioni dei poteri.

Ad avviso della Corte, le disposizioni dello Statuto di Roma che escludono l'immunità penale di tali soggetti «non contrastano con le disposizioni costituzionali che prevedono l'immunità penale del Presidente della Repubblica o di altre cariche dello Stato, in quanto l'immunità penale fa parte del diritto interno. Questo non può impedire una organizzazione internazionale come il TPI nell'esercizio della propria

¹⁸⁷ Corte cost. n. 186/2002.

giurisdizione nei confronti di tali soggetti che hanno commesso i crimini contro l'umanità previsti dallo Statuto».

Successivamente il Giudice delle leggi applica per la prima volta l'art.5, Cost., sul diritto internazionale generalmente riconosciuto; «Secondo la nostra Costituzione le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto fanno parte integrante del diritto interno, ne discende quindi, che la mancanza dell'immunità nel processo penale internazionale, come una regola generalmente riconosciuta del diritto internazionale, per i crimini contro l'umanità, diviene parte integrante del diritto nazionale».

«D'altronde, la giurisprudenza internazionale ha elaborato taluni consuetudini internazionali aventi come finalità quello di escludere la possibilità che tali soggetti possano godere delle proprie immunità nazionali, per gli atti commessi nell'esercizio delle proprie funzioni (*acta iure imperii*). Tale consuetudine internazionale trova il proprio fondamento in diversi atti internazionali come il Trattato di *Versailles*, la Carta del Tribunale Internazionale di Norenberga, la Convenzione per la prevenzione del Genocidio, ecc»¹⁸⁸.

Inoltre, l'art. 5 Cost., lo troviamo anche in altre Costituzioni come l'art. 10, primo comma, della Costituzione italiana come abbiamo avuto modo di occuparsi nella prima parte di questo lavoro, nonché l'art. 25 della Legge fondamentale tedesca (1949), «Le regole generali del diritto internazionale fanno parte integrante del diritto federale». La codesta norma è stata interpretata da parte della giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, come una norma che ha per oggetto appunto, le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto. Qui si riferisce a quelle norme generalmente accettate dalla comunità internazionale, almeno dalla maggioranza dei Paesi considerati potenze nelle relazioni internazionali. Ambedue le disposizioni richiamate, parimenti, hanno lo stesso tenore dell'art. 5 della Costituzione albanese.

¹⁸⁸Corte cost. n. 186/2002.

4.1 Il diritto pattizio nella Costituzione albanese

Per quanto attiene il diritto pattizio, l'art. 116, Cost., elenca in modo gerarchico le fonti del diritto, così come abbiamo visto gli accordi internazionali vengono collocati immediatamente in un grado inferiore alla Costituzione, ma al di sopra delle leggi. Il Titolo settimo della Costituzione viene dedicato interamente al rapporto tra l'ordinamento giuridico nazionale e diritto pattizio, stabilendo la procedura di recepimento delle norme di matrice convenzionale.

Dal punto di vista sistematico gli accordi internazionali vengono classificati nella Costituzione in due tipologie. In primo luogo, gli accordi internazionali ratificati con legge, in secondo luogo, gli accordi internazionali del Governo, i quali non si ratificano con legge. Secondo la dottrina con il termine accordi internazionali si intendono tutti gli atti internazionali di natura pattizia, accordi, trattati, convenzioni, statuti, patti ecc.

Per una determinata categoria di accordi internazionali la Costituzione prevede una riserva di legge. Essi devono essere ratificati esclusivamente con legge.

L'art. 121 Cost., stabilisce che, la ratifica e la denuncia degli accordi internazionali avviene con legge nelle seguenti materie:

- a) il territorio, la pace, alleanze, questioni politiche o militari;
- b) i diritti e le libertà fondamentali dell'Uomo;
- c) l'adesione dell'Albania agli organismi internazionali;
- d) accordi che comportano oneri finanziari per il Paese;

Tuttavia, il Parlamento è libero di ratificare con legge altri accordi internazionali, da quelli previsti tassativamente dalla Costituzione. Questo per ragioni di correttezza, e reciprocità, di un determinato accordo.

Nella seconda tipologia rientrano gli accordi internazionali firmati dal Consiglio dei ministri, ma non ratificati dal Parlamento, accordi per i quali la Costituzione non prevede una riserva di legge. Sostanzialmente si tratta di accordi internazionali governativi. Tuttavia, il Governo, una volta ratificati ha l'obbligo di informare il Parlamento. Tale comunicazione svolge un ruolo fondamentale nell'attività del controllo parlamentare sull'indirizzo di politica estera del Governo. Tali accordi non vengono equiparati con gli accordi ratificati dal Parlamento.

Ai fini della entrata in vigore degli accordi internazionali ratificati con legge, la Costituzione richiede la stessa procedura richiesta per le leggi, quali la promulgazione

della legge di ratifica e la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. La legge di ratifica non è una legge ordinaria, bensì una legge speciale la quale viene approvata dal Parlamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti. La pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale è condizione indispensabile affinché un accordo internazionale diviene parte integrante dell'ordinamento giuridico. Secondo la prassi, il testo integrale della convenzione si allega alla legge di ratifica con la traduzione ufficiale.

Secondo l'art. 121, primo comma, Cost., «ogni accordo internazionale ratificato costituisce parte del sistema interno giuridico dopo essere stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica d'Albania. Esso viene applicato in modo diretto, salvo i casi in cui non sia autoapplicativo e la sua applicazione richieda l'approvazione di una legge».

Infatti, la Costituzione attribuisce efficacia diretta ed immediata soltanto agli accordi che per la loro natura sono direttamente applicabili, non necessitano di alcuna norma che possa dare esecuzione all'interno dell'ordinamento nazionale alle norme di origine pattizia, cioè, idonei a produrre gli effetti giuridici nei confronti degli individui, c.d. *self-executing*, a differenza di altri accordi che richiedono una specifica procedura per la loro esecuzione c.d. *executing*¹⁸⁹.

Nell'esperienza costituzionale albanese, ai fini della ratifica degli accordi internazionali, è sufficiente la legge di ratifica, alla quale viene allegato l'intero testo della convenzione ratificata, non è necessario l'emissione di uno specifico atto del Parlamento a dare piena esecuzione nell'ordinamento interno alla fonte pattizia, quale ad esempio l'ordine di esecuzione previsto nell'esperienza costituzionale italiana.

La Costituzione sancisce il principio della diretta applicazione delle norme derivanti dal diritto convenzionale. A livello pratico raramente i giudici nazionali basano le proprie decisioni su atti internazionali, anche se questa è una operazione costituzionalmente consentita. Solo recentemente gli operatori del diritto si sono avvalsi delle norme internazionali, basando le proprie decisioni non esclusivamente sul diritto nazionale.

Ne hanno fatto applicazione su alcuni atti internazionali la Corte costituzionale e la Corte suprema quali, la CEDU, la convenzione ONU sul divieto di tortura, lo Statuto di Roma per il Tribunale Penale Internazionale, la Convenzione di Vienna sui privilegi e le immunità diplomatiche, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati,

¹⁸⁹ A.KARAJ, *Konventat ndërkombëtare dhe kontrolli i tyre*, in "Studime Juridike", nr. 2, Tiranë, 2005, p.124.

la Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'extradizione ecc¹⁹⁰.

La Costituzione ha stabilito inequivocabilmente la supremazia del diritto pattizio rispetto al diritto nazionale. Gli accordi internazionali una volta ratificati divengono parte integrante dell'ordinamento giuridico e in caso di una eventuale collisione con la normativa nazionale, prevalgono su quest'ultima, acquisendo in questo modo un valore *supra legis*. Il diritto pattizio all'interno del sistema delle fonti del diritto delineato dalla Costituzione, ha una posizione intermedia, al di sotto alla Costituzione, ma al di sopra le leggi.

Sotto questo aspetto, è compito della Costituzione di stabilire quali sono gli strumenti previsti dall'ordinamento per risolvere i casi di conflitto normativo sotto un duplice profilo:

In primo luogo, tra la Costituzione e la convenzione internazionale. In questo caso la Costituzione prevede il controllo di legittimità costituzionale di un accordo internazionale prima della sua ratifica con legge, da parte della Corte costituzionale *c.d. controllo preventivo*. Si tratta di un controllo di legittimità costituzionale *a priori* esercitato dalla Corte costituzionale circa la compatibilità di un accordo internazionale con la Costituzione. Il sindacato di costituzionalità ha come finalità di evitare la ratifica di accordi internazionali il cui contenuto è anticostituzionale, prima della ratifica dell'accordo significa prima della sua entrata in vigore, prima che l'accordo stesso diviene parte integrante dell'ordinamento giuridico nazionale. Nel caso in cui, la Corte costituzionale ritiene incostituzionale l'accordo, emette la propria decisione con effetti vincolanti e lo trasmette al Parlamento.

Tale controllo di costituzionalità non avviene *ex officio*, bensì sono legittimati ad adire la Corte costituzionale, il Presidente della Repubblica, il Consiglio dei ministri ed il Parlamento. In dottrina, si parla anche di un controllo *a posteriori* degli accordi internazionali dopo la loro ratifica, anche se la legge non lo prevede, ma non lo vieta.

Se la Corte costituzionale considera un trattato già ratificato, incostituzionale, sorgeranno dei problemi di relazioni internazionali o diplomatici, ma non giuridici. Il controllo *a posteriori* si basa su una interpretazione estensiva dell'art. 180 Cost., secondo il quale «Gli accordi internazionali ratificati dalla Repubblica d'Albania

¹⁹⁰ XH.ZAGANJORI, *E drejta ndërkombëtare në gjykimet dhe vendimet e gjykatave kombëtare*, in "Jeta Juridike", nr. 2, Tiranë, 2005, p. 11.

prima della entrata in vigore di tale Costituzione sono considerati ratificati secondo tale Costituzione. Il Consiglio dei Ministri presenta alla Corte costituzionale gli accordi internazionali, i quali contengono le disposizioni che sono in contrasto con la presente Costituzione».

In secondo luogo, in caso di contrasto tra legge nazionale e accordo internazionale ratificato, la soluzione di tale conflitto normativo deriva direttamente dalla Costituzione. Qualora i giudici nazionali si trovino di fronte all'ipotesi di conflitto di cui sopra, devono applicare direttamente la convenzione internazionale. Infatti, è la stessa Costituzione che li autorizza ad operare in questo modo, in quanto prevede esplicitamente la prevalenza del diritto pattizio sulle leggi nazionali.

Infatti, l'art. 122 Cost., recita; «1. Ogni accordo internazionale ratificato costituisce parte del sistema interno giuridico dopo essere stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica d'Albania. Esso viene applicato in modo diretto, salvo i casi in cui non sia autoapplicativo e la sua applicazione richieda l'approvazione di una legge. 2. Un accordo internazionale ratificato con legge prevale su tutte le leggi nazionali incompatibili con esso. 3. Le norme promananti da un'organizzazione internazionale prevalgono, in caso di contrasto, sulle norme nazionali, quando nell'accordo ratificato dalla Repubblica d'Albania per la partecipazione a tale organizzazione, è prevista espressamente l'applicazione diretta delle norme promananti da essa».

Secondo la dottrina, tale ipotesi non rientra nella competenza della Corte costituzionale, bensì si tratta di una questione di interpretazione del diritto rientrante nell'attività interpretativa dei giudici comuni¹⁹¹. Nel corso di un giudizio, quando la legge da applicare nel caso concreto contrasta con le disposizioni di una convenzione internazionale ratificata dal nostro paese, perciò facente parte integrante dell'ordinamento giuridico, il giudice nazionale deve applicare direttamente la convenzione. L'art. 122, secondo comma, Cost., attribuisce un ruolo chiave ai giudici nazionali nel risolvere i conflitti normativi tra le leggi nazionali e diritto pattizio dando la primazia a quest'ultimo.

In virtù dell'art. 122 Cost., qualsiasi convenzione ratificata dall'Albania qualora fosse autoapplicativa, cioè idonea ad essere applicata e di creare diritti in capo dei cittadini, diviene automaticamente parte integrante dell'ordinamento giuridico

¹⁹¹ L.OMARI, A.ANASTASI, *E drejta kushtetuese*, cit., p. 60.

nazionale. Pertanto, la normativa di matrice internazionale deve essere applicata al pari della normativa nazionale dai giudici nazionali, in quanto fa parte dello stesso *corpus* normativo unitario in virtù della teoria monista abbracciata dal Costituente albanese. In sede di giudizio, i giudici comuni devono applicare il diritto nazionale ed internazionale, in casi di contrasto, devono applicare la normativa internazionale disapplicando la normativa interna.

L'art. 123, Cost., recita; «1. La Repubblica d'Albania, in base agli accordi internazionali, trasferisce alle organizzazioni internazionali competenze statali per materie determinate. 2. La legge con quale si ratifica un accordo internazionale, come previsto nel primo comma di questo articolo, è approvata con la maggioranza di tutti i componenti dell'Assemblea parlamentare. 3. l'Assemblea parlamentare può deliberare che la ratifica di un tale accordo si effettui con referendum». Tale disposizione stabilisce in modo dettagliato l'adesione della Repubblica d'Albania alle organizzazioni internazionali. I Costituenti consapevoli della futura integrazione dell'Albania alle organizzazioni euro-atlantiche, quali la NATO e l'UE, hanno previsto una apposita clausola costituzionale di apertura dell'Albania a tali organizzazioni.

Il terzo comma dell'art. 123 si riferisce all'ipotesi di un eventuale conflitto normativo tra le leggi nazionali e gli atti normativi emessi da tali organizzazioni internazionali, sancisce appunto la prevalenza di quest'ultime sulla legislazione nazionale. In dottrina, non è pacifica se gli atti normativi emessi dagli organi delle organizzazioni internazionali, prevalgono soltanto sulle leggi nazionali oppure sull'intero *corpus* normativo dell'ordinamento nazionale, ivi compreso la Costituzione. Una parte della dottrina sostiene la prevalenza degli atti normativi internazionali sull'intero ordinamento giuridico, mentre l'altra parte sostiene la prevalenza soltanto sulle fonti primarie¹⁹².

Questa ambiguità è dovuta dalla mancata applicazione di questa disposizione costituzionale. Sicuramente si tratta di una disposizione destinata ad operare *pro futuro*, ma soprattutto per dare una copertura costituzionale alla adesione dell'Albania all'Unione Europea. Attualmente, l'Albania gode solo lo *status* di paese candidato di adesione all'UE, una volta aderito, il diritto dell'UE troverà diretta applicazione nell'ordinamento giuridico nazionale e i giudici nazionali devono dare applicazione al

¹⁹²E.SULKO, *Raporti ndërmjet gjyqtarëve kombëtarë dhe Gjykatës së Drejtësisë së Bashkimit Evropian*, in "Jeta Juridike", nr. 4, Tiranë, 2015, p.3.

diritto dell'UE al pari del diritto nazionale. Soltanto, in quell'occasione si chiarirà la portata del terzo comma, art.123 Cost., riguardo il rapporto tra il diritto nazionale ed il diritto dell'UE, e in questa occasione l'intervento della Corte costituzionale diviene indispensabile per chiarire in via giurisprudenziale la portata di tale norma costituzionale. L'approccio della Corte costituzionale al diritto dell'UE resta aperto, non si sa quale sarà la strategia da seguire, riconoscere la totale prevalenza del diritto dell'UE rispetto al diritto nazionale, oppure seguire un'altra via quella dei controlimiti tipici del Tribunale costituzionale tedesco e della Corte costituzionale italiana.

L'art. 123 Cost., prevede in modo dettagliato la procedura di adesione dell'Albania alle organizzazioni internazionali. Infatti, l'adesione alle organizzazioni internazionali che trasferisce a favore di tali organizzazioni competenze statali avviene in base di un accordo. La legge di ratifica di tale accordo richiede una maggioranza assoluta del parlamento. Tuttavia il Parlamento può decidere se sottoporre o meno la ratifica a *referendum* popolare. L'ipotesi del *referendum* rientra nella discrezionalità del legislatore, perciò è soltanto eventuale.

Inoltre, rimane aperta la problematica che l'art. 123 Cost., sia idoneo a dare copertura costituzionale alla piena adesione dell'Albania nell'Unione Europea, oppure si debba introdurre una specifica clausola costituzionale che autorizzi tale adesione. Ambedue le soluzioni sono state applicate nella prassi da parte degli Stati che sono già membri dell'UE, quali la Francia, Italia ecc. In dottrina, non c'è una opinione dominante. Una parte di essa suggerisce l'inserimento di una apposita clausola costituzionale che dovrebbe consentire la piena adesione all'UE, taluni sono del avviso che l'attuale art. 123 Cost., sia idoneo a dare copertura costituzionale a tale adesione.

A mio avviso, l'art. 123 Cost., offre tutte le possibilità per consentire la piena adesione dell'Albania all'UE, questo non necessita di alcuna modifica della Costituzione né di un'altro procedimento *ad hoc*, in quanto l'impianto costituzionale esistente è sufficiente a consentire tale adesione.

CAPITOLO V

IL CONSIGLIO D'EUROPA E L'ADESIONE DELL'ALBANIA ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO:1. Cenni storici sull'adesione dell'Albania al Consiglio d'Europa.-1.1 L'abolizione della pena di morte, sent. n. 65/1999 Corte costituzionale.-2. Lo *status* della CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico albanese, l'Albania, un caso *sui generis*.-3. Il duplice controllo di "convenzionalità" della legislazione nazionale, Corte costituzionale e giudici comuni.-4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa il rango della CEDU nell'ordinamento costituzionale albanese.-5. La giurisprudenza costituzionale in riferimento all'applicazione di altre convenzioni internazionali. Il controllo di "convenzionalità" che si allarga.-6. La diretta invocazione della CEDU davanti alla Corte costituzionale, l'art. 17, secondo comma, Cost., e la sua applicazione.

1. Cenni storici sull'adesione dell'Albania al consiglio d'Europa

L'Albania ha aderito al Consiglio d'Europa il 13 luglio 1995, lo stesso giorno ha sottoscritto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo CEDU, ratificata il 2 ottobre 1996, con la legge del 31 luglio 1996 n. 8137. L'atto di adesione nella più grande organizzazione europea dei diritti dell'uomo fu subordinato nel raggiungimento da parte dello Stato albanese di alcuni obiettivi stabiliti nella Risoluzione n. 189/1995 dell'Assemblea generale del Consiglio d'Europa, decisione del Comitato dei ministri n. 95, del 10 luglio 1995, atti che secondo lo Statuto dell'organizzazione sono obbligatori.

Sul piano internazionale, l'Albania assunse l'impegno di ratificare la Convenzione EDU assieme ai Protocolli addizionali n. 1, 2, 4, 7 e 11 entro il termine di un anno, nonché di ratificare in un successivo momento il Protocollo n. 6 della CEDU, in materia di abolizione della pena di morte, entro tre anni a partire

dall'adesione al Consiglio d'Europa. L'Albania si impegnava altresì, di non eseguire le pene di morte già concesse dai giudici penali, applicando una moratoria.

Gli impegni assunti da parte dell'Albania sono infatti i requisiti imposti dal Consiglio d'Europa non solo ai Paesi già membri, ma anche agli Stati che hanno ottenuto solo lo *status* di osservatore a questa organizzazione. Infatti, la Risoluzione n. 1044 del 4 ottobre 1994 dell'Assemblea Parlamentare, paragrafo n.6 sancisce; «l'applicazione adeguata del Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rimane la preoccupazione dell'Assemblea parlamentare e la volontà di ratificare detto protocollo è un requisito essenziale di adesione al Consiglio d'Europa». Detta clausola di natura giuridica-internazionale costituiva un requisito indispensabile per l'Albania, la quale appena aveva ottenuto lo *status* d'osservatore presso il Consiglio d'Europa.

Sulla base di questi importanti obiettivi da raggiungere è stata ratificata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i Protocolli addizionali n. 1, 2, 4, 7, 11. È stata rispettata la moratoria delle pene di morte già concesse dai giudici nazionali. Infatti, dal 1995 non è stata eseguita alcuna pena di morte.

Uno dei protocolli addizionali che si allegano al testo integrale della Convenzione è anche il Protocollo n. 6. concernente l'abolizione della pena capitale. La ratifica del Protocollo n. 6 ha apportato delle modifiche nelle legislazioni penali dei Paesi contraenti, i quali si impegnano all'abolizione della pena di morte laddove la propria legislazione nazionale lo prevedesse.

Il Protocollo n. 6 è passato in varie fasi fino alla sua approvazione finale. Nel suo testo originario, negli anni 50', la Convenzione EDU prevedeva la pena di morte, L'art. 2, sanciva che la pena di morte poteva essere applicata, qualora la legislazione nazionale della Parte contraente lo prevedesse. Negli anni successivi si sviluppò un dibattito intenso circa l'incompatibilità della pena capitale con i valori umani e con la società democratica. A questo punto si arriva al Protocollo n. 6 il quale impone il divieto assoluto della pena di morte in tempo di pace. Il Protocollo n. 6 fu sottoscritto nel 28 aprile 1983 ed entrato in vigore il 1° marzo 1985. Dopo la sua entrata in vigore, detto Protocollo costituisce uno dei presupposti essenziali per l'adesione di nuovi Paesi al Consiglio d'Europa, anche se il Paese che intende aderire non deve adempiere tempestivamente tale requisito, ma si impegna di raggiungerlo entro un determinato termine.

Un caso simile fu quello dell'Albania dove il processo dell'adesione fu diviso in due fasi. In *primis* l'Albania si è impegnata a sospendere la pena di morte, mentre l'adesione finale al Protocollo n. 6 avverrebbe entro tre anni, termine stabilito dal Consiglio d'Europa, il quale servirebbe per le necessarie preparazioni dovute sia sul piano della sensibilizzazione della opinione pubblica riguardo l'abolizione della pena di morte sia sul piano legislativo di effettuare le modifiche nella legislazione penale nazionale. In base a queste statuizioni l'Albania si è impegnata a non eseguire le sentenze irrevocabili di pena di morte emesse dai giudici nazionali. Secondo le statistiche, durante questo periodo i tribunali hanno concesso circa venti condanne a morte, non eseguite, ma sospese dal Presidente della Repubblica.

Per quanto attiene la seconda fase, quella della riforma nella legislazione penale sull'abolizione della pena di morte e la piena adesione dell'Albania al Protocollo n. 6, non è stato realizzato entro il triennio stabilito. Questo per via delle rivolte verificatosi nel 1997, dove il paese ha quasi passato una guerra civile, che ha messo in discussione l'esistenza dello Stato e delle istituzioni, perciò, l'esigenza del mantenimento della pena di morte diveniva sempre più forte, tendendo conto del suo effetto deterrente e della lotta alla criminalità. Una volta superata la crisi del 1997, un altro evento, la crisi umanitaria del Kosovo 1999, ha rallentato il processo dell'adesione al Protocollo n. 6, crisi che ha visto impegnati l'intero apparato burocratico dello Stato.

Di fronte a questa situazione di grave perturbamento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, il Consiglio d'Europa si dimostrò tollerante nei riguardi dell'Albania, per gli obblighi non adempiuti entro i termini fissati. Dopo la crisi del Kosovo, lo stesso Ufficio dei diritti dell'uomo ha espresso la sua preoccupazione riguardo il ritardo dell'abolizione della pena di morte da parte dell'Albania. Nell'autunno 1999, dopo un lungo ritardo, non trovava più giustificazione il rallentamento causato dalle istituzioni dello Stato. Il Consiglio d'Europa, una volta superata la crisi, ha insistito che il processo di abolizione della pena di morte dovrebbe essere più celere. Addirittura, ha preavvisato l'Albania che nel caso in cui l'abolizione non avviene entro fine anno (1999), avrebbe rivisto lo *status* di adesione dell'Albania al Consiglio d'Europa.

Nel frattempo, alla Corte suprema arrivarono tre cause penali, dei tribunali ordinari che avevano applicato la pena di morte. Nel mese di novembre 1999 la Corte suprema sospende il proprio giudizio e solleva la questione di legittimità

costituzionale circa la costituzionalità della pena di morte prevista dal Codice Penale¹⁹³.

1.1 L'abolizione della pena di morte, sent. n. 65/1999 Corte costituzionale

In questo contesto storico si inserisce anche la sentenza n. 65/1999 della Corte costituzionale la quale prese in esame la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del Codice Penale che prevedono l'applicazione della pena di morte, a ridosso della scadenza del termine stabilito dal Consiglio d'Europa, nel mese di dicembre 1999. La Corte costituzionale muove dal presupposto che il Protocollo n. 6 della CEDU, dovrebbe essere già ratificato dal Parlamento nazionale entro il termine di tre anni, la ratifica entro detto termine avrebbe servito per affermare la credibilità della Repubblica d'Albania nella comunità internazionale, come un Paese che dimostra responsabilità riguardo l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto convenzionale, e pertanto accettati da quest'ultimo.

La nostra Carta costituzionale fin dalla sua redazione fu ispirata dai principi generali sanciti nello Statuto del Consiglio d'Europa, art. 3 sancisce «Ogni membro del Consiglio d'Europa accetta il principio della preminenza del Diritto e il principio secondo il quale, ogni persona soggetta alla sua giurisdizione della CEDU, deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». «Su questo aspetto anche i cittadini albanesi fanno parte di questa comunità europea, dove l'abolizione della pena di morte è divenuto ormai un requisito indispensabile, certamente un obbligo che non si possa derogare in caso dei cittadini albanesi, i quali, non possono trovarsi in condizioni più sfavorevoli rispetto ai cittadini degli altri Stati contraenti, per quanto attiene il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Anche durante i lavori Costituenti fu presente la nuova realtà creata sul piano degli obblighi internazionali assunti con l'atto di adesione al Consiglio d'Europa, riguardo l'abolizione della pena di morte»¹⁹⁴.

Le problematiche evidenziate *supra*, nonché l'analisi delle disposizioni costituzionali concrete, permettono alla Corte di effettuare un controllo di legittimità

¹⁹³ A.PUTO, *Konventa Evropiane për të drejtat e njeriut në përqsje me Kushtetutën e Shqipërisë* (Vështrim krahasues), Albin, Tiranë, 2002, p. 25.

¹⁹⁴ Corte cost. n. 65/1999.

costituzionale delle disposizioni della legislazione penale nazionale che prevedono la pena di morte. Il controllo di legittimità costituzionale si è posto, in riferimento agli artt. 21 Cost., “Diritto alla vita”, art. 15 Cost., “I diritti e le libertà fondamentali”.

Il diritto alla vita viene sancito direttamente dalla Costituzione, la quale viene ritenuto dalla Corte, come un valore costituzionalmente protetto che costituisce il presupposto dell’esistenza di tutti i diritti fondamentali. I diritti e le libertà fondamentali secondo l’art. 15 Cost. sono diritti inviolabili e inalienabili delle persone, stanno al fondamento dell’intero ordinamento giuridico, perciò, esiste l’obbligo per lo Stato di tutelarli e garantirli.

«Lo scopo delle disposizioni costituzionali è quello di mettere a luce, tutti i principi generali che reggono l’intero ordinamento giuridico, e come scopo principale hanno la tutela della dignità dell’uomo e dei diritti fondamentali. Il valore supremo dell’ordinamento giuridico è l’uomo e la vita umana»¹⁹⁵.

La Corte costituzionale allarga il parametro costituzionale e si riferisce non solo alle disposizioni costituzionali, ma anche quelle di matrice convenzionale; «Per quanto attiene la legittimità costituzionale delle disposizioni del Codice Penale in materia di pena di morte, è necessario che il parametro costituzionale si estenda in riferimento non solo all’art. 21 Cost., ma anche in altre disposizioni rilevanti in materia. L’art. 21 Cost., sancisce il diritto alla vita, “La vita umana si tutela con legge”, ma non vieta l’applicazione della pena di morte, di conseguenza, la suddetta disposizione costituzionale necessita di essere letta in combinato disposto con altre disposizioni e con lo spirito della Costituzione, nonché in riferimento con la normativa costituzionale previgente».

Seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, essa effettua una comparazione tra la legge costituzionale provvisoria e la vigente Costituzione, proprio al riguardo la disciplina e l’applicazione della pena di morte. L’art. 1 della legge costituzionale del 29 aprile 1991, n. 7491, sancisce; «La vita umana si tutela con legge, a nessuno può togliersi la vita, salvo l’esecuzione di una sentenza penale irrevocabile concessa dal giudice per gravi reati, prevista dalla legge. La pena di morte non si applica ai minori di età inferiore a 18 anni, non si applica altresì nei confronti delle donne». In base a codesta disposizione costituzionale il legislatore ha approvato il Codice Penale in vigore del 1995, senza avere nessun limite

¹⁹⁵ Corte cost. n. 65/1999.

costituzionale nella previsione della pena di morte. Dal suo confronto con il testo della Costituzione attuale, si evidenzia un livello di tutela maggiore dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella nuova Costituzione.

«L'art. 21 Cost., non prevede in nessun caso l'applicazione della pena di morte, neanche prevede deroghe al principio di tutela della vita umana, ne discende, quindi, la scelta del Costituente è a favore del diritto alla vita e alla sua inviolabilità, escludendo ogni possibilità di applicazione della pena di morte anche in casi eccezionali. Ciò spiega le ragioni che hanno indotto il legislatore a inserire la pena di morte nel Codice Penale del 1995, non avendo al riguardo nessun limite costituzionale, in quanto la nuova Costituzione (1998) non era entrata ancora in vigore e ai tempi della redazione del Codice Penale era in vigore la legge per le principali disposizioni costituzionali».

All'ultimo passaggio la Corte offre la prima definizione del diritto alla vita. Il principio generale della tutela della vita umana costituisce uno dei principi fondamentali della Costituzione. «La vita umana è un diritto fondamentale dell'uomo, nelle ipotesi quando essa viene tolta dallo Stato, l'uomo nello stesso tempo si elimina come soggetto titolare di diritti e obblighi. La vita umana costituisce un valore supremo indiscutibile dell'ordinamento giuridico, un valore costituzionalmente protetto e garantito. Tuttavia, il livello di tutela della vita umana non è sempre lo stesso, esso in determinati casi può incontrare dei limiti. Spetta al legislatore di stabilire i casi in cui la tutela della vita umana può essere limitata, quest'ultimo è autorizzato a prevedere le deroghe al principio generale della tutela della vita umana, quando per la tutela di un interesse giuridicamente più rilevante, può togliersi la vita»¹⁹⁶.

La Corte per la prima volta interpreta le disposizioni costituzionali concernenti i diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; «Per queste ragioni, per effettuare una interpretazione corretta dell'art. 21 Cost., occorre che detta disposizione viene letta anche nello spirito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 2 della CEDU, prevede i limiti del diritto alla vita».

«In questa direzione deve essere interpretato anche il citato art. 21 Cost., il quale legittima la limitazione del diritto alla vita solo nei casi eccezionali previsti dalla CEDU, quando si devono proteggere diritti altrui, o un altro interesse superiore

¹⁹⁶ Corte cost. n. 65/1999.

costituzionalmente garantito. L'adattamento dell'impianto costituzionale ai principi fondamentali della CEDU, ha trovato espressa previsione nell'art. 17 Cost., il quale stabilisce «Le limitazioni dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, posso essere imposte esclusivamente per legge, per la tutela di un interesse pubblico o per la difesa dei diritti altrui». La Costituzione prevede una riserva di legge in materia di limitazione dei diritti fondamentali, spetta al legislatore stabilire i casi che comprimono anche il diritto alla vita, e non al potere giudiziario attraverso le sentenze penali, cosa che non è compatibile né con le deroghe né con i limiti previsti dalla Costituzione».

Successivamente la Corte valorizza la CEDU quale Carta dei diritti dell'uomo; «Inoltre, la nostra Costituzione fa esplicito riferimento alla CEDU, per quanto attiene il rispetto e la tutela dei diritti dell'uomo, considerando il diritto alla vita, come un diritto inviolabile della persona, in questo modo, vieta l'esistenza stessa della pena di morte. La Corte effettua l'interpretazione dell'art. 21 Cost., in combinato disposto con l'art. 17, secondo comma, Cost, «Le limitazioni dei diritti fondamentali, non possono ledere l'essenza stessa di questi diritti, e, in alcun caso non possono oltrepassare i limiti previsti dalla CEDU». L'Albania ha ratificato la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, le convenzioni, una volta ratificate, fanno parte integrale dell'ordinamento giuridico, e vanno rispettate».

«Secondo l'art. 1 del Protocollo n. 6 della CEDU, impone l'abolizione della pena di morte. Il nostro paese non ha ancora ratificato detto Protocollo, ma partendo dall'esplicito divieto previsto dall'art. 17, 2° comma, Cost, il quale non consente in alcun caso limitazioni dei diritti dell'uomo che oltrepassano i limiti sanciti dalla CEDU, ne discende, quindi, che la pena di morte prevista dal nostro Codice Penale, è contro i principi cardine in cui si ispira il nostro ordinamento costituzionale, nonché contro la CEDU, la quale non la prevede, anzi, lo vieta. Infatti, i limiti al diritto alla vita, previsti dalla CEDU, non riguardano la pena capitale come tipologia di sanzione penale».

«La pena capitale, non è un limite del diritto alla vita, bensì, l'eliminazione della persona dalla società. Certamente, questo è un modo di privazione di vita alla persona, che vede come esecutore, lo Stato stesso».

In particolare, il Giudice delle leggi ritiene le disposizioni del Codice Penale che prevedono la pena di morte contrarie ai principi fondamentali della Costituzione, in quanto violano il diritto alla vita di ogni essere umano, la dignità dell'uomo.

L'erronea esecuzione della pena capitale contro un individuo, diventa incorreggibile, e quest'ultimo è vittima dell'errore umano. Considerando la nuova realtà della legislazione albanese in coerenza con quella dei Paesi europei, considerando gli impegni internazionali assunti dal nostro paese, nonché la ratifica del Protocollo n. 6 della CEDU, considerando che la nostra legge fondamentale, è redatta in piena armonia con i principi dello Statuto del Consiglio d'Europa, della CEDU e di altre Carte internazionali le quali vietano l'applicazione della pena di morte in tempo di pace, è contro la Costituzione.

In conclusione, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di tutte le disposizioni del Codice Penale che prevedono la pena di morte, in riferimento agli artt. 3,5,17 2° comma, 21, 116 e 122 Cost., dichiara in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del Codice Penale Militare, nella parte in cui prevedono l'applicazione della pena di morte in tempo di pace. La storica sentenza della Corte costituzionale, aprì la strada della piena adesione dell'Albania al Protocollo n. 6. Il Parlamento ha definitivamente ratificato detto Protocollo nel 2000, nello stesso tempo ha abrogato tutte le disposizioni del Codice Penale che prevedevano come sanzione la pena di morte.

2. Lo status della CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico albanese

La CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico gode di una posizione privilegiata, a differenza di quanto la Costituzione stabilisce in generale per il diritto pattizio. L'art. 17 Cost., stabilisce che; «1. Le limitazioni ai diritti e alle libertà previsti in questa Costituzione possono essere stabiliti solo con legge in vista di un interesse pubblico oppure per la protezione dei diritti dei terzi. La limitazione deve essere proporzionale alla situazione che lo ha causato. 2. Queste limitazioni non possono ledere il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà e in nessun caso possono eccedere le limitazioni disposte dalle norme previste nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo».

La CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico occupa una posizione a sé stante, La Costituzione prevede una apposita disposizione costituzionale al di fuori delle disposizioni che regolano le norme di diritto pattizio *supra*. I Cosituenti hanno pensato di inserire una clausola costituzionale specifica, che si riferiva direttamente alla Convenzione europea.

In deroga di quanto previsto in generale nell'art.116 Cost., per gli atti normativi e per il diritto pattizio in generale, l'art. 17, secondo comma, Cost., opera un esplicito richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attribuisce ad essa un collocamento di rango costituzionale nel sistema delle fonti. Infatti, essa non assume uno *status* costituzionale dal punto di vista sostanziale in quanto atto convenzionale, bensì esclusivamente per quanto attiene la limitazione dei diritti fondamentali, previsti dalla CEDU. Questa è una peculiarità della Costituzione albanese che non trova eguali in nessun'altra Costituzione dei Paesi contraenti della CEDU¹⁹⁷.

Una delle preoccupazioni dei Costituenti fu proprio, l'esigenza di limitare l'intervento dello Stato, ovvero prevedere mezzi adeguati a tale intervento, per evitare il più massimo possibile, le eventuali condanne da parte della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Albania. Si è pensato che, attribuendo un livello costituzionale alle limitazioni dei diritti fondamentali come sono garantiti nel "sistema Strasburgo", rendeva più cauto lo Stato sul rispetto e la tutela dei diritti fondamentali.

Con riguardo i diritti fondamentali, la Costituzione albanese ha un contenuto simmetrico con la Convenzione europea. Infatti, la maggior parte delle disposizioni costituzionali, riproduce quasi in modo identico la definizione ed il contenuto dei diritti fondamentali nella Convenzione europea, questo per portare alla realtà giuridica albanese i principi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ogni modifica nella definizione di un diritto fondamentale comporterebbe senz'altro un discostamento da tale giurisprudenza. A livello pratico, il giudice nazionale nelle questioni aventi ad oggetto un diritto fondamentale previsto dalla Costituzione, lo interpreta secondo l'interpretazione che la Corte di Starsburgo ha dato allo stesso diritto nella Convenzione europea.

In dottrina hanno evidenziato un'altro aspetto riguardo l'interpretazione che si debba fare alla clausola di apertura alla Convenzione europea. La Costituzione sancisce un ricco catalogo di diritti e libertà che non sono previste dalla CEDU, sicché, l'art.17 secondo comma, Cost., opera esclusivamente sui diritti e libertà sanciti dalla Costituzione, ma previsti anche nel testo della CEDU. Occorre effettuare una

¹⁹⁷ K.TRAJA, *Kushtetuta dhe sistemi i mbrojtjes së të drejtave të njeriut*, në K.KRISAFI, G.AUBERT, S.ORDOLLI, *Kushtetuta e re shqiptare e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë: takim mbi kushtetutën e Republikës së Shqipërisë, Gjenevë më 21-22 mars 2002, Colloque sur la Constitution de la République d'Albanie, Genève le 21-22 mars 2002, Tiranë, 2002, pp.60 ss.*

interpretazione restrittiva dell'art.17 Cost., il quale si riferisce esclusivamente ai diritti fondamentali previsti dalla CEDU.

I Costituenti avevano come obiettivo quello di combinare la Convenzione con il sistema domestico della protezione dei diritti fondamentali. Il controllo di convenzionalità del diritto interno concernente i diritti fondamentali è di competenza dei giudici comuni. La *ratio* dell'art.17 Cost., di trasformare la CEDU in una sorta di manuale d'uso quotidiano da parte dei giudici nazionali.

Dal punto di vista formale, la CEDU gode nell'ordinamento giuridico albanese uno *status supra legem*, in forza degli artt. 116, 122 Cost., 17, comma 2, Cost., la Costituzione ha riconosciuto alle norme di origine pattizia, la diretta applicazione nell'ordinamento giuridico interno. La Corte costituzionale ha riconosciuto la diretta applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione, nonché la diretta applicazione delle sentenze della Corte di Strasburgo. Per l'Albania sorge l'obbligo di armonizzare la legislazione nazionale con le disposizioni della Convenzione, non soltanto quella vigente, ma anche quella futura¹⁹⁸.

In dottrina si parla appunto di una posizione *quasi* costituzionale della CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale. Ne discende quindi che chiunque può presentare ricorso dinanzi alla Corte costituzionale oppure al giudice comune, per la violazione dei diritti individuali, riferendosi direttamente alle disposizioni CEDU¹⁹⁹.

I diritti fondamentali stabiliti dalla CEDU, costituiscono per la Costituzione albanese lo *standard* minimo per la tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento giuridico. Ne discende quindi, in ogni caso quando siano in gioco i diritti fondamentali, la loro limitazione può essere effettuata tenendo conto del principio della proporzionalità ed interesse pubblico altresì dei principi e le regole sanciti dalla CEDU, nonché dalla giurisprudenza della Corte EDU riguardo il grado che determinati diritti possano essere limitati. Tuttavia, la limitazione dei diritti fondamentali non può avere un livello di tutela inferiore di quanto stabilisce la CEDU. I diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea costituiscono il "nucleo duro" costituzionalizzato, nella Costituzione albanese.

In altri termini, l'art. 17, secondo comma, Cost., è semplicemente una clausola di garanzia di uno *standard* minimo di protezione, in maniera che il contenuto dei

¹⁹⁸ XH.ZAGANJORI, A.HAJDARI, *Mbi gjykimet në Gjykatën Europiane të të Drejtave të Njeriut*, in "Studime Juridike", n. 1/2002, p.56.

¹⁹⁹ S.SADUSHI, *Drejtësia kushtetuese në zhvillim*, Toena, Tiranë, 2012, p.448.

diritti fondamentali debba essere interpretato almeno ai sensi di quanto stabilito dalla CEDU e Corte EDU²⁰⁰.

Anche se originariamente, i Costituenti hanno voluto che il sindacato di compatibilità del diritto interno con la CEDU, doveva essere svolto da parte dei giudici comuni, in pratica, essi esitano ad invocare direttamente la CEDU nel corso del proprio giudizio e di applicare le sue disposizioni, disapplicando la legge ordinaria in contrasto con essa. Infatti questo è stato l'atteggiamento della Corte costituzionale la quale ha scelto di non mantenere il monopolio del sindacato sulla compatibilità della legislazione nazionale con la CEDU secondo il modello accentrato di giustizia costituzionale nell'esperienza albanese, bensì di esercitare un sindacato diffuso sulla compatibilità della legge ordinaria da parte dei giudici comuni.

Quest'ultimi fin'ora non hanno mai avuto il coraggio che nel corso del giudizio concreto qualora la legge nazionale sia in contrasto con le disposizioni CEDU di disapplicare la legge ordinaria e dare diretta applicazione alla CEDU, anche se tale metodo di risoluzione dei conflitti normativi è previsto nella Costituzione, ancora, in riferimento alla CEDU supportato anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Al contrario, ormai da tanto tempo che le disposizioni della CEDU vengono invocate direttamente in sede di giudizio di legittimità costituzionale sia con riguardo il ricorso diretto sia nel giudizio di tipo incidentale. Possiamo affermare che questa è una prassi che viene seguita tutte le volte da parte degli individui che da parte dei giudici comuni, ma su questo aspetto torneremo più avanti.

La Corte costituzionale nella sua giurisprudenza ha ammesso l'efficacia vincolante delle sentenze interpretative della Corte di Strasburgo, a prescindere dallo Stato le quali esse sono rivolte. Il Giudice delle leggi afferma che le sentenze della Corte di Strasburgo superano la natura delle sentenze del caso concreto. Essa si riferisce non solo alle sentenze di condanna contro Albania, bensì all'intera giurisprudenza di Strasburgo.

Le sentenze della Corte EDU, hanno gli effetti di una fonte interpretativa nel sistema delle fonti del diritto. La Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale quasi sempre si riferisce non solo alle disposizioni costituzionali, ma anche alle disposizioni CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo,

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 450.

attribuendo il valore di una fonte del diritto nell'ordinamento giuridico interno. I giudici comuni devono applicare direttamente le disposizioni CEDU nel corso del giudizio, questo per evitare eventuali violazioni della CEDU²⁰¹.

L'art.17 Cost., svolge altresì un ruolo molto importante, in quanto permette la Corte costituzionale di effettuare i *test* di proporzionalità delle leggi che limitano i diritti fondamentali. Infatti, le limitazione dei diritti fondamentali devono effettuarsi per legge e in vista di una delle cause previste dalla Costituzione, quali, “riserva di legge”, “l'interesse pubblico”, “protezione dei diritti dei terzi”, anche il “limite convenzionale”. In base a tali criteri la Corte costituzionale applica il *test* di ragionevolezza di qualsiasi legge che limita i diritti fondamentali.

Infine, l'art.17, Cost., sembra avere un contenuto identico con l'art.53 della Carta di Nizza, il quale ricalca tutto sommato la stessa formula costituzionale contenuta nell'art.17 della Costituzione albanese riguardo la CEDU. Appunto, «il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in alcun caso essere inferiore a quello garantito dalla CEDU»; ne consegue che il sistema delle limitazioni previsto dalla Carta non può scendere al di sotto del livello previsto dalla CEDU.

3. Il duplice controllo di “convenzionalità” della legislazione nazionale. Corte costituzionale e giudici comuni

Vista la posizione privilegiata che la CEDU gode nell'ordinamento costituzionale albanese, è necessario offrire un quadro generale circa gli organi preposti a sindacare le leggi nazionali e la compatibilità o meno di essi con la Convenzione europea. La Costituzione prevede contemporaneamente due meccanismi di controllo, il primo di tipo accentrato affidato alla Corte costituzionale, questo in forza dell'art. 17, comma secondo, il quale ha costituzionalizzato i livelli di tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU.

Pertanto, la CEDU ha uno *status* costituzionale nell'ordinamento giuridico, spetta alla Corte costituzionale sindacare la compatibilità del diritto interno con la Costituzione. Ancora, l'art. 131 Cost., lett.a) prevede che; «La Corte costituzionale decide circa: a) l'incompatibilità della legge con la Costituzione o con gli accordi internazionali, come previsto nell'articolo 122 Cost.». Questa è la disposizione basilare che legittima la Corte costituzionale ad effettuare non solo il controllo di

²⁰¹ *Ibidem*, p. 453.

costituzionalità della legge, ma allo stesso tempo anche il controllo di compatibilità della legge nazionale con qualsiasi accordo internazionale, specialmente in riferimento alla CEDU, la quale viene richiamata direttamente dalla Costituzione, rispetto ad altri accordi internazionali.

Il parametro di giudizio è composto non soltanto dalla Costituzione, ma può essere integrato da qualsiasi altra convenzione ratificata dall'Albania, che possa essere rilevante al giudizio sulle leggi, specie, le convenzioni che regolano la stessa materia della legge oggetto di giudizio di costituzionalità. Tale competenza è peculiare in quanto, attribuisce all'organo di giustizia costituzionale una competenza in più, diversa da quella fisiologica e tradizionale, quale la costituzionalità delle leggi.

Fin'ora possiamo affermare che il controllo circa la compatibilità del diritto interno con la Convenzione europea si è svolto quasi esclusivamente attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi da parte della Corte costituzionale, vuoi in sede di giudizio incidentale vuoi in sede di giudizio di ricorso diretto del singolo.

Il secondo meccanismo di controllo di conformità del diritto interno alla CEDU viene attribuito ai giudici comuni. In virtù dell'art.122 Cost, la Convenzione europea essendo un accordo, in casi di contrasto con le leggi nazionali prevale su quest'ultimi. I giudici comuni sono obbligati ad applicare direttamente le disposizioni della CEDU, senza essere obbligati a rinviare la legge alla Corte costituzionale, in quanto si tratta di una mera attività di interpretazione giudiziaria prevista dalla Costituzione. La Costituzione riconosce la diretta applicazione delle convenzioni ratificate, soltanto se hanno una natura *self-executing*. D'altronde, sia la Corte costituzionale che la Corte EDU ha riconosciuto la natura *self-executing* delle disposizioni della Convenzione negli ordinamenti nazionali delle parti contraenti, nonché, la possibilità delle autorità nazionali di intraprendere le misure necessarie per porre fine alle violazioni della Carta.

Infatti, sia la dottrina dominante sia la giurisprudenza della Corte costituzionale affermano come imperativo; l'applicazione diretta delle norme CEDU da parte dei giudici comuni. Tale operazione, è semplicemente un'attività interpretativa che in virtù dell'art.122, Cost., i giudici comuni sono chiamati a svolgere.

Tuttavia, non è mai stato valorizzato fin'ora il prodromico tentativo di interpretazione conforme del diritto interno alla Convenzione europea. In più, nulla si dice circa la possibilità che il giudice comune si trovi di fronte all'alternativa se disapplicare la legge contraria alla CEDU oppure sospendere il giudizio e rinviare al

giudice costituzionale la questione di legittimità costituzionale, visto che la Corte costituzionale, come abbiamo evidenziato *supra*, esercita il controllo di costituzionalità della legge sia in rapporto con la Costituzione, sia con gli accordi internazionali ratificati. Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale non hanno assunto un atteggiamento chiaro.

Proprio in base a questa disposizione che i giudici comuni sono chiamati a sindacare le leggi nazionali confliggenti con le disposizioni della Convenzione europea. Si tratta sostanzialmente di un controllo diffuso affidato ai giudici comuni che in sede di giudizio concreto devono applicare la legge nazionale qualora avessero dei dubbi circa la compatibilità o meno della legge con la CEDU, devono disapplicare la legge nazionale.

Sicuramente, la previsione di due meccanismi di controllo aventi lo stesso oggetto, rischiano di sovrapporsi o almeno di essere anche tra di loro confliggenti. Inanzitutto, viste le somiglianze dei meccanismi entrambi previsti dalla Costituzione, cercheremo di evidenziare le differenze, e semmai le problematiche che sorgono a livello pratico dei due tipi di controllo.

Il primo meccanismo, è un tipo di controllo accentrato esercitato esclusivamente dalla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Il controllo diffuso, viene esercitato da qualsiasi giudice nazionale adito in giudizio, che qualora avesse dei dubbi circa la compatibilità della legge da applicare nel caso concreto con le disposizioni CEDU, deve disapplicare la legge oppure potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale (ricorso incidentale). Sul piano dell'oggetto di controllo, entrambi i meccanismi convergono tra di loro. Le differenze emergono sul piano degli effetti ovvero sulle conseguenze giuridiche che scaturiscono, una volta che il giudice costituzionale e i giudici comuni decidono.

Il giudizio costituzionale ha come finalità l'eliminazione totale o parziale di una legge ritenuta contraria alla Costituzione, oppure riferendosi al caso concreto una legge contraria alle disposizioni CEDU. Una volta che il giudice di costituzionalità decide circa la compatibilità o meno di una legge con la Costituzione o la Convenzione europea, tale legge viene espunta dall'ordinamento giuridico.

Al contrario, in sede di giudizio diffuso, qualora il giudice comune ritiene la legge contraria alla CEDU, la disapplica, la legge non viene applicata al caso concreto, ma sono le disposizioni della CEDU che si applicano direttamente, cioè

come fonte del diritto immediatamente applicabile, mentre la legge rimane in vigore, soltanto non si applica al caso concreto. Si tratta dello stesso controllo adottato dalla giurisprudenza costituzionale italiana in riferimento al diritto dell'Unione Europea. Quindi possiamo affermare che le differenze tra i due tipi di controllo si ravvisano per quanto attiene il soggetto ovvero l'organo che esercita tale controllo, ma soprattutto per quanto riguarda gli effetti giuridici prodotti.

A mio avviso, sembra abbastanza ambiguo l'esistenza contemporanea di due tipi di controllo accentrato e diffuso. A livello pratico, si rischia di non effettuare un controllo di convenzionalità adeguato, in quanto, tale controllo diviene ripetitivo ed in altre ipotesi anche confliggente. Si pensi all'ipotesi quando il giudice ordinario applica la legge nazionale ritenuta conforme alla Convenzione europea, dopodiché, in un successivo giudizio avente ad oggetto la medesima legge, la Corte costituzionale lo dichiara incostituzionale proprio perchè contrario alla CEDU.

Il controllo di convenzionalità per come viene disegnato dall'assetto costituzionale, rischia di essere controproducente, in quanto ha lo stesso oggetto, la medesima legge può essere ritenuta in conformità con la CEDU, secondo il giudizio svolto dal giudice del caso concreto ed in sede di giudizio costituzionale può risultare non conforme.

In altri termini, il controllo di convenzionalità non viene esercitato in modo unitario, sotto questo aspetto può risultare deficitario in rapporto al principio della certezza del diritto, in quanto l'ultima parola non spetta ai giudici comuni, anche se la Costituzione attribuisce tale competenza, bensì alla Corte costituzionale. Emblematico è il caso pratico sul quale torneremo più avanti, quando la Corte Suprema ritiene la legge organica sulla Procura di Stato conforme alla CEDU, successivamente ribaltato dalla Corte costituzionale che l'ha ritenuto contrario alla Convenzione europea, perciò, incostituzionale. Due controlli di convenzionalità con esiti contrapposti.

Sicuramente che il controllo "duale", "evita" ovvero "minimizza" al massimo le eventuali violazioni della Convenzione europea, nonché le condanne da parte della Corte di Strasburgo. Il doppio "filtro" di controllo della compatibilità della legislazione nazionale con la CEDU, permette un maggior controllo, in prima battuta, dai giudici ordinari, qualora tale controllo non si è esercitato in modo adeguato, potrebbe intervenire il Giudice delle leggi al sindacato di costituzionalità/convenzionalità della legge.

Anche nelle ipotesi quando la Corte costituzionale effettua il controllo di convenzionalità della legge, si sono verificati delle problematiche. È vero che il controllo della compatibilità della legge nazionale con la CEDU lo fa la Corte costituzionale in riferimento alle disposizioni CEDU, nonché in riferimento alla interpretazione data dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma come è stato rilevato, talvolta tale controllo non è stato ritenuto corretto da parte della Corte di Strasburgo, la quale ha ritenuto contrario alla CEDU, l'atteggiamento della Corte costituzionale secondo il quale il processo esecutivo non rientra nell'ambito del processo equo art. 6 CEDU, la Corte costituzionale nell'interpretare i diritti e le libertà sanciti dalla Costituzione alla luce della Convenzione europea nonché secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, ha dato una interpretazione errata all'art. 6, non secondo la giurisprudenza di Strasburgo. In conclusione, sembra che l'ultima parola sul controllo di convenzionalità del diritto interno spetta alla Corte di Strasburgo.

4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa il rango della CEDU nell'ordinamento costituzionale albanese

Nell'analizzare la giurisprudenza costituzionale albanese in riferimento allo *status* della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale, occorre sottolineare che tale giurisprudenza ha avuto un atteggiamento costante nei confronti della CEDU, questo per via delle disposizioni costituzionali le quali attribuiscono alla Convenzione uno *status* equiparato alla Costituzione. Le altre disposizioni costituzionali le quali hanno disciplinato in modo dettagliato il rapporto tra il diritto nazionale ed il diritto internazionale, offrono anche le possibili soluzioni in casi di conflitto normativo tra essi. Si deve precisare altresì, che ai tempi della redazione della Costituzione, i Costituenti hanno redatto il testo costituzionale tenendo presente gli atti internazionali, in specie la Convenzione europea.

Per la prima volta la Corte costituzionale si pronuncia sul valore della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale, soprattutto sul sistema delle fonti del diritto, in occasione del giudizio di costituzionalità delle disposizioni del Codice Penale che prevedevano la pena di morte. Nella celebre sent. n. 65/1999, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della pena di morte proprio in riferimento all'art. 21 Cost., «il diritto alla vita», ma soprattutto in riferimento alla Convenzione europea e al Protocollo addizionale n. 6;

«La Costituzione ha accettato nell'art. 5, 116, 122 che la Repubblica d'Albania applica il diritto internazionale, elencando gerarchicamente le norme internazionali al di sopra delle leggi. La CEDU è uno degli accordi internazionali sottoscritti e ratificati da parte del nostro paese. Secondo l'art. 1 del Protocollo n. 6 CEDU, prevede l'abolizione della pena capitale. Il nostro paese non ha ancora ratificato detto Protocollo, tuttavia, basandosi sull'art. 17, secondo comma, Cost., le limitazioni dei diritti fondamentali, non possono ledere il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà e in nessun caso possono eccedere le limitazioni disposte dalle norme previste nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La previsione della pena di morte è contro lo spirito della Costituzione e della Convenzione europea, la quale non lo prevede».

La Corte si riferisce proprio alla clausola di apertura alla Convenzione europea e allo *status* costituzionale che essa gode nel nostro ordinamento giuridico per poter dichiarare l'illegittimità costituzionale.

Talvolta, la stessa Corte costituzionale nel dichiarare incostituzionale una legge, si è riferita direttamente ad un accordo internazionale, e non ad una specifica disposizione costituzionale. Nella sent. n. 16/2000, la Corte costituzionale per la prima volta dichiara incostituzionale la legge in rapporto con la Convenzione europea, «L'art. 1, comma secondo, del Protocollo n. 1 Cedu, ratificato dall'Albania, prevede il diritto degli Stati contraenti di approvare leggi che essi apprezzano indispensabili per assicurare il pagamento delle imposte, dei contributi, ammende ecc. Secondo gli artt., 5, 116, 122, Cost., la codesta norma del diritto internazionale trova applicazione e prevale sulle leggi nazionali con essa confliggenti»²⁰².

In questa decisione la Corte svolge il controllo di costituzionalità/convenzionalità su un parametro di giudizio costituito esclusivamente su una norma di origine pattizia, proprio in virtù della sua competenza sul controllo di costituzionalità delle leggi, attribuito dalla Costituzione, si svolge contemporaneamente in un duplice rapporto, tra legge e Costituzione e tra legge e accordo internazionale ratificato.

Per la Corte costituzionale la Convenzione europea costituisce nell'ordinamento giuridico il valore di uno *standard* minimo di tutela, naturalmente questo non preclude la possibilità di offrire ai diritti fondamentali previsti dalla

²⁰² Corte cost. n. 16/2000.

Costituzione un livello di tutela maggiore. Così nella sent. n. 29/2005 che riguardava il procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato la Corte sostiene che;

«La rimozione del giudice dalla carica è un procedimento di *impeachment* che si applica sui funzionari che esercitano nel loro ufficio parte della sovranità dello Stato, quindi non può essere equiparata con i procedimenti di altri funzionari. Il diritto di ricorrere al giudice è un diritto fondamentale dell'uomo, ma questo diritto può incontrare dei limiti secondo la giurisprudenza della Corte di Starsburgo, caso *Devlin c. Regno Unito*.

Tuttavia, sotto questo aspetto la Costituzione ha fatto un passo in più rispetto alla Convenzione europea, prevedendo appunto accanto alla sanzione disciplinare del giudice, anche la possibilità di ricorrere alla Corte suprema contro la sanzione irrogata. L'ampliamento di tale ricorso anche contro le altre sanzioni disciplinari meno gravi è contro la Costituzione, in quanto l'art. 147, sesto comma, Cost., prevede il ricorso alla Corte Suprema contro la sola sanzione disciplinare di rimozione, offrendo al giudice una garanzia costituzionale. Detta disposizione è concepita come una disposizione derogatoria e non consente una interpretazione estensiva per le altre sanzioni disciplinari»²⁰³.

Per la Corte costituzionale, la disposizione costituzionale che prevede la possibilità di ricorrere alla Corte Suprema da parte del magistrato nei confronti del quale è stata irrogata la sanzione disciplinare di rimozione, è una garanzia costituzionale maggiore rispetto anche agli *standard* previsti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo al riguardo.

«L'art. 17, Cost., ha abbracciato la teoria degli *standard* positivi, cioè, maggiori a quelli previsti dalla CEDU, per quanto attiene i livelli di tutela dei diritti fondamentali. Riferendosi appunto alla giurisprudenza di Strasburgo, la Corte riconosce che a livello nazionale il legislatore ha previsto che contro la sanzione disciplinare irrogata contro un giudice in carica è previsto il ricorso alla Corte di cassazione, in questi termini la legislazione nazionale prevede una garanzia in più rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Devlin c Regno Unito*».

Nella sent. n. 6/2006, la Corte costituzionale si sofferma sulla posizione della CEDU nell'ordinamento giuridico albanese. Essa si riferisce appunto all'art.116

²⁰³ Corte cost. n. 29/2005.

Cost., il virtù del quale, i trattati internazionali occupano una posizione subcostituzionale ed hanno un valore superiore alle leggi ordinarie.

«In questo contesto si inserisce anche la CEDU, quale atto internazionale di natura pattizia che gerarchicamente viene subito dopo la Costituzione. Di conseguenza essa occupa una posizione importante all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale ed è obbligatoria per tutti i Paesi contraneti, per tutte le autorità pubbliche e per tutti gli organi giurisdizionali. Le garanzie imposte dalla CEDU incidono nell'interpretazione e nella tutela dei diritti e libertà sancite dalla nostra Costituzione»²⁰⁴.

In questa decisione, la Corte costituzionale affronta il problema della collocazione della CEDU intesa come atto giuridico, nel sistema delle fonti. Dall'altro canto la Corte costituzionale non distingue la CEDU dalla categoria del diritto pattizio. È vero che la CEDU come qualsiasi accordo internazionale ratificato, applicando la gerarchia costituzionalizzata nell'art. 116 Cost., ha una posizione subcostituzionale, ma questa affermazione vale per tutto il diritto pattizio, a differenza di altri accordi internazionali la Costituzione secondo l'art. 117, secondo comma, Cost., richiama direttamente la CEDU. La Corte non evidenzia tale peculiarità, e dà alla CEDU un trattamento unitario come se fosse un comune accordo.

Inoltre, la Corte si sofferma sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sottolineando che la Convenzione europea stessa e anche la giurisdizione della Corte EDU, è obbligatoria e automaticamente conseguente alla ratifica della rispettiva Carta. Tale automatismo, costituisce un'assoluta novità nel panorama internazionale, dal momento che le altre carte dei diritti prevedono usualmente la possibilità che gli Stati entrino a far parte della corrispondente organizzazione regionale, ma senza che ciò implichi l'obbligo di aderire automaticamente alle corti in esse operanti né, tantomeno, l'automatica vincolatività per l'ordinamento nazionale delle loro decisioni²⁰⁵.

Le eventuali sentenze di condanna della Corte Edu dirette specificamente ad Albania, sono vincolanti non solo per gli organi giurisdizionali nazionali, ma anche per tutti gli organi pubblici, competenti a dare esecuzione alla decisione e riparare le violazioni della CEDU accertate in sede di giudizio..

²⁰⁴ Corte cost. n. 6/2006.

²⁰⁵ T.GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale, specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., p. 376.

L'art. 17 Cost., anche se la Corte costituzionale non si riferisce esplicitamente in questa decisione, è semplicemente una clausola interpretativa, perciò ha un valore esclusivamente ermeneutico, attraverso la quale, i diritti e le libertà sanciti dalla Costituzione vanno interpretati alla luce della Convenzione europea e della giurisprudenza della Corte EDU; «Oltre a questo, la Corte costituzionale ritiene che il testo della Convenzione europea serve ad effettuare l'interpretazione costituzionale e nel stabilire caso per caso, le restrizioni dei diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione». Il livello minimo di tutela dei diritti fondamentali, deve essere almeno allo stesso livello garantito dalla Convenzione europea. Il grado di limitazione dei diritti fondamentali, va valutato caso per caso dalla Corte costituzionale, nel ripetere lo *standard* minimo costituzionalizzato.

Quanto agli effetti giuridici delle decisioni della Corte Edu; «Un altro aspetto fondamentale riguarda gli obblighi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per gli Stati parte nel giudizio, in quanto secondo l'art. 46 CEDU, le parti contraenti, una volta ratificata la Convenzione, hanno l'obbligo di conformare la propria legislazione nazionale con la Convenzione. Tale giurisprudenza ha un valore orientativo anche per i giudici comuni albanesi».

Proprio in questa decisione, la Corte costituzionale si riferisce agli effetti delle sentenze di Strasburgo. Infatti in virtù dell'art. 46 da essa richiamato «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». Tale sentenze di condanna, secondo la Corte costituzionale hanno un valore vincolante nei confronti dello Stato in cui sono rivolte, mentre per i giudici nazionali albanesi hanno un valore orientativo.

Contrariamente di quanto sostiene la dottrina dominante in Albania, che le decisioni interpretative della Corte di Strasburgo hanno effetti vincolanti, a prescindere dello Stato in cui esse sono rivolte. Essa sostiene l'efficacia vincolante delle decisioni al di fuori del caso concreto²⁰⁶.

Mentre la dottrina internazionale è divisa tra la capacità vincolante e la capacità persuasiva delle sentenze della Corte Edu. Si adersice alla capacità vincolante coloro che mediante una lettura dell'art.46, par.1, con l'art. 32, par.1 CEDU, il quale dispone che «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli, che siano ad

²⁰⁶ S.SADUSHI, *Drejtësia Kushtetuese në zhvillim*, Toena, Tiranë, 2012, p. 451.

essa sottoposte». La proposta lettura in combinato disposto di queste due previsioni ha infatti prodotto un effetto differente e costruito un sistema in cui le decisioni convenzionali hanno, oltre alla espressamente disposta vincolatività *inter partes*, una autorità di “cosa interpretata”, capace di esplicitare i propri effetti anche al di là del caso concreto da cui la pronuncia è scaturita²⁰⁷.

L'altro versante evidenzia elementi di attenuazione di questa forte persuasività degli effetti, che sono costituiti invece dalla circostanza che il risultato ermeneutico di volta in volta raggiunto è dettato dal caso concreto sottoposto all'esame della Corte, è fortemente influenzato dalla questione e riferito al sistema giuridico dal quale la questione perviene. Tuttavia, la Corte costituzionale si esprime appunto di un valore orientativo degli effetti giuridici delle sentenze interpretative.

Sempre al riguardo il procedimento disciplinare dei magistrati, la Costituzione non lascia alcuna discrezione al legislatore nazionale di prevedere il rafforzamento degli *standard* di tutela ai magistrati, nel rivedere la possibilità di ricorso alla Corte suprema del magistrato contro qualsiasi sanzione disciplinare irrogata nei suoi confronti, ma solo in riferimento alla sanzione della rimozione.

Dall'altro lato non ha ritenuto incostituzionale, la possibilità dei magistrati di ricorrere alla giurisdizione ordinaria contro le sanzioni disciplinari irrogate dal Consiglio superiore della magistratura. «La CEDU sancisce alcuni diritti fondamentali dell'uomo, a questo non impedisce le Parti contraenti di sancire altri diritti e libertà fondamentali, mentre la Costituzione albanese, ha accettato il contenuto della CEDU, come lo *standard* minimo costituzionalizzato, senza impedire il legislatore nazionale di prevedere nuovi diritti oltre a quelli sanciti dalla CEDU, e anche di offrire una maggiore tutela di quelli esistenti».²⁰⁸

Soltanto con la sent. n. 9/2010, la Corte esprime chiaramente il suo atteggiamento sullo *status* costituzionale che la CEDU gode nell'ordinamento giuridico; «La Costituzione attraverso l'esplicito richiamo alla CEDU, attribuisce a questa Carta internazionale uno *standard* costituzionale per quanto attiene le limitazioni dei diritti fondamentali. Il legislatore non può porre restrizione dei diritti fondamentali ad un livello superiore da quanto previsto nella CEDU, dall'altro lato il legislatore può ampliare il livello di tutela di tali diritti. In tal senso, la Corte

²⁰⁷T.GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale, specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., p. 384.

²⁰⁸Corte cost. n. 24/2007.

costituzionale tiene presente anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, ha dato vita agli *standard* della CEDU, attraverso l'applicazione delle sue disposizioni al caso concreto»²⁰⁹.

Il giudice delle leggi, ribadisce la posizione della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale compiutamente nella sent. n. 20/2011, in occasione dell'apertura del giudizio penale a seguito di una sentenza di condanna della Corte EDU. In questa celebre sentenza, il Giudice delle leggi dà un quadro generale sull'approccio dell'ordinamento giuridico nazionale con la CEDU, partendo dalla sua posizione al sistema delle fonti del diritto, un atteggiamento costante circa il suo *status* costituzionale, il quale costituisce una giurisprudenza consolidata;

«La Corte costituzionale tiene a sottolineare che, per quanto attiene i diritti fondamentali nel nostro ordinamento costituzionale la CEDU gode una competenza esclusiva, detta competenza è stata accettata dal nostro ordinamento nazionale in virtù dell'art.122 Cost., e dell'art.17, secondo comma, Cost., i quali prevedono l'obbligo per lo Stato di applicare direttamente le decisioni della Corte di Strasburgo. In occasione della ratifica della CEDU, il Parlamento nazionale ha assunto obblighi che devono essere rispettati da tutti gli organi dello Stato, ivi inclusi, i giudici di ogni livello»²¹⁰.

In questa decisione la Corte enfatizza il ruolo della Convenzione europea, attribuendo alla Corte EDU la competenza esclusiva in materia dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione. In altri termini tali diritti devono essere interpretati in maniera conforme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Inoltre, la Corte costituzionale si sofferma su altri aspetti importanti concernenti gli effetti giuridici delle sentenze della Corte europea dirette all'Albania, in materia dei processi penali dove le violazioni sono state accertate, nonchè per la prima volta dà una chiara soluzione nei casi di conflitto normativo tra le leggi nazionali e la Convenzione europea; «Per quanto attiene le decisioni della Corte di Strasburgo concernenti i processi penali, per il legislatore sorge l'obbligo di armonizzare la legislazione interna con le disposizioni della CEDU. Se l'adattamento della legislazione nazionale non si attua e di conseguenza le leggi nazionali sono in contrasto con la CEDU, allora i giudici nazionali, di ogni livello, sono obbligati ad applicare direttamente le decisioni della Corte EDU, in accordo con l'art. 122 Cost., e

²⁰⁹ Corte cost. n. 9/2010.

²¹⁰ Corte cost. n. 20/2011.

gli artt., 19 e 46 CEDU. L'art. 122 Cost., sancisce esplicitamente che le disposizioni degli accordi internazionali ratificati prevalgono sulle leggi non compatibili con essi».

Ne discende dunque, la diretta applicazione delle decisioni di Strasburgo dirette all'Albania, da parte dei giudici nazionali, questo in virtù dell'art. 122, Cost., dove la Convenzione europea è parte integrante dell'ordinamento giuridico e in casi di contrasto prevale sulle leggi nazionali. Per la prima volta, la Corte valorizza il ruolo dei giudici nazionali di conformare la legislazione nazionale con la Convenzione europea, esercitando in questo modo un controllo diffuso; «La Corte costituzionale sottolinea che l'osservanza dei principi sanciti dalla CEDU e dalla Costituzione, è un'obbligo gravante non solo sul giudice delle leggi, ma anche sui giudici ordinari, specialmente nei confronti della Suprema Corte, quale giudice della nomofilachia».

La Corte costituzionale ha dato un nuovo seguito alle sentenze di condanna nei confronti dell'Albania, ordinando la riapertura del processo penale, anche se il processo penale costituiva ormai, una *res judicata*. Questo sulla scia di quanto ha deciso l'omologa Corte costituzionale italiana, sulla stessa questione nella sent. n. 113/2011, decisione richiamata nel dispositivo della sentenza della Corte costituzionale albanese; «La Corte osserva che lo scopo principale del giudizio costituzionale relativo al equo processo, è di evidenziare eventuali violazioni dei diritti dell'individuo. Nello stato quando dalla Corte EDU sono constatati violazioni nell'ambito del giusto processo nei confronti del ricorrente da parte della Corte EDU, la quale ha competenza esclusiva in materia, su questo fatto non si può discutere. La finalità del processo costituzionale in questi casi è di annullare le decisioni dei giudici che hanno violato tali diritti e di dare la possibilità agli organi giurisdizionali di conformarsi alle decisioni della Corte EDU, per raggiungere appunto la tutela effettiva dei diritti del singolo».

5. La giurisprudenza costituzionale in riferimento all'applicazione di altre convenzioni internazionali. Il controllo di “convenzionalità” che si allarga

Come abbiamo avuto modo di evidenziare, in sede di interpretazione del dettato costituzionale in materia del diritto pattizio, occorre sottolineare che la posizione di quest'ultimo nell'ordinamento costituzionale, in virtù degli artt., 116,

122, Cost., è al di sopra le leggi, ma al di sotto alla Costituzione. Ne discende, quindi, qualsiasi convenzione internazionale ratificata dall'Albania, perciò facente parte integrante dell'ordinamento giuridico nazionale, in casi di contrasto, prevale sulle fonti primarie. Nel rispetto del principio costituzionale dello Stato costituzionale, la Corte costituzionale nell'ambito delle sue funzioni esercita il controllo costituzionale delle leggi sotto un duplice profilo, in riferimento alla Costituzione ed agli accordi internazionali.

La posizione privilegiata della CEDU rispetto al diritto convenzionale in generale, sta proprio nell'esplicito richiamo dell'art.17 Cost., che lo distingue dalle altre fonti di origine pattizia. Il meccanismo di apertura dell'Albania al diritto convenzionale disciplinato dagli artt., 116, 122, Cost., trova applicazione anche in riferimento alla CEDU, ma a ciò si aggiunge anche l'art.17 Cost., che lo rende una convenzione speciale rispetto ad altre convenzioni. Infatti, solo essa gode lo *status* costituzionale. In base all'art. 131 Cost., il sindacato della Corte costituzionale si estende non solo in riferimento al rapporto leggi nazionali – convenzione europea, ma anche al rapporto tra leggi nazionali ed altre convenzioni ratificate.

Dunque, il parametro di giudizio, si allarga, e si compone oltre dalla Costituzione e la CEDU, ma può essere integrato da qualsiasi altra convenzione ratificata dall'Albania. Nella sua giurisprudenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi nazionali, in contrasto con altre convenzioni ratificate, in quanto il diritto convenzionale prevale sulle fonti primarie ad esso confliggenti.

Nella sent. n.3/2004, la Sezione Penale della Corte Suprema attraverso il giudizio incidentale richiedeva il controllo di costituzionalità degli artt., 86 e 87 del c.p. concernenti il reato di tortura, in rapporto con l'art. 25 Cost., lamentando le difformità tra il concetto di tortura così come è stato concepito dalla Costituzione e soprattutto dal diritto internazionale rispetto alla disciplina del Codice Penale.

L'art. 25 Cost., stabilisce che «Nessuno può essere sottoposto a tortura, trattamenti disumani o degradanti». La Corte anche in riferimento all'interpretazione dell'art 25 Cost., si riferisce direttamente agli atti internazionali in materia quali l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.7 della Convenzione sui diritti civili e politici, l'art. 3 della CEDU, ma soprattutto per effettuare una interpretazione estensiva del termine “tortura”, la Corte si riferisce all'art.1 della

Convenzione contro la tortura approvata dall'Assemblea Generale ONU, con la risoluzione 39/46 10 dicembre 1984.

La Convenzione in parola, prevede il reato di tortura come un reato proprio, cioè, commesso dai funzionari pubblici dello Stato, prevalentemente contro le persone che si trovano in stato di privazione della libertà personale, mentre, la legislazione penale nazionale, estende la responsabilità penale per il reato di tortura anche a soggetti che non ricoprono cariche pubbliche.

Infatti, secondo l'interpretazione dell'art 86 e 87 i soggetti che commettono tale reato possono essere persone nell'esercizio del dovere oppure persone civili. La Corte interpreta l'art.25 Cost., alla luce degli accordi internazionali ratificati dall'Albania in materia, e in questa occasione, evidenzia un'altra volta che il livello di tutela dei diritti fondamentali sanciti dal diritto internazionale, costituisce una soglia minima, ma l'ordinamento giuridico nazionale può prevedere livelli di tutela maggiore;

«Il diritto internazionale relativo ai diritti umani sancisce di regola soltanto un livello minimo di base dei diritti fondamentali, gli Stati contraenti delle convenzioni internazionali che implementano le leggi nazionali, possano stabilire un livello più alto, che possano contenere disposizioni più ampie in materia dei diritti umani sia per quanto attiene il catalogo di questi diritti sia per quanto attiene il livello di tutela.

Nell'interpretare il divieto di tortura sancito dalla nostra Costituzione, la Corte costituzionale si riferisce anche alla giurisprudenza della Corte EDU, *A c Regno Unito*, «l'obbligo degli Stati contraenti di garantire a qualsiasi persona che si trova sotto la giurisdizione nazionale del proprio paese, i diritti e le libertà sanciti dalla CEDU, in combinato disposto con l'art.3, chiede agli Stati contraenti di intraprendere tutte le misure necessarie previste dalla legge, di evitare i trattamenti inumani e degradanti. La mancata attuazione di dette misure viola l'art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti)»²¹¹.

In un'altra occasione, sent. n. 11/2000, che vedeva coinvolta anche l'Ambasciata d'Italia accreditata in Albania, la quale convenuta in giudizio civile presso il Tribunale di primo grado di Tirana, da parte dei proprietari del terreno dove è situata la sede centrale dell'Ambasciata italiana, i quali richiedevano il canone di

²¹¹ Corte cost. n. 3/2004.

locazione sul terreno. Il Tribunale di primo grado decise a favore dei ricorrenti con la sent. n. 1808/1997.

L'Ambasciata doveva pagare il canone mensile di 3424 USD. La decisione è passata in giudicato, pertanto l'ufficiale giudiziario chiese al Ministro della giustizia l'autorizzazione per procedere all'ordine di esecuzione. Il ministro di Giustizia non rilasciò l'autorizzazione ed i ricorrenti si rivolsero alla Corte costituzionale, lamentando che la mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato è contro la Costituzione (art. 142 Cost).

Per la soluzione corretta della questione, la Corte costituzionale si riferisce alla convenzione di Vienna 18 aprile 1961 "sulle relazioni diplomatiche". Secondo tale convenzione, l'art. 31 primo comma; «L'agente diplomatico gode dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato accreditario. Esso gode del pari dell'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa dello stesso, salvo si tratti di: a. azione reale circa un immobile privato situato sul territorio dello Stato accreditario, purché l'agente diplomatico non lo possieda per conto dello Stato accreditante ai fini della missione; b. azione circa una successione cui l'agente diplomatico partecipi privatamente, e non in nome dello Stato accreditante, come esecutore testamentario, amministratore, erede o legatario; c. azione circa un'attività professionale o commerciale qualsiasi, esercitata dall'agente diplomatico fuori delle sue funzioni».

In questa occasione, la Corte costituzionale applica direttamente le disposizioni della Convenzione di Vienna, disapplicando la normativa interna, in specie, le disposizioni del codice di procedura civile. Il Tribunale di primo grado aveva applicato le disposizioni del c.p.c, in base alle quali ha condannato l'Ambasciata d'Italia al pagamento del canone di locazione.

La Corte costituzionale ritiene incompatibile la normativa nazionale rispetto alla Convenzione, in questo caso applica direttamente le disposizioni della convenzione; «In queste circostanze, vista la gerarchia degli atti normativi di cui artt. 116 e 122 Cost., la Convenzione in parola prevale sulle leggi nazionali ad essa confliggenti. Pertanto, trovano applicazione le disposizioni della Convenzione di Vienna»²¹².

Ancora, in materia di estradizione sent. n. 13/2004, la vicenda riguardava il cittadino albanese condannato dalla Corte d'Appello di Milano, in cui si richiedeva la

²¹² Corte cost. n. 11/2000.

sua estradizione verso l'Italia. La difesa dell'estraddando riteneva che l'estraddizione era impossibile per due ragioni principali; in primo luogo, entrambi gli Stati non avevano stipulato alcun accordo in materia di estradizione, nonché, la Convenzione "sul riconoscimento internazionale delle sentenze penali straniere", la Convenzione "sul trasferimento delle persone condannate" non erano ancora ratificate dagli Stati.

La Corte di cassazione, ha consentito l'estraddizione basandosi, appunto sulle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto, ma anche sulle succitate convenzioni, anche se non ancora ratificate. La Corte costituzionale, ha ritenuto corretto l'interpretazione degli artt. 512 e 514 c.p.p. in conformità con le convenzioni internazionali rilevanti, ma soprattutto con il principio di reciprocità, quale principio cardine nelle relazioni internazionali.

6. La diretta invocazione della CEDU davanti alla Corte costituzionale, l'art. 17 secondo comma, Cost., e la sua applicazione

La CEDU come altri trattati internazionali entra in maniera immediata e diretta in vigore dopo la sua ratifica e la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Da quel momento come fonte del diritto interno, può essere invocato dinanzi ai giudici comuni e ciascuno di essi può applicare le disposizioni del trattato direttamente, qualora una legge nazionale da applicare al caso concreto sia in contrasto con esso.

Nonostante questa possibilità esista, essa viene sfumata dalla confluenza dei precetti costituzionali e di quelli della CEDU sullo stesso ambito materiale, cioè, dell'ampia coincidenza di contenuto tra questo trattato internazionale e quella in Costituzione, specialmente tra l'elenco dei Titoli I della CEDU, e quelli sanciti nella II parte della Costituzione albanese.

La Corte costituzionale in virtù dell'art. 17 Cost. secondo comma, Cost., esercita il controllo costituzionale della legislazione interna nel rispetto dei diritti fondamentali almeno nella misura come sono stati interpretati e applicati nella

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà personali. Attraverso la suddetta disposizione costituzionale il Giudice delle leggi deve effettuare il controllo del rispetto dei diritti fondamentali così come sono stati interpretati dalla Corte EDU.

Le somiglianze delle disposizioni costituzionali con le disposizioni CEDU, hanno influenzato la Corte costituzionale ad interpretare talune disposizioni costituzionali secondo l'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha dato alle disposizioni convenzionali con il medesimo contenuto²¹³.

È evidente che la Costituzione albanese, per quanto attiene i diritti fondamentali, ha un contenuto simmetrico con le disposizioni della CEDU. Il rispetto delle disposizioni convenzionali è un obbligo non solo per la Corte costituzionale, ma anche per i giudici comuni. In numerosi casi, la Corte costituzionale quando è stata chiamata di pronunciarsi circa la violazione dei diritti fondamentali e la loro limitazione, ha sempre fatto un bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo conto anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (*case law*) per casi simili. Dunque, solo le limitazioni disposte dalle norme della CEDU, hanno un rango costituzionale.

Nella prassi le disposizioni CEDU, sono state invocate direttamente nel giudizio costituzionale e non dinanzi al giudice comune. Questo, in quanto le disposizioni costituzionali concernenti i diritti fondamentali in larga misura coincidono o hanno il medesimo contenuto delle norme CEDU. Pare impossibile che una legge nazionale sia in contrasto con la CEDU e non può essere in contrasto con le disposizioni della Costituzione. L'art. 17 Cost., altro non è che una clausola specifica la quale permette di interpretare i diritti e le libertà sanciti dalla Costituzione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il livello di tutela dei diritti fondamentali offerto dalla Corte EDU, costituisce uno *standard* minimo costituzionalizzato. Per questi motivi La Corte costituzionale deve interpretare, la legislazione interna in conformità con la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

²¹³ S.SADUSHI, *Jurisprudenca e Gjykatës Kushtetuese në frymën e Konventës Europiane për të Drejtat e Njeriut*, botuar në, E drejta parlamentare dhe politikat ligjore, n. 11/2003, p. 28.

CAPITOLO VI

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALBANESE RIGUARDO LA CEDU

SOMMARIO:1. L'interpretazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Costituzione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.-2. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione in relazione all'applicazione della giurisprudenza di Strasburgo.-3. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo in relazione all'applicazione della CEDU, con riferimento al diritto ad un ricorso effettivo.-3.1 Con riferimento alla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato.-3.2 Con riferimento al principio della sicurezza giuridica.-4. Il giudicato penale e la riapertura del giudizio penale a seguito della sentenza di condanna della Corte di Strasburgo nell'esperienza albanese.-5. L'uso della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte Suprema, l'orientamento della Corte suprema.-6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Albania. Le violazioni relative al diritto di proprietà, art.1, Prot.n. 1 CEDU.-6.1 La violazione dell'art.6 CEDU, art. 42 Cost., concernente le regole del giusto processo. La nozione del giusto processo secondo la Costituzione albanese.-6.2 La Violazione dell'art. 2, 3 diritto alla vita, art.1.Prot.n.13 CEDU.-6.3 La Violazione dell'art. 3, 5 CEDU, proibizione della tortura.-7. Spunti comparatistici, Est europeo, Spagna, Francia, Germania.

1. L'interpretazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Costituzione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo

In numerosi casi, attraverso la clausola dell'art. 17 Cost., la Corte costituzionale ha riempito di contenuto tanti dei diritti e delle libertà sanciti dalla costituzione, ma interpretandoli secondo la giurisprudenza di Strasburgo. Questo dimostra, appunto, come la Corte costituzionale ha applicato la clausola di interpretazione conforme alla Convenzione europea contenuta nell'art.17, secondo comma, Cost.

Il diritto alla vita ed il rispetto della dignità umana. In riferimento a tale questione ci siamo largamente soffermati *supra* dove la Corte costituzionale per la prima volta interpreta una disposizione costituzionale in conformità con le disposizioni CEDU, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del Codice Penale che prevedevano la pena di morte.

Il diritto a un ricorso effettivo (artt. 6, 13 CEDU, art.42 Cost.), La Corte costituzionale (sent. n. 25/2002), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del paragrafo secondo dell'art. 34 della legge organica sulla Procura della Repubblica secondo il quale, «il decreto del Presidente della Repubblica che ha rimosso dalla carica il Procuratore è inoppugnabile». La Corte costituzionale sostenne che il diritto a un ricorso effettivo è un diritto fondamentale sancito dalla Convenzione EDU, e non può essere limitato²¹⁴. L'art. 34 preclude la possibilità del Procuratore rimosso a impugnare l'atto, tale previsione della legge, supera i limiti imposti *ex art.* 17 Cost., di conseguenza anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della sua giurisprudenza.

Il diritto di difesa, la Corte costituzionale ha dichiarato che le modifiche avvenute sul c.p.p. violano l'art. 17 Cost. All'imputato il quale viene leso il diritto a un ricorso effettivo, nel caso in cui per la difesa il codice penale richiede un atto di rappresentanza rilasciato esclusivamente dall'imputato e non da altri familiari. Tale disposizione del codice di procedura penale viola l'art.17 Cost., e le disposizioni della CEDU in materia di diritto di difesa²¹⁵.

Sempre sul diritto di difesa, la Corte costituzionale ha rigettato il ricorso sull'illegittimità costituzionale delle disposizioni del c.p.p. che avevano aggiunto un paragrafo che impostava il diritto di difesa tecnica dinanzi ai giudizi svolti presso la Corte di cassazione. La Corte costituzionale si è riferita alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo caso *Airey c Irlanda*, la quale ritenne che tale previsione rende più efficace e qualitativo il diritto di difesa dell'imputato.

La libertà di iniziativa economica, e il diritto al lavoro, (art. 49 Cost.) La Corte costituzionale interpreta l'art. 49 Cost., in conformità con la Convenzione EDU e la giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale il diritto al lavoro discende un obbligo positivo il quale richiede l'impegno dello Stato per creare le condizioni

²¹⁴ V.KRISTO, *Kontrolli kushtetues i pajtueshmërisë së legjislacionit shqiptar me standardet e KEDNJ*, in *Përmirësimi i cilësisë së zbatimit të KEDNJ nëpërmjet zgjerimit të bashkëpunimit ndërmjet institucioneve vendase*, 26-27 shtator, Tiranë, in www.gjk.gov.al.

²¹⁵ Corte cost. n. 15/2003

dovute per il pieno esercizio di tale diritto, nello stesso tempo un obbligo negativo che richiede la non ingerenza dello Stato a ledere tale diritto. La Corte costituzionale basandosi sul principio di proporzionalità applicato dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha dichiarato incostituzionale il DPCM, in quanto produceva effetti giuridici anche nei confronti dei rapporti di lavoro sorti prima dell'entrata in vigore della suddetta normativa, ritenendo così la normativa irragionevole.

La presunzione d'innocenza (art. 30 Cost.), Con riguardo l'interpretazione del principio costituzionale della presunzione d'innocenza, la Corte costituzionale si riferisce alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha fatto una interpretazione estensiva del detto principio operante non soltanto nell'ambito del processo penale, il quale può essere violato non solo dal giudice e nell'ambito di un giudizio, ma anche dalle autorità pubbliche. La presunzione d'innocenza è uno dei principi cardine nell'ambito dell'art. 6 CEDU²¹⁶.

L'indipendenza degli organi giurisdizionali, per quanto riguarda la legislazione nazionale concernente lo *status* dei magistrati, la Corte costituzionale nella sentenza n. 11/2004 ha rigettato il ricorso per l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni della legge organica l. n. 8687 del 14 maggio 2001, sul Ministero della giustizia e della legge organica sul Consiglio superiore della magistratura l. n. 8811 del 17 maggio 2001. La legislazione in esame rispetto alla Convenzione e alla giurisprudenza CEDU (caso *Devlin c Regno Unito* 2001), offre livelli di tutela più alti contro la sanzione disciplinare di rimozione, attraverso l'impugnazione di essa alla Corte di cassazione. In questa ipotesi, trova applicazione la normativa nazionale, in quanto offre livelli di tutela maggiore rispetto a quello offerto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare, diritto all'informazione,(art. 35 Cost., art. 8 CEDU) in questa occasione la Corte costituzionale ha effettuato un bilanciamento tra i diritti sanciti sia dalla Costituzione che della Convenzione europea, nella sentenza n. 16/2004, bilanciamento tra il diritto all'informazione e il diritto al rispetto della vita privata. La restrizione del diritto alla *privacy* nel quadro dell'obbligo giuridico della dichiarazione dei redditi, in maniera pubblica e trasparente senza il consenso del soggetto titolare dei redditi, è prevista con legge, il legislatore nell'ambito della propria discrezione ha previsto tale misura come uno

²¹⁶ Corte cost. n. 18/2003

strumento adeguato e indispensabile per la tutela degli interessi pubblici come, la sicurezza nazionale, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine costituzionale, la prevenzione dei reati, la tutela delle libertà altrui ecc.

Dopo aver ammesso che i dati personali di natura patrimoniale, rientrano nella sfera della riservatezza della persona, tutelati *ex art. 35 Cost.*, e l'art 8 CEDU, la Corte ha effettuato l'interpretazione della disposizione costituzionale in conformità con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ritenendo che i dati personali di natura patrimoniale non sono di natura strettamente personale c.d dati personali sensitivi, perciò non rientrano tra gli elementi essenziali della vita privata e familiare. «Il margine di apprezzamento in questa ipotesi deve essere molto più ampio, in quanto si tratta di persone che ricoprono cariche pubbliche»²¹⁷.

In questa occasione la Corte cita proprio una sentenza della Corte di Strasburgo (caso *Frezzes & Roire c. Francia*), la pubblicazione dei dettagli concernenti il patrimonio personale delle persone che ricoprono alte cariche pubbliche, non costituisce violazione del diritto alla riservatezza, specialmente se la persona esercita funzioni pubbliche o quasi pubbliche, i mezzi scelti dal legislatore per attuare la *ratio* di tale legge sono ritenuti, perciò ragionevoli dalla Corte costituzionale, dando precedenza al diritto dell'informazione rispetto al diritto alla riservatezza delle persone che esercitano funzioni pubbliche.

Il diritto alla proprietà privata, (art. 41, 1° comma Cost., Protocollo n. 1 CEDU), recentemente si evidenzia un incremento delle sentenze di condanna nei confronti dell'Albania per quanto attiene il diritto di proprietà. Questo per via del quadro legislativo continua ad essere un terreno incerto e fragile, che durante il periodo di transizione ha conosciuto delle radicali trasformazioni, passando da una proprietà collettiva statalizzata, al lungo e complesso processo della privatizzazione.

Numerosi sono stati gli interventi normativi a regolare il processo di privatizzazione della proprietà statale di vario tipo, includendo sia i terreni agricoli, immobili di proprietà statale e così via dicendo. Il quadro legislativo spesso è stato accompagnato da interventi legislativi frammentari e contraddicenti, che creano un clima instabile per quanto attiene il diritto di proprietà, in violazione con il principio della sicurezza giuridica.

²¹⁷ Corte cost. n. 11/2004.

In questo contesto si inseriscono i ricorsi individuali avanzati da cittadini albanesi contro il Governo albanese per la violazione del Protocollo n. 1 CEDU. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha servito come parametro di interpretazione anche dell'art. 41 Cost., in quanto il diritto di proprietà non equivale al diritto di restituzione dei beni confiscati dal regime socialista.

Secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo il Protocollo n. 1 CEDU, garantisce e tutela solo il diritto di proprietà esistente e non il diritto di proprietà potenziale, cioè che dovrebbe essere restituito al proprietario, la cui proprietà, è stata confiscata dallo Stato e poi statalizzato. Non fa parte del diritto di proprietà la convinzione dell'esistenza di tale diritto, il quale non è stato sfruttato in modo effettivo. Il Protocollo n. 1 garantisce il diritto di proprietà esistente e attuale delle persone. In questo senso vanno tutelati solo le proprietà che sono state restituite definitivamente dallo Stato agli individui, attraverso un procedimento amministrativo o giurisdizionale. Ogni intervento da parte dello Stato che incide ingiustamente su tali diritti viola il Protocollo n. 1. CEDU.

Al caso *Vrioni c. Albania*, la Corte EDU ha constatato violazioni del diritto di proprietà, riconoscendo al ricorrente nel 1998 come proprietario legale, con una decisione passata in giudicato. I beni di sua proprietà non vennero restituiti in quanto, il terreno era stato occupato da persone terze. Nel 2000, la Corte di cassazione emette un'altra sentenza a seguito di un giudizio di revisione del medesimo processo civile.

Nel frattempo, il bene è stato già trascritto nel registro immobiliare a nome del ricorrente e a seguito della prima sentenza della Cassazione 1998. La Corte di Strasburgo, ritiene violato il principio della sicurezza giuridica, in quanto la decisione della Corte Suprema in base alla quale è stato trascritto l'immobile costituiva *res judicata*. Un giudizio di revisione verte ad accertare le irregolarità o valutazione di fatti nuovi non conosciuti dalle parti nel giudizio, ma non può essere un nuovo giudizio dando la possibilità di un nuovo contraddittorio tra le parti avente ad oggetto gli stessi fatti e prove prodotti nel giudizio d'appello²¹⁸.

²¹⁸ A.DACI, *Të drejtat e Njeriut*, Julvin 2, Tiranë, 2011, p. 319.

2. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione in relazione all'applicazione della giurisprudenza di Strasburgo

La questione del rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, (quest'ultima con la legge sulle "principali disposizioni costituzionali" portava appunto la denominazione "Corte di cassazione" che, successivamente con la Costituzione del 1998 venne cambiata in "Corte suprema" o "Alta Corte".), negli ultimi anni ha conosciuto una crescita progressiva.

Più di un rapporto che si svolge verso un dialogo, si è accentrato su "conflitto tra le corti" molto simile di quanto e accaduto nell'ultimo decennio in Italia, quello che in dottrina è stato chiamato come "la guerra tra le Corti". Tale conflitto sfociò in riferimento non soltanto all'applicazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Albania, ma soprattutto anche in presenza dell'istituto del ricorso diretto del singolo che nella maggioranza dei casi ha visto invalidare una varietà di sentenze della Corte di cassazione, emesse appunto in violazione delle regole del giusto processo.

Dal 1998 fino al 2010 dal numero totale dei ricorsi individuali per la violazione delle regole del giusto processo, circa 90 ricorsi riguardavano le violazioni constatate nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, 60 ricorsi riguardavano le violazioni nei giudizi svolti presso le Corti d'Appello e tribunali di primo grado.

Questi dati statistici, fanno pensare come la Corte costituzionale si è trasformata in un giudice del quarto grado, come hanno giustamente evidenziato in dottrina i disavvantaggi che l'introduzione del ricorso diretto del singolo può produrre nell'ordinamento giuridico di un paese²¹⁹. Nel caso di specie, sembra che le più gravi violazioni delle regole del giusto processo li ha fatto la Corte di cassazione, sminuendo l'autorità ed il ruolo che essa assume nell'ordinamento giuridico, ma soprattutto come hanno sottolineato in dottrina, c'è il rischio della trasformazione della Corte costituzionale in un ulteriore istanza di giudizio, che allo stato degli atti, ciò è avvenuto.

Spesso tale rapporto è stato caratterizzato da atteggiamenti contrapposti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, ove ambedue le istituzioni rivendicavano la propria competenza a decidere e dire "l'ultima parola". Questo

²¹⁹ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R.ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p.19.

conflitto assurge i lineamenti di un conflitto di attribuzione fra le Corti, visti i punti di intersezione dell'ambito di competenze tra essi. In questa sede, merita sottolineare alcuni casi che hanno segnato il maggior impatto per gli studiosi del diritto, e proprio in riferimento con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il primo conflitto è sorto in riferimento all'istituto della rappresentanza in giudizio dell'imputato nel processo penale svolto in contumacia e in riferimento al diritto dell'avvocato nominato d'ufficio dall'organo procedente oppure dai suoi familiari ad impugnare la sentenza che ha definito il giudizio. Secondo l'interpretazione data all'art. 410 c.p.p. dalla Corte di cassazione S.U n. 386/1999, nel giudizio penale contumaciale, quando l'imputato non esercita egli stesso il diritto di impugnazione, l'impugnazione spetta esclusivamente al difensore tecnico munito di procura speciale²²⁰.

Questo è l'atteggiamento originario della Corte di cassazione, la quale non riconosce la possibilità del difensore nominato d'ufficio a impugnare la sentenza di primo grado, in quanto tale possibilità gli viene riconosciuta esclusivamente all'imputato e deve essere soltanto quest'ultimo di autorizzare esplicitamente il difensore con un apposito atto di rappresentanza ad impugnare la sentenza del primo grado. Successivamente la Corte costituzionale adita da parte del difensore di questa lite, con la sent. n. 17/2000 ha dichiarato incostituzionale la sentenza della Corte di cassazione suindicata, in quanto, in tale giudizio, è stato violato il diritto di difesa. Il difensore ha il diritto ad impugnare la sentenza di primo grado senza essere autorizzato appositamente. La Corte costituzionale considera errata l'interpretazione che la Corte di cassazione dava all'art. 410 c.p.p.

Le Sezioni Unite, torneranno ad occuparsi di nuovo nell'esame della stessa *questio* ovvero della possibilità o meno riconosciuta al difensore nominato da parte dei familiari ad impugnare la sentenza del giudizio svolto *in absentia*, anche dopo la pronuncia della Corte costituzionale. Il giudice di legittimità non esegue e non rispetta la decisione della Corte costituzionale, anzi decide di nuovo (sent. n. 371/2000 S.U) dando una soluzione contraria a quella del giudice delle leggi, ma in conformità con il suo originario atteggiamento non riconoscendo appunto in capo al difensore nel

²²⁰XH.ZAGANJORI, A.ANASTASI, A. METHASANI (ÇANI), *Shteti i së drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë*, Adelprint, Tiranë, 2011, pp. 200 ss.

giudizio contumaciaie nominato dai familiari, la possibiità di impugnare la sentenza che ha definito il giudizio di primo grado.

Nella parte motiva, la Corte di cassazioe sostiene che «l'interpretazione della legge è una funzione che il legislatore attribuisce ai giudici comuni, mentre l'interpretazione a carattere unificante, che costituisce nello stesso tempo una giurisprudenza obbligatoria per i giudici di ogni altro grado, spetta in modo esclusivo alle S.U. della Corte di cassazione. Questa Corte, attraverso l'interpretazione delle disposizioni di legge materiale e procedurale rilevanti al giudizio concreto, spetta "l'ultima parola" ad interpretare il significato ed il contenuto delle disposizioni di legge, secondo la volontà del legislatore o secondo il contesto sociale, economico, e storico, conformandosi così ai principi costituzionali e ai principi fondamentali del diritto»²²¹.

Dopo questa decisione la Corte costituzionale è stata investita di nuovo dietro il ricorso diretto da parte dei difensori nominati dai familiari dell'imputato condannato in contumacia. Con la sent. n. 5/2001 la Corte costituzionale conferma il suo precedente atteggiamento in riferimento a questa problematica che è diametralmente opposto con quello della Corte di cassazione. Essa dà una interpretazione alla disposizione processuale penale in conformità con gli atti internazionali del diritto pattizio, quali l'art.2 del Protocollo addizionale n. 7 CEDU, l'art. 14, 5° comma, del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici.

Sembra quasi una situazione anomala quella della Corte di cassazione che non rispetta le decisioni della Corte costituzionale. Infatti, in questa decisione essa richiama gli effetti delle sentenze del giudice delle leggi «le sentenze della Corte costituzionale hanno un effetto di vincolo indiscutibile tale da imporre a tutti gli organi statali, ivi inclusi, i giudici ordinari, l'effetto di vincolo. L'esclusività dell'interpretazione delle leggi non spetta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Questa è una errata interpretazione che le S.U. hanno dato all'art. 141 secondo comma, Cost. L'interpretazione della legge è un compito di tutti gli organi che applicano la legge nell'esercizio delle proprie funzioni attribuite dalla legge. L'interpretazione fatta dalla Corte di cassazione non è e non può essere definitiva e secondo la Costituzione non ha effetti *erga omnes*»²²².

²²¹ Cass. civ. S.U., sent. n. 371/2000.

²²² Corte cost. n. 5/2000.

In questa particolare situazione di conflitto tra i due organi giurisdizionali, il legislatore interviene ed ha emendato la portata dell'art. 410 c.p.p. sulla scia di quanto la Corte di cassazione aveva statuito, con l'intento di chiarificare il significato della norma processuale rafforzando appunto la natura personale del diritto di ricorso del difensore. Subito le modifiche apportate al Codice di Procedura Penale, sono state impugnate dinanzi alla Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale, nella parte in cui prevedeva. Sostanzialmente la Corte costituzionale toglie proprio la parte che il legislatore aveva aggiunto.

In pratica, si sono verificati dei problemi in relazione della duplice possibilità del riesame del giudizio del condannato in contumacia dopo la sentenza di condanna. La prima ipotesi, quando i suoi familiari avevano scelto un difensore del giudizio svolto in contumacia, l'imputato non era a conoscenza di questo fatto e il difensore poteva impugnare la sentenza del primo grado seguendo l'atteggiamento della Corte costituzionale. Nella seconda ipotesi, poteva appunto richiedere la remissione in termini quando provava che non ha avuto notifica del processo penale al suo carico svolto in contumacia, in quanto il difensore del giudizio contumaciale era nominato da parte dei familiari.

Di fronte a questa situazione anomala, la stessa Corte costituzionale cambiò indirizzo conformandosi su questo aspetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che a sua volta coincide con l'atteggiamento della Corte di cassazione su questa problematica. Così, nella sent. n. 30/2010 «è consentita la scelta del difensore da parte dei familiari qualora quest'ultimi esprimono la volontà di scelta dell'imputato e soltanto nei casi quando l'imputato ha conoscenza del processo penale svolto a suo carico, è l'obbligo degli organi giudiziari a provare la conoscenza dell'imputato». Con questa decisione si è posto fine a questo conflitto generato tra le alte Corti.

Di recente, la Corte Suprema a Sezioni Unite, sembra consolidare tale atteggiamento sent. n. 1/2014, nel quale ribadisce che l'avvocato del giudizio svolto in contumacia, può impugnare la sentenza del giudizio di primo grado esclusivamente se è munito con specifica delega rilasciata personalmente dall'imputato, ovvero un atto di delega rilasciato dall'imputato ai familiari, altrimenti il difensore non è legittimato ad impugnare la sentenza di primo grado.

In riferimento al diritto di difesa, la Corte costituzionale ha deciso al riguardo su altri diritti correlati, come ad esempio la difesa tecnica obbligatoria nel giudizio svolto presso la Corte di cassazione, (sent. n. 217/2005, 237/2005, 247/2005) ecc., in

funzione di un diritto di difesa effettivo e professionale. In generale, nell'ordinamento giuridico albanese non vige la regola della difesa tecnica obbligatoria, qualsiasi persona può difendersi nel giudizio personalmente, oppure scegliere un difensore di fiducia o d'ufficio a seconda dei casi art. 31 Cost., in armonia di quanto prevede la CEDU. Tuttavia, la difesa tecnica obbligatoria nel giudizio svolto alla Corte Suprema, sicuramente rappresenta una deroga a tale principio, che tende a migliorare gli *strandard* del giudizio, permettendo lo svolgimento del processo in modo celere, offrendo più garanzie nei confronti del ricorrente, circa le regole dello svolgimento del giudizio, tenendo conto del giudizio complesso svolto dinanzi alla Corte Suprema.

In riferimento al giudizio di revisione, la Corte costituzionale ha constatato le violazioni del principio del giusto processo alla pratica ingiusta della Corte di cassazione che esaminava i ricorsi di revisione del processo penale e civile in camera di consiglio, *inaudita altera parte*, senza quindi un contraddittorio tra le parti. «L'esame delle cause aventi ad oggetto la revisione di una sentenza passata in giudicato, deve avvenire attraverso il contraddittorio tra le parti, e in udienza pubblica secondo il principio della parità delle armi»²²³.

Il secondo conflitto che segna in particolar modo il rapporto tra le due Corti, riguarda le violazioni del principio del *giudice terzo ed imparziale*. La Corte costituzionale ha sempre posto l'accento sull'importanza particolare che in una società democratica assume l'applicazione del principio del giudice terzo ed imparziale. Il controllo del rispetto di tale principio l'ha fatto sempre utilizzando come parametro di giudizio l'art. 42 Cost., e art. 6 CEDU.

Le violazioni riguardavano tale principio sotto due diverse angolature. La prima, violazione del principio del giudice terzo ed imparziale in senso "verticale", ovvero, quando uno dei membri del collegio è stato giudice presso le giurisdizioni inferiori ed è stato pronunciato una volta sulla questione, dopodiché, nominato giudice della Corte di cassazione potrebbe pronunciarsi per la medesima causa in veste del giudice di cassazione.

La seconda ipotesi riguardava le violazioni dell'imparzialità del giudice in senso "orizzontale", ovvero quando per una questione è stata esaminata dalla Corte di cassazione, successivamente rinviata alle giurisdizioni inferiori e poi di nuovo giunta all'esame della Corte di cassazione.

²²³ Corte cost. sent. n. 17/2005, n.4/2009.

I membri del collegio giudicante che hanno esaminato una volta la *questio*, non possono esaminare di nuovo. Tuttavia, la Corte costituzionale originariamente ha tollerato tali violazioni, e solo l'intervento della Corte di Strasburgo *Driza c. Albania*, ha determinato una modifica della giurisprudenza costituzionale concernente le violazioni di tale principio. Infatti, successivamente la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali numerosi decisioni della Corte di cassazione in riferimento della violazione del principio del giudice imparziale sul piano "orizzontale", nonostante le difficoltà del rispetto di tale principio, in quanto deve essere bilanciato, caso per caso, con il principio della funzionalità della Corte di cassazione.

3. Il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo in relazione all'applicazione della CEDU. Con riferimento al diritto ad un ricorso effettivo

Il ricorso alla Corte di Strasburgo, è subordinato al previo esaurimento dei rimedi interni, (c.d. il principio di sussidiarietà). Si considerano esauriti le vie interne quando l'individuo ha esperito il ricorso diretto individuale nei Paesi che hanno riconosciuto il ricorso diretto del singolo alla Corte costituzionale, come l'Albania, oppure, dopo aver esperito il ricorso alla Corte di Cassazione nei Paesi dove il ricorso diretto non è previsto (Italia). Il ricorso alla Corte di Strasburgo è solamente sussidiario, qualora l'individuo non ha ottenuto la tutela dei propri diritti fondamentali attraverso i rimedi giudiziari nazionali. Infatti l'art. 13 intitolato "diritto ad un ricorso effettivo" sancisce; «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».

Il ricorso è da ritenere effettivo solo se soddisfi alcune caratteristiche come la giurisprudenza ha chiarito, inoltre, non basta che sia previsto un qualsiasi rimedio, è necessario che esso sia accessibile, efficace e sufficiente: non devono cioè sussistere impedimenti di qualsiasi natura al suo esperimento, e l'autorità adita deve essere in

grado di riparare la doglianza lamentata dal ricorrente per evitare che il diritto riconosciuto non si riduca ad un mero *flatus vocis*²²⁴.

Poichè, il ricorso effettivo nazionale deve essere sempre valutato dalla Corte sotto i profili dei requisiti dell'istanza nazionale elaborati dalla sua giurisprudenza.

«“L'istanza nazionale” non implica necessariamente che si tratti di un giudice; tuttavia, oltre ad essere tenuta al rispetto di regole procedurali, l'autorità competente deve godere di un certo grado di imparzialità ed indipendenza, e soprattutto deve poter disporre la cessazione del comportamento lesivo, l'annullamento dell'atto, il risarcimento del danno etc.: in altre parole deve essere astrattamente idonea al raggiungimento dello scopo per cui è adita (senza con ciò dover assicurare un esito favorevole)»²²⁵.

In sostanza, il cittadino albanese è legittimato ad adire la Corte di Strasburgo dopo aver esperito il ricorso diretto dinanzi alla Corte costituzionale come giudizio di ultima istanza. Proprio in riferimento a tale istanza nazionale, la Corte di Strasburgo prevalentemente nella sua giurisprudenza l'ha ritenuto come un ricorso effettivo, in grado di tutelare i diritti lamentati del singolo. Dall'altro lato, però, per taluni aspetti tale rimedio interno non è considerato tale, in quanto non idoneo a tutelare i diritti azionati in quella sede.

Si fa riferimento alla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo, oppure in riferimento alla mancanza degli strumenti processuali interni idonei ad eseguire le sentenze passate in giudicato. Sotto l'ultimo aspetto, la Corte EDU, ha più volte considerato l'assenza dei mezzi processuali adeguati a dare esecuzione alle decisioni *res judicata*, come violazione dell'art. 13 CEDU, e violazioni del diritto fondamentale del ricorrente a tutelare i propri diritti attraverso il ricorso effettivo.

Nel caso *Driza c. Albania, Beshiri c. Albania, Gjyli c. Albania* la Corte ritiene negato il diritto del ricorrente ad un ricorso effettivo, in violazione dell'art.1 Protocollo n. 1. La pratica della Corte costituzionale ha dimostrato come una decisione definitiva non ha sempre determinato la riparazione del diritto lamentato. Sembra quasi inconcepibile seguendo i canoni in base alle quali funziona un organo giurisdizionale, il quale emette una sentenza, poi, passata in giudicato, che non possa dare esecuzione, specie, in riferimento ai licenziamenti individuali illegittimi

²²⁴ B.RANDAZZO, *Giudici comuni e corte europea dei diritti*, in www.rivistaaic.it p. 4.

²²⁵ *Ibidem* p. 5.

nell'ambito del pubblico impiego, malgrado la Corte ha deciso l'obbligo di riassunzione, la Pubblica Amministrazione non esegue la sentenza passata in giudicato. In questi casi il ricorso individuale non può essere considerato un ricorso effettivo *ex art. 13 CEDU*²²⁶.

In riferimento al diritto alla durata ragionevole del processo, la Corte di Strasburgo con la sua giurisprudenza inaugurata con il caso *Kudla c. Polonia*, in cui la Corte precisava che il diritto di ciascuno a vedere la propria causa giudicata entro un termine ragionevole è meno effettivo se non esiste alcuna possibilità di adire preliminarmente un'autorità nazionale, e nel caso di specie dichiarava pure l'avvenuta violazione dell'art. 13 a causa dell'assenza, nel diritto polacco, di un rimedio che permettesse al ricorrente di ottenere il riconoscimento del suo diritto a vedere la propria causa decisa entro un termine ragionevole²²⁷.

Per la tutela di tale diritto la Corte attribuisce alle autorità nazionali un ruolo cruciale nel rimediare la giustizia lenta. La Corte di Strasburgo ha più volte constatato che, sebbene sul piano teorico la Corte costituzionale può essere adita con ricorsi individuali aventi ad oggetto la durata irragionevole del processo, in nessun caso essa ha deciso su tale *petitum*.

In base a questo ragionamento la Corte di Strasburgo caso *Gjonboçari c. Albania*, afferma che non viene provato che il ricorso diretto dell'individuo proposto *ex art. 131, lett. f) Cost.*, dinanzi alla Corte costituzionale, può essere considerato con certezza come un rimedio effettivo, per quanto attiene le pretese del ricorrente. L'argomento usato dalla Corte costituzionale sul punto, si ricollegava con l'ipotesi che anche se la Corte costituzionale intervenisse, non esiste nel diritto albanese un rimedio che permetterebbe il ricorrente di ottenere il riconoscimento del suo diritto a vedere la propria causa decisa entro un termine ragionevole. Tuttavia, la Corte di Strasburgo vista l'assenza di un rimedio effettivo, in altre occasioni caso *Marini c. Albania* suggeriva alla Corte costituzionale altri mezzi soddisfattori, quali la compensazione, ma anche questo mezzo non è stato mai messo in atto dalla Corte costituzionale, perciò si considerava non effettivo.

²²⁶ A.VORPSI, *Procesi i rregullt ligjor në praktikën e Gjykatës Kushtetuese të Shqipërisë*, Maluka, Tiranë, 2011, pp. 253 ss.

²²⁷ B.RANDAZZO, *Giudici comuni e corte europea dei diritti* cit., p. 8.

3.1 Con riferimento alla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato

La Corte costituzionale ha iniziato ad occuparsi soltanto recentemente (sent. n. 6/2006) sui ricorsi aventi ad oggetto la mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato. Attualmente, la Corte costituzionale ammette i ricorsi di questa natura, controllando i motivi che hanno determinato la mancata esecuzione delle sentenze *res judicata*. La Corte costituzionale solo accerta la violazione delle regole del giusto processo, quando verifica che la pubblica amministrazione non ha provveduto adeguatamente alla riparazione dei diritti lesi.

Sotto questo aspetto, il ricorso alla Corte costituzionale somiglia con le azioni di accertamento, che si risolve in sostanza con una pronuncia di accertamento giudiziale del diritto leso, inidoneo a ripristinare il diritto pregiudicato. Successivamente i ricorsi non si concentravano più su mere richieste di accertamento giudiziale *ex artt. 42 Cost, 6 CEDU*, ma si aggiungevano altre pretese connesse al diritto leso, quali le richieste di risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato, entro un termine ragionevole.

La Corte costituzionale in queste occasioni ha precisato che, il termine ragionevole entro il quale la pubblica amministrazione deve eseguire una sentenza passata in giudicato è stato superato abbondantemente non per colpa dell'individuo ma della stessa amministrazione. Tale atteggiamento della Corte costituzionale discende dalla sua consolidata giurisprudenza che non considerava come parte del "giusto processo", la fase di esecuzione delle sentenze.

Questo atteggiamento di netta chiusura, è stato ribaltato a seguito della pronuncia di Corte di Strasburgo caso *Qufaj c. Albania* che invitava la Corte costituzionale di dare copertura *ex art. 6 CEDU* anche al processo esecutivo. La Corte di Strasburgo ha più volte constatato che non esiste alcun impedimento in capo alla Corte costituzionale di decidere circa le richieste di compensazione da parte di individui dovute da ritardi irragionevoli ed ingiustificati nell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, basandosi su disposizioni sostanziali e procedurali nazionali.

Oltre a questo accertamento, la Corte costituzionale non offre alcun mezzo giurisdizionale volto a tutelare il diritto la cui violazione è stata accertata (sent. n. 2/2011, n. 14/2015). Viene determinato un vuoto di tutela, in quanto, l'individuo attraverso il ricorso individuale diretto alla Corte costituzionale ha ottenuto soltanto

un mero accertamento della violazione del diritto alla durata ragionevole del processo, avendo in mano una sentenza in più, oltre a quella non eseguita, inadeguata alla riparazione della situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela. Sotto questo aspetto, il ricorso individuale come ultima istanza nazionale da esperire per adire la Corte di Strasburgo, si rivela uno strumento di tutela non effettivo.

La Corte costituzionale ha precisato, che per quanto attiene le richieste di risarcimento dovute dal ritardo ingiustificato nell'esecuzione delle sentenze passate in giudicato, ogni ricorrente è legittimato ad adire la Corte costituzionale solo se lamenta la violazione delle regole del giusto processo dopo aver esperito tutti i rimedi interni.

In riferimento alla richiesta risarcimento danni causata dal ritardo di eseguire le sentenze passate in giudicato, entro un termine ragionevole, la Corte ritiene che si tratti di un nuovo *petitum*, perciò, azionabile attraverso il ricorso al giudice ordinario, ex art. 450 c.c. concernenti la mora del debitore. Pertanto, dichiara inammissibile la richiesta di compensazione, il ricorrente non è legittimato *rationae personae*, in quanto non ha esaurito tutti i rimedi interni (sent. n. 8/2010, 23/2010, n. 35/2010).

3.2 Con riferimento al principio della sicurezza giuridica

Malgrado, la giurisprudenza costituzionale ha elaborato il principio di sicurezza giuridica, non sono mancate le occasioni in cui la Corte EDU ha condannato l'Albania per la violazione di tale principio. Nel caso *Driza c. Albania* riguardava proprio l'ipotesi di revoca di sentenze passate in giudicato da parte di giudici superiori.

Il principio di sicurezza giuridica è considerato violato anche nell'ipotesi di un disfunzionamento della Corte, ovvero quando non è stato in grado di decidere il caso in cui si è chiamata a decidere, a causa di parità dei voti in seno al collegio giudicante.

Al caso *Marini c. Albania* la Corte affermò il fatto che la Corte non è stata in grado a prendere una decisione al caso sottopostogli, a causa di parità dei voti, questo determina la violazione del principio di sicurezza giuridica e priva il richiedente dal diritto sostanziale ad una pronuncia definitiva sulla questione. Nonostante, le segnalazione del giudice di Strasburgo anche oggi non è stata effettuata alcuna modifica alla legge organica sul funzionamento della Corte costituzionale la quale prevede tuttora, tra le altre tipologie delle decisioni della Corte anche le c.d. decisioni di rifiuto, emesse nelle ipotesi quando il collegio giudicante a causa della parità dei

voti o per mancato raggiungimento della maggioranza richiesta, non può decidere il caso sottoposto all'esame, bensì emette una decisione di rifiuto che non ha un carattere definitivo. Il richiedente può riproporre la stessa questione davanti alla Corte finché si raggiunge il numero dei voti necessari. Si auspica che nel breve periodo il legislatore si adegui agli orientamenti della Corte EDU sul punto, di adattare la legislazione interna²²⁸.

4. Il giudicato penale e la riapertura del giudizio penale a seguito della sentenza di condanna della Corte di Strasburgo nell'esperienza albanese

La questione dell'apertura del giudizio penale a seguito di una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, ormai è una problematica che ha riguardato più o meno tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa. Infatti, tutti i Paesi hanno provveduto alla possibilità di riaprire il processo penale a seguito delle sentenze della Corte europea, per via dell'intervento del legislatore nazionale a introdurre una clausola sulle norme processuali volte a consentire la revisione del giudizio "post-Strasburgo", oppure in via giurisprudenziale attraverso le pronuncie delle giurisdizioni superiori.

Le misure prese a livello nazionale da ciascun paese, sicuramente hanno come obiettivo di evitare le condanne della Corte europea, in un meccanismo come quello di Strasburgo che vede come protagonisti principali proprio le giurisdizioni nazionali che tutelano in prima battuta i diritti dei propri cittadini. L'obbligo all'adeguamento alle decisioni della Corte EDU serve proprio a titolo precauzionale, evitare le eventuali condanne *pro futuro*. Occorre sottolineare che, tutte le Alte Parti hanno reagito in tempi e in modi differenti. Gli interventi legislativi o giurisprudenziali hanno riguardato prevalentemente il giudicato penale e molto meno il giudicato civile e amministrativo.

Ad esempio in Francia, piuttosto nota è la legge n. 516 del 15 giugno 2000 e le successive modifiche, con cui è stata introdotta nell'ordinamento francese *Code de procedure penale* la possibilità di richiedere la revisione del giudizio penale a seguito di una decisione di condanna da parte della Corte di Strasburgo. In Germania, la

²²⁸ Art. 74 l. organica 10 ottobre 2000 n. 8577 sull'organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale.

revisione dei processi penali a seguito di sentenze della Corte europea è stata introdotta nel 1998 art. 359, n. 6 Codice di procedura penale²²⁹. Per quanto attiene l'esperienza italiana, ci siamo soffermati nella prima parte di questo lavoro.

La vicenda albanese parte dal noto caso *Xherraj c. Albania*, che ha concluso il lungo iter all'interno del sistema domestico, per finire poi alla Corte di Strasburgo. Il ricorrente lamentava dinanzi alla Corte Suprema Sezione Penale, la violazione del principio di sicurezza giuridica, in quanto assolto nel giudizio di primo grado, il P.M aveva impugnato la sentenza del primo grado, passata in giudicato, oltre i termini stabiliti dalla legge. Inoltre, l'imputato non era presente al processo penale svolto presso la Corte d'Appello e quest'ultima ha deciso per la riapertura del processo dietro istanza del Pubblico Ministero. Successivamente il ricorrente si è rivolto alla Corte costituzionale, la quale ritenne inammissibile il ricorso in quanto non rientrava nella giurisdizione del giudice costituzionale.

La Corte di Strasburgo decise a favore del ricorrente, obbligando allo stesso tempo i giudici nazionali alla riparazione integrale delle violazioni subite, in virtù del principio dell'art. 6 CEDU. La Corte Suprema rifiutò a prendere di nuovo all'esame la causa, con la motivazione che manca nella legislazione nazionale c.p.p una specifica ipotesi che determina la riapertura del processo penale. Le cause di riapertura sono tassativamente previste dal legislatore, pertanto dichiarò il ricorso irricevibile.

Il ricorrente si è rivolto nuovamente alla Corte costituzionale, che decise con la sent. n. 20/2011, la quale per la prima volta affronta il problema del collocamento della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale, nonché gli effetti giuridici delle sentenze della Corte di Strasburgo. Allo stesso modo, il Giudice delle leggi offre una soluzione all'ipotesi di contrasto della normativa nazionale con la CEDU. Anche in questa occasione, la decisione è sorta proprio in caso di conflitto con la Corte Suprema, la quale non riconosce gli effetti vincolanti alle decisioni della Corte di Strasburgo.

Questa sentenza, viene emessa all'indomani della sentenza della Corte costituzionale italiana, sent. n. 113/2011, riguardo la riapertura del giudizio penale, una sentenza per di più richiamata dalla Corte costituzionale albanese facendo uso

²²⁹ V.SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, CEDAM, 2012, pp.111 ss.

appunto delle sentenze straniere delle omologhe corti, per supportare il proprio atteggiamento al riguardo.

«Sul giudice nazionale grava l'obbligo di sindacare la compatibilità della legislazione nazionale con la CEDU e la sua giurisprudenza, in caso di contrasto deve disapplicare la normativa nazionale a favore della norme pattizie. Questo in virtù del dettato costituzionale, il quale stabilisce la prevalenza della fonte pattizia sulla normativa nazionale». A seguito di questa emblematica decisione, la stessa Corte Suprema, ha deciso la riapertura del giudizio penale di ricorrenti risultati vittoriosi a Strasburgo come; *Berhani c. Albania*, *Caka c. Albania*, *Laska c. Albania*, riconoscendo la diretta applicazione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo.

La questione della riapertura del giudizio penale a seguito di una sentenza di condanna, è stata risolta in via giurisprudenziale, successivamente, il legislatore nazionale nel 2014 ha apportato le modifiche al codice di procedura penale art. 450 c.p.p lett. d), introducendo una nuova ipotesi di apertura del processo penale, «quando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato violazioni della CEDU e dei suoi protocolli».

Al contrario, in riferimento al giudicato civile, è stato il legislatore ad intervenire in materia; il Parlamento, ha provveduto ad apportare talune modifiche in materia civile nel 2008, art.498 c.p.c., nel quale è stata inserita una nuova clausola della revisione del processo civile, lett) e, l'ipotesi «quando la Corte EDU ha condannato l'Albania per violazioni della Convenzione e dei suoi protocolli addizionali, ratificati da parte dello Stato».

5. L'uso della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte Suprema, L'orientamento della Corte suprema

In pratica, l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza di Strasburgo, è stato usato dalla Corte Suprema, seppur in casi sporadici. Occorre sottolineare che la Corte Suprema è l'unico giudice comune ad applicare la CEDU e la sua giurisprudenza. I giudici comuni, hanno sempre giocato un ruolo passivo, questo forse conoscono poco la giurisprudenza di Strasburgo, ma anche perché la Corte costituzionale non ha avuto un atteggiamento ben chiaro riguardo la CEDU nell'ordinamento costituzionale albanese, e forse non ha valorizzato il ruolo chiave dei giudici comuni nel controllo sulla compatibilità del diritto nazionale con la CEDU.

La Corte Suprema, consapevole del suo ruolo quale giudice di nomofilachia, ha fatto uso della giurisprudenza della Corte EDU, ed ha interpretato la legislazione nazionale in conformità con tale giurisprudenza. Nella sent. n. 3/2003 S.U, la Corte Suprema si occupò della questione in materia del licenziamento individuale del Pubblico Ministero da parte del Presidente della Repubblica.

In virtù dell'art. 149 Cost., il Procuratore della repubblica, viene nominato e rimosso con decreto di Presidente della Repubblica su proposta del Procuratore generale. Il ricorrente con funzione di pubblico ministero aveva investito la Corte Suprema chiedendo l'invalidità del decreto del Presidente della Repubblica che ha disposto il suo licenziamento dall'ufficio di procuratore.

La Corte Suprema, soffermandosi sulla natura giuridica del decreto presidenziale, non lo ritiene tale decreto un mero atto amministrativo, bensì un atto di natura giuridica-costituzionale, nel quale viene formalizzato il rapporto di lavoro.

«Il contratto in parola, ha per oggetto un servizio pubblico speciale che tutela interessi pubblici di un particolar rilievo. Proprio in virtù del rapporto di lavoro speciale centrato sulla fiducia Stato-procuratore, con decreto del Presidente della repubblica si costituisce si modifica oppure si estingue tale rapporto. Si tratta, appunto, di rapporti di lavoro aventi ad oggetto interessi pubblici nel quale si esprime la sovranità stessa dello Stato. In questa categoria di funzionari pubblici rientra anche l'ufficio del Pubblico Ministero. Per tali funzionari, non esiste la tutela forte contro i licenziamenti individuali posti in essere senza la giusta causa o giustificati motivi.

Contro i licenziamenti illegittimi al funzionario pubblico spetta soltanto un indennizzo, ma non l'obbligo per la PA alla riassunzione»²³⁰.

In questi termini, la Corte Suprema giustificava anche la disposizione della legge organica sulla Procura della Repubblica, che non riconosce la possibilità di ricorso ad un giudice contro l'atto di recesso da parte del Presidente della Repubblica, in quanto, si tratta di un rapporto di lavoro centrato sulla fiducia, quando quest'ultima viene meno, allora questo giustifica il licenziamento del p.m anche se si tratti di un atto del tutto illegittimo. Tuttavia, la Corte afferma che il p.m licenziato non è legittimato a ricorrere contro il decreto del Presidente della Repubblica, non per il fatto che questo non è consentito dalla legge organica, bensì, i decreti in parola, a causa della loro natura peculiare attribuita dalla Costituzione, regolano rapporti di lavoro aventi per oggetto servizi pubblici speciali, per questo non sono sindacabili.

A supporto di tale atteggiamento la Corte Suprema si riferiva direttamente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, su precedenti di casi analoghi. Il caso *Pellegrin c. Francia*, (1999), *Niegel c. Francia*, (1979) in questa pronuncia la Corte EDU sostiene che nel settore pubblico di ogni paese, esistono taluni incarichi pubblici, che perseguono interessi pubblici generali, che si concretizzano nell'esercizio del potere attribuito dal diritto pubblico. I titolari di questi importanti incarichi pubblici, esercitano nelle loro funzioni parte della sovranità dello Stato. Ne discende, quindi, secondo la Corte di cassazione che l'art. 6 CEDU, non si applica alle controversie di lavoro che hanno ad oggetto proprio l'esercizio di funzioni pubbliche speciali, quali ad esempio, le Forze Armate, Polizia di Stato ecc. In conclusione, i p.m non possono tutelarsi attraverso il ricorso al giudice chiedendo l'integrazione al posto di lavoro, bensì, può richiedere la tutela di natura economica del rapporto di lavoro rientranti nella sfera del diritto privato.

Occorre sottolineare che, anche nei confronti del personale della Polizia di Stato, la Corte Suprema ritenne che il diritto ad integrazione al posto di lavoro non è un diritto fondamentale, in queste ipotesi lo Stato albanese non assicuri un livello di tutela maggiore rispetto allo *standard* minimo che offre la CEDU. La legge organica sulla Polizia di Stato «è in piena conformità con il livello di tutela stabilito dalla

²³⁰ Cass. pen., sez.un., sent. n. 3/2003.

CEDU, sicuramente questo non preclude la possibilità di stabilire una tutela maggiore»²³¹.

Costituisce una giurisprudenza consolidata, quella della Corte Suprema in riferimento ai rapporti di lavoro aventi ad oggetto servizi pubblici speciali. In ambedue i casi, è la stessa Corte Suprema ad esercitare un sindacato diffuso circa l'interpretazione della legislazione interna in conformità con la giurisprudenza di Strasburgo. Seguendo appunto le indicazioni della Corte costituzionale che il controllo di convenzionalità della legge interna con le disposizioni CEDU, spetta a ciascun giudice ordinario, senza escludere anche la Corte Suprema.

Successivamente la Corte costituzionale nella sentenza n. 25/2002 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del paragrafo secondo dell'art. 34 della legge organica sulla Procura della Repubblica secondo il quale, «il decreto del Presidente della Repubblica che ha rimosso dalla carica il Procuratore è inoppugnabile». La Corte costituzionale sostiene che il diritto a un ricorso effettivo è un diritto fondamentale, sancito dalla Convenzione EDU, e non può essere limitato. L'art. 34 preclude la possibilità del Procuratore rimosso dalla carica a impugnare l'atto, tale previsione della legge supera i limiti imposti *ex art.* 17 Cost., dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il Giudice delle leggi effettua l'interpretazione della legislazione nazionale in conformità alla CEDU.

Questa ipotesi offre il caso più emblematico nel quale, come la Costituzione offre la possibilità di un sindacato diffuso circa la compatibilità del diritto interno con la CEDU, esercitato da ogni giudice comune, dall'altro canto, la possibilità riconosciuta alla Corte costituzionale di esercitare il controllo di legittimità costituzionale della legge in riferimento alla Costituzione e alla CEDU *ex art.* 17, secondo comma, Cost. Ambedue le corti offrono soluzioni contrapposti per quanto attiene la conformità della legge interna con la giurisprudenza CEDU, nella prima il sindacato ha avuto un esito positivo e nella seconda ipotesi ha avuto un esito negativo, perciò non conforme alla Costituzione e agli *standard* della CEDU, che allo stesso tempo costituiscono parametro di giudizio.

A mio avviso, alla presente situazione quando, il sindacato della legislazione interna con la CEDU funziona secondo un modello "duale", uno di tipo diffuso dinanzi a qualsiasi giudice comune e l'altro accentrato dinanzi alla Corte

²³¹ Cass. pen., sez.un., sent. n. 31/2003.

costituzionale, si rischia, che il primo giudizio dei giudici ordinari sarà sempre non vincolante e disatteso, ogniqualvolta la medesima questione sarà oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, soprattutto in quei casi quando il sindacato diffuso è svolto dinanzi alla Corte Suprema a Sezioni Unite, il quale indirizzo è sempre seguito dai giudici nazionali di tutti i livelli. Gli effetti in occasione di tale ipotesi rendono il sindacato diffuso superfluo.

Ancora, sul Consigliere presso la Corte Suprema, (sent. n. 5/2007), essa si riferisce alla giurisprudenza di Strasburgo sul principio del giudice terzo ed imparziale, in relazione alla eccezioni avanzate dallo stesso ricorrente di professione consigliere licenziato. La sua eccezione verteva sulla possibile parzialità del collegio dei giudici presso la Corte Suprema, in quanto il suo datore di lavoro era la stessa Corte, ovvero il Presidente della Corte Suprema.

In questa occasione la Corte fa uso proprio della giurisprudenza di Strasburgo casi *Langborger c. Svezia*, *Hauschildt c. Danimarca*, nell'interpretare il principio costituzionale del giudice terzo ed imparziale come un principio cardine della nozione del giusto processo previsto dall'art. 42 Cost., avvalendosi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La Corte fa uso degli stessi *test* proposti dalla giurisprudenza di Strasburgo per individuare tutte le situazioni in cui il requisito dell'imparzialità viene meno. Il *test* soggettivo, ovvero, la convinzione interna del giudice, su una determinata controversia, ed il *test* oggettivo, il quale serve ad accertare se un determinato giudice offre le garanzie sufficienti per escludere ogni ragionevole dubbio circa la sua imparzialità.

In conclusione, essa afferma che «il giudizio sulla controversia di lavoro avente ad oggetto il licenziamento individuale del consulente legale, presa in esame dalla Sezione Civile di questa Corte, non violi il principio dell'indipendenza ed imparzialità del giudizio, come sanciti nell'art. 6 CEDU e dall'art. 42, comma secondo Cost. In ossequio di tali principi, non deve partecipare al giudizio, il Presidente della Corte nella qualità di vertice dell'istituzione e nella qualità di datore di lavoro, altresì non deve partecipare il giudice presso il quale il consulente legale prestava servizio. La messa in dubbio del requisito dell'imparzialità deve riguardare singoli casi individuali e non può essere fatto valere nei confronti dell'intero collegio giudicante»²³²

²³² Cass. pen., sez.un., sent. n. 5/2007.

6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Albania. Le violazioni relative al diritto di proprietà, art.1, Prot.n. 1 CEDU

In conclusione, vogliamo fare un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, in relazione alle violazioni da parte del Governo albanese. La maggior parte delle violazioni sono state verificate nell'ambito civile e soprattutto in materia del diritto di proprietà. Nel caso dell'Albania tale questione si ravvisa sempre di più nel processo di privatizzazione della proprietà statale. Più precisamente si tratta di tutte le proprietà private confiscate e statalizzate da parte dello Stato con l'avvento del regime socialista. Dopo il 1991, lo Stato sentiva l'obbligo di restituire ai privati le proprietà private sottratte ingiustamente con violenza e senza alcuna forma di compensazione.

Infatti, nei primi anni novanta il Parlamento ha emanato una serie di leggi in materia di proprietà statale che doveva essere distribuita agli individui. Si tratta della legge del 1993 sul riconoscimento del diritto di proprietà e restituzione dei beni oggetto di proprietà agli *ex* proprietari o ai suoi legittimi eredi. La legge stabiliva sostanzialmente due forme della restituzione dei beni confiscati, in natura, oppure la compensazione in natura, vale a dire la restituzione di altri beni in natura equivalenti con i beni confiscati.

Nel 2004, entrò in vigore la nuova legge sulla restituzione dei beni confiscati, che a sua volta ha abrogato la legge precedente, ha previsto per la prima volta cinque tipologie di compensazione, la compensazione monetaria, la quale operava nei casi quando era impossibile effettuare una compensazione in natura. Nel 2006, la legge è stata modificata nuovamente, prevedendo per la prima volta l'istituzione della Agenzia della Restituzione e della Compensazione della proprietà.

Le decisioni di condanna da parte della Corte di Strasburgo dirette all'Albania sono all'incirca quaranta²³³. Circa 80 % si compone dalle decisioni di condanna riguardo le violazioni dell'art.1, Prot.1, CEDU. Più precisamente, tutte le violazioni verificate da parte della Corte di Strasburgo hanno in comune un fenomeno molto diffuso nel sistema nazionale, quello del *ritardo o della mancata esecuzione delle decisioni passate in giudicato*, la maggior parte in materia civile, ma anche in altri ambiti, quali in materia penale e in materia di lavoro.

²³³ E.HAJRO, *Ekzekutimi i vendimeve të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut dhe praktika gjyqësore e brendshme*, in "Jeta Juridike", nr. 1, Tiranë, 2011, p. 90.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in materia del diritto di proprietà, ha ravvisato le violazioni dell'art. 6, 13, CEDU, e del art. 1, Protocollo addizionale della CEDU, violazioni relative alla mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato. La Corte di Strasburgo, nell'interpretare l'art.1 del Protocollo n. 1, afferma che; «non esiste un obbligo generale per gli Stati contraenti di trasferire a favore degli *ex* proprietari i beni confiscati, prima della ratifica della Convenzione europea. Le Parti contraenti godono un ampio spazio di margine di apprezzamento nel stabilire l'oggetto (i beni da restituire), ed il soggetto, (le categorie delle persone che beneficiano). Dall'altro lato, quando uno Stato contraente ha ratificato la Convenzione ed il Protocollo n. 1, emana la legislazione nazionale in materia della restituzione integrale o parziale dei beni confiscati durante il regime, può essere considerato come una nuovo modo di acquisto di proprietà, perciò, tutelato *ex* art.1, Prot. n. 1. CEDU». ²³⁴

Secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, l'art.1, Prot. n. 1. CEDU, tutela la proprietà intesa non solo come proprietà “esistente” “attuale”, ma anche come una «“aspettativa legittima”, quest'ultima da intendersi non come una semplice pretesa o speranza sul diritto di proprietà, bensì una pretesa basata sulla legislazione nazionale, ad esempio una pratica consolidata oppure l'esistenza di una sentenza passata in giudicato, a favore del ricorrente ecc». ²³⁵

In materia del diritto di proprietà, bisogna distinguere tra la mancata esecuzione degli atti amministrativi, cioè, le decisioni delle Commissioni di Restituzione e Compensazione del diritto di proprietà, erano un atto amministrativo che restituiva i beni oppure compensava gli *ex* proprietari. Tale atto amministrativo obbliga lo Stato albanese di effettuare la restituzione/compensazione, tali atti non sono mai eseguiti da parte dello Stato, possiamo menzionare a titolo di esempio i casi, *Ramadhi c. Albania* 2007, *Nuri c. Albania* 2009, *Hamzaraj c. Albania* 2009 ecc.

In secondo luogo, si tratta delle decisioni giudiziarie, passate in giudicato, emesse in occasione dell'impugnazione degli atti amministrativi delle Commissioni. Anche in queste ipotesi, tali decisioni anche se passata in giudicato non sono state eseguite dallo Stato, basta ricordare in questa occasione i casi, *Beshiri c. Albania*, *Driza c. Albania*, *Delvina c. Albania*, *Puto c. Albania*, ecc.

²³⁴ Caso *Beshiri c. Albania*, 2006.

²³⁵ Caso *Ramadhi e altri c. Albania*, 2007.

In queste ipotesi, lo Stato è sempre debitore nei confronti dei cittadini, obbligato a compensare in base o ad un atto amministrativo oppure di una decisione che costituisce *res judicata*. Le violazioni sono state constatate in riferimento all'art.6 CEDU, in base al quale la mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato viola il principio dell'equo processo. A partire dal noto caso *Qufaj c. Albania*, la Corte di Strasburgo ritiene il processo esecutivo come parte della nozione del giusto processo, la mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato costituisce violazione delle regole dell'equo processo. Una delle ragioni principali della mancata compensazione, sono le grosse difficoltà per l'erario dello Stato ad affrontare l'alto numero delle decisioni a favore dei cittadini *ex proprietari*.

Tale giustificazione non è mai stata accettata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in cui la mancata esecuzione delle sentenze passate in giudicato viola i principi dell'equo processo, quali; il principio della sicurezza giuridica nonché, il principio dello Stato di diritto. La mancanza dei fondi, non esuli lo Stato dall'obbligo di rispettare ed eseguire le decisioni irrevocabili entro un ragionevole termine.

L'altro difetto è connesso a livello legislativo per quanto riguarda l'esecuzione forzata nei confronti dello Stato. Infatti, la legge sulla proprietà prevede la Commissione, quale, unico organo competente a dare esecuzione all'atto amministrativo, cioè, lo stesso organo che ha emesso l'atto deve dare esecuzione, pertanto, l'ufficiale giudiziario ovvero commissario *ad acta* (che non esiste nell'esperienza albanese) è escluso da tale vicenda.

La Corte di Strasburgo, ha più volte affermato che «lo Stato ha fallito, nel processo della restituzione di proprietà. Per questi motivi, il sistema nazionale non offre alcun rimedio effettivo in grado di eseguire le sentenze passate in giudicato. Pertanto, anche nel breve termine non pare possibile che il Governo può superare tali problematiche adottando delle misure urgenti, per risolvere le controversie aventi ad oggetto il diritto di proprietà dei ricorrenti».²³⁶

La mancata esecuzione di esse, viola anche l'art. 13 della CEDU. Negli ultimi anni, si evidenzia un alto numero delle decisioni passate in giudicato, non eseguite, che ha visto anche la crescita progressiva dei ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo sulla medesima problematica. Si evidenzia che si tratta di un difetto strutturale che il sistema domestico risulta deficitario, per questi motivi la Corte di

²³⁶ *Delvina c. Albania*, 2011.

Strasburgo, in materia di proprietà, ha emesso alcune decisioni pilota nei confronti dell'Albania, quali, *Driza c. Albania*, 2007, *Ramadhi c. Albania*, 2007 e recentemente anche *Manushaqe Puto e altri c. Albania*, 2011²³⁷. La Corte evidenzia l'insufficienza del sistema nazionale albanese, dovuta dalla mancanza di un meccanismo concreto per dare esecuzione all'alto numero delle decisioni *res judicata*.

Nel caso *Ramadhi c. Albania*, la Corte ritenne che le autorità nazionali devono intraprendere tutte le misure necessari per rendere eseguibili le decisioni passate in giudicate, che, ormai sono un titolo esecutivo; «mentre è chiaro che nel caso in esame al ricorrente gli è stato riconosciuto il diritto di proprietà, ma questo è insufficiente, considerando che il diritto di accesso al giudice comprende non solo il diritto di avviare un processo, ma anche il diritto di assicurare una soluzione della controversia dinanzi al giudice, che si realizzi attraverso il processo esecutivo».

Mentre nel caso *Driza c. Albania*, 2007, la Corte propose le misure concrete per il sistema nazionale, per risolvere la situazione creata; «lo Stato convenuto innanzitutto deve rimuovere ogni ostacolo sul procedimento della compensazione secondo la legge sulla proprietà, consentendo in questo modo l'applicazione di tutte le misure di natura amministrativa, legale e erariale indispensabili. Tali misure devono essere dirette a redigere le mappe sul valore degli immobili, per quanto attiene la compensazione in natura, e l'allocazione di un apposito fondo relativo alla compensazione monetaria, per tutti i ricorrenti che possiedono una decisione definitiva, che statuisce il riconoscimento del diritto di proprietà»²³⁸. Anche se tali decisioni non sono state chiamate "pilota" dalla Corte, dimostrano chiaramente che la Corte di Strasburgo suggerisce allo Stato contraente l'adozione di misure concreti a livello nazionale, per porre fine le violazioni dell'art. 6 e 13 della CEDU, nonché dell'art.1, Prot.n.1.

Per la prima volta, la Corte di Strasburgo applica la procedura del giudizio-pilota nei confronti dell'Albania nel caso, *Manushaqe Puto e altri c. Albania*, (2011). La Corte stabilisce che; «considerando l'alto numero dei ricorsi individuali che continuano ad arrivare anche dopo le decisioni *Driza c. Albania*, *Ramadhi c. Albania*, *Vrioni e altri c. Albania*, *Delvina c. Albania*, nonché la contingente esigenza di una rapida compensazione ai ricorrenti a livello nazionale, la Corte apprezza

²³⁷L.BIANKU, *Disa aspekte të zbatimit të konventës evropiane të të drejtave të njeriut në nivel kombëtar*, in "Jeta Juridike" nr. 3, Tiranë, 2014.

²³⁸ *Driza c. Albania*, 2007

indispensabile l'applicazione della procedura pilota nel caso in esame: Più concretamente la Corte suggerisce di intraprendere le misure urgenti, quali, la creazione di una base dei dati unico sul numero totale degli atti amministrativi che accordano la compensazione, tale base dei dati aiuterà ad avere una fattura sull'importo globale della compensazione. Inoltre, è necessario anche un riesame delle modalità della riscossione della compensazione monetaria, nonché dei metodi di calcolo del valore dei beni immobili. La Corte sottolinea che per avere una applicazione effettiva delle misure, occorre di mettere a disposizione delle autorità dello Stato le risorse umani necessari, nonché, di garantire una maggiore collaborazione tra le istituzioni sullo scambio di informazione, laddove sia necessario, anche la fusione delle istituzioni per evitare le sovrapposizioni delle competenze e minimizzare i costi operativi»²³⁹.

In questa occasione, è stato previsto un termine di 18 mesi entro il quale gli organi competenti nel sistema nazionale devono provvedere all'implementazione delle misure, termine durante il quale, la Corte sospende l'esame dei ricorsi individuali aventi ad oggetto la stessa problematica per cui è già avviata la procedura pilota, mentre ha continuato ad esaminare i ricorsi pendenti. Per tutte le altre controversie la Corte ha deciso di prorogare l'esame fino allo scadere del termine stabilito.

6.1 Violazione dell'art. 6 CEDU, art. 42 Cost., concernenti le regole del giusto processo. La nozione del giusto processo secondo la Costituzione albanese

L'art. 42 Cost., è la corrisponente disposizione costituzionale concernente il giusto processo nel diritto nazionale. Occorre precisare che la Costituzione albanese al riguardo ha abbriccato una concezione diversa del giusto processo previsto dall'art.6, par.1., CEDU, perciò le summenzionate disposizioni hanno un contenuto quasi identico, ma la disposizione costituzionale presenta alcune peculiarità.

Lart.42 «1. La libertà, la proprietà e i diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalla legge non possono essere incisi senza una procedura giusta e legale. 2. Ogni persona, nel tutelare i diritti, le libertà e i propri interessi previsti dalla Costituzione o

²³⁹ *Manushaqe Puto e altri c. Albania*, 2011.

dalla legge, o nel caso di ogni accusa elevata a suo carico, ha diritto ad un processo giusto e pubblico entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge», è composto da due commi nel quale vengono richiamate due concezioni diverse del giusto processo.

Il primo comma si riferisce al termine “procedura giusta”, mentre il secondo si riferisce alla locuzione “giusto processo” o “processo equo”. Il contenuto della citata disposizione fu molto dibattuta in sede di Assemblea costituente. Essa è il prodotto dello sforzo voluto dalle forze politiche per assemblare il giusto processo statunitense (gli emendamenti V e XIV), e il processo equo europeo (art.6, par. 1, CEDU). Il processo equo europeo non comprende il controllo di costituzionalità della legge, bensì si limita soltanto nel rispetto della procedura prevista dalla legge, in quanto è fortemente un giusto processo formale.

I Costituenti cercavano di introdurre alla nozione del giusto processo anche la concezione del giusto processo in senso sostanziale, in modo di valutare non solo la corretta applicazione della legge, bensì di sindacare anche la compatibilità o meno della legge con la Costituzione.

Questo si è voluto sostanzialmente per due ragioni; per evitare il rischio che nell’ambito di un processo svolto secondo le previsioni della legge, ma in base ad una legge in cui il contenuto è incostituzionale, il processo equo di stampo europeo non sarebbe stato in grado di rimediare tale evenienza. I giudici nazionali non sono autorizzati ad effettuare un controllo di costituzionalità delle leggi, la questione dei dubbi costituzionali nell’ambito del giudizio incidentale, ha natura soggettiva, qualora i giudici avessero dei dubbi sospendono il giudizio in corso e rinviando alla Corte costituzionale.

Pertanto, ipoteticamente parlando, i giudici nazionali applicano la legge correttamente e anche la procedura ivi stabilita, senza avere la possibilità che la legge applicata sia conforme alla Costituzione. D’altronde, la Corte di Strasburgo, controlla il rispetto dei diritti processuali, ma non può esercitare il sindacato sulla legge nazionale in base alla quale si è svolto il processo.

Per questi motivi, i Costituenti hanno introdotto il primo comma concernente il giusto processo in senso sostanziale, attraverso il quale, si valuta la validità ovvero l’equità della legge (*fairness*), applicata dal giudice al processo. Mentre il secondo

paragrafo ricalca l'art.6 par. 1, CEDU, quale il processo equo secondo l'interpretazione della Corte EDU.²⁴⁰

L'art.42 Cost., infatti, combina il giusto processo sostanziale di matrice americana (*due process of law*), con il giusto processo formale di matrice europea (*fair trial*). Inoltre, è stato ritenuto in dottrina che, il primo comma, il processo equo sostanziale include anche il secondo comma del processo equo formale. Infatti, nell'ambito del ricorso diretto del singolo, l'individuo si legittima ad adire la Corte costituzionale esclusivamente per la violazione delle regole del giusto processo, inteso sia formale che sostanziale, ai sensi del primo comma dell'art.42 Cost.

Nell'ambito dei diritti concernenti il giusto processo merita evidenziare alcune decisioni che hanno formato la giurisprudenza costituzionale riguardo tale concetto. Innanzitutto, la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 76/2002 evidenzia le differenze tra due concetti del giusto processo; «mentre l'art. 6 CEDU sancisce il diritto della persona ad un processo equo penale o civile, nell'art. 42 Cost., il diritto del singolo ad un giusto processo si riferisce non soltanto al processo di tipo giudiziale, bensì anche a quello di natura disciplinare ed amministrativa»²⁴¹.

La Corte costituzionale attribuisce alla nozione del giusto processo prevista dalla Costituzione un portata molto più ampia rispetto all'art. 6 CEDU. Così, ha ritenuto incostituzionale il procedimento disciplinare della rimozione del Procuratore generale della repubblica da parte del Parlamento, oppure il procedimento disciplinare contro un giudice da parte del Csm per violazione delle regole del giusto processo previsto dall'art. 42 Cost.

Nel caso quando i giudici della Corte suprema, i quali hanno emesso una decisione in sede di giudizio nelle Sezioni semplici della Corte, partecipano all'esame della medesima questione in sede di giudizio a Sezioni Unite, la Corte costituzionale non ritiene violata la regola del giudice imparziale. La Corte costituzionale sostiene che; «l'interpretazione data alle disposizioni costituzionali in relazione al principio del giudice imparziale non deve essere fraintesa e non può costituire un valido motivo per cui, le questioni che arrivino dinanzi alla Corte suprema non possano essere esaminate, in quanto, violano le regole del giusto processo, in specie, il principio del giudice imparziale. Tale principio è obbligatorio e deve essere rispettato da qualsiasi organo giurisdizionale, ma questo non può impedire la Corte di decidere, e non può

²⁴⁰ K.TRAJA, *Procesi i rregullt ligjor, aspekti substantiv*, in, "Studime Juridike", n. 1/2005, pp.56 ss.

²⁴¹ Corte cost. n. 76/2002.

causare una crisi istituzionale per l'organo giudicante, come sono le Sezioni Unite della Suprema Corte, quale l'unico organo competente nell'esercizio delle sue funzioni previste dalla Costituzione».²⁴²

Lo stesso può dirsi del giudizio di costituzionalità avente ad oggetto la legge sulla "lustrazione", ovvero della rimozione dagli incarichi di persone che occupavano alte cariche dello Stato nel regime socialista. La legge in questione riguardava anche quattro giudici costituzionali che coprivano incarichi importanti nei tempi del regime, pertanto durante il giudizio le parti hanno chiesto la loro riconsiderazione. Anche in questa occasione la Corte costituzionale sostiene; «la riconsiderazione del giudice comporterebbe il mancato raggiungimento del *quorum* a decidere della Corte, pertanto il giudizio di costituzionalità si bloccherebbe e non può proseguire».²⁴³

La Corte costituzionale si è conformata all'atteggiamento della Commissione di Venezia, la quale era chiamata a dare un parere al riguardo, «Si deve garantire che la Corte costituzionale, come organo garante della Costituzione, deve funzionare come istituzione democratica, la possibilità della riconsiderazione dei giudici non può determinare l'impossibilità dell'organo a decidere», [CDL (2009) 123].

Anche in questa occasione, il principio del giudice imparziale deve essere bilanciato con altri principi costituzionali, quale il corretto funzionamento degli organi costituzionali. Pertanto, sulla questione, la Corte costituzionale ha deciso nella presenza del conflitto di interessi di almeno quattro giudici su nove. Tale legge non è mai entrata in vigore, in quanto, i ricorrenti hanno chiesto la sospensione degli effetti in sede di giudizio costituzionale, al termine del quale, la legge è stata dichiarata interamente incostituzionale.

Al parere della Commissione di Venezia non sono mancate le critiche in dottrina italiana al riguardo; ²⁴⁴«appare per diversi aspetti condivisibile, per altri invece un pò contraddittorio e non sempre allineato alle posizioni della Corte di Strasburgo, che pure vengono citate ampiamente. I più volte menzionati principi del Consiglio d'Europa sembrano derogabili in certi casi e in altri no. Sembra che la Germania sia giustificata per aver adottato il modello "della democrazia che si difende" senza limiti temporali, mentre altri Paesi dovrebbero conformarsi a certe

²⁴² Corte cost. n. 15/2000.

²⁴³ Corte cost. n. 9/2010.

²⁴⁴ A.DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia "post-autoritaria"*, Franco Angeli, Milano, 2012.

limitazioni. Anche i riferimenti delle sentenze delle corti costituzionali non sempre sono convincenti: se appaiano appropriate le citazioni della giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco, che ha infatti o cassato o limitato l'applicazione delle leggi di lustrazione, non si comprende la *ratio* della citazione della sentenza della Corte costituzionale ceca del 2001 che, andando oltre a quanto stabilito dalla Corte cecoslovacca nel 1992, giustifica ad oltranza l'applicazione della lustrazione in uno Stato democratico pur consolidato. Anche la sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Ždanoka* sembra consentire un'estensione temporale delle misure di interdizione molto dopo il crollo del regime se il contesto del paese lo richiede. Accettando questa giurisprudenza (ed anche quella tedesca) la questione dovrebbe rimanere aperta».

L'atteggiamento della Corte costituzionale riguardo la nozione del giusto processo nel significato che esso assume secondo la costituzione, a partire dagli anni 2000, iniziò ad avere una propria fisionomia, una identità costituzionale. Sicuramente nella giurisprudenza della Corte ha contribuito anche la giurisprudenza di Strasburgo, sovente, richiamata nelle decisioni della Corte costituzionale.

Per quanto attiene il diritto di accesso al giudice, in materia doganale, la Corte nella sent. n. 18/2010, nell'ambito del giudizio incidentale, il giudice *a quo* riteneva incostituzionale il quinto comma dell'art. 289 del Codice Doganale, il quale sanciva che ai fini di espletamento del ricorso amministrativo presso l'amministrazione doganale, doveva essere riscosso il 40 % dell'importo della sanzione amministrativa. Una volta esperito il ricorso amministrativo, per impugnare l'atto in sede giurisdizionale doveva essere pagato il restante 60 % dell'ammontare, altrimenti il ricorso era inammissibile.

Il giudice *a quo* riteneva tale disposizione irragionevole, in quanto violava il diritto di accesso al giudice. Infatti, la Corte costituzionale valuta l'adeguatezza delle misure prese dal legislatore per il miglioramento del gettito fiscale attraverso la valvola dell'art. 17 Cost., applicando il principio di proporzionalità ed effettuando un equo bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Nell'effettuare tale bilanciamento essa si riferisce alla giurisprudenza di Strasburgo, in quanto i diritti fondamentali non possono essere limitati ad un livello superiore di quanto prevede la CEDU, in specie si riferisce ad alcune decisioni di natura amministrativa emesse dalla Corte EDU, richiamandoli direttamente nella sentenza in esame; «Le Parti contraenti devono prevedere procedure chiare, in base alle

quali le parti possono impugnare gli atti amministrativi fiscali dinanzi ad un giudice terzo e imparziale *Albert e Le Compte c. Belgio*, mentre nel caso *Kreuz c. Polonia*, la Corte sostiene che il diritto di accesso al giudice deve essere effettivo e non formale. In questa occasione la Corte prendeva in esame le barriere fiscali ai fini di rivolgersi al giudice. Secondo la Corte tali barriere devono essere valutate caso per caso secondo le possibilità economiche reali dell'individuo, e non possono essere applicate astrattamente su tutti gli individui che chiedono di adire il giudice»²⁴⁵.

Sullo stesso ragionamento effettuato dalla Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale dichiara incostituzionale il quinto comma dell'art. 289 Codice Doganale, nella parte in cui prevede che il ricorrente per adire il giudice deve pagare il restante 60% dell'ammontare della sanzione pecuniaria irrogata, in quanto irragionevole e violava il diritto di accesso al giudice.

L'adattamento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha conosciuto vari sviluppi nell'ambito del processo esecutivo. Secondo la Corte costituzionale il processo di esecuzione non aveva una copertura costituzionale ex artt. 42 Cost., 6 CEDU del giusto processo. Pertanto, le violazioni durante la fase di esecuzione non facevano parte del parametro o violazione delle regole del giusto processo. Questo ormai costituiva una giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale.

Successivamente a seguito della sentenza di condanna contro l'Albania da al già richiamato caso *Qufaj c Albania* la quale ha riconosciuto in capo al ricorrente la violazione delle regole del giusto processo, per la mancata esecuzione della sentenza passata in giudicato. In virtù di tale sentenza la Corte costituzionale ha cambiato radicalmente l'orientamento, un vero e proprio *distinguishing*, conformandosi alla giurisprudenza di Strasburgo, considerando il processo esecutivo come parte del processo equo. In altre parole, ha dato una interpretazione estensiva all'art. 42 Cost., includendo anche il processo esecutivo, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo ha dato all'art.6 CEDU. L'inerzia degli organi dello Stato ad eseguire una sentenza passata in giudicato viola le regole del giusto processo ex art 6 CEDU.

²⁴⁵ Corte cost. n. 18/2010.

6.2 Violazione dell'art. 2, 3 diritto alla vita, art.1, Prot. n. 13

La Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza ha constatato altre violazioni della CEDU da parte del Governo albanese, emblematico è il caso *Rrapo c. Albania*, che riguardava il cittadino che portava una doppia cittadinanza albanese e americana, il quale, venne arrestato dalle autorità albanesi su richiesta di estradizione da parte dell'Ambasciata degli Stati Uniti di Tirana, per i seguenti reati contestati; tratta di persone, traffico di stupefacenti e omicidio.

Secondo l'accusa, l'accusato rischiava di essergli comminata anche la pena capitale secondo le leggi vigenti nello Stato di New York. Il Tribunale di primo grado di Tirana ha autorizzato l'arresto dell'accusato in base all'accordo bilaterale di estradizione del 1933, tra Albania e Stati Uniti, tuttora vigente. Il ministro di Giustizia prima dell'extradizione attraverso una nota verbale chiese all'Ambasciata degli Stati Uniti tutte le garanzie necessarie che all'estradando non doveva essere applicata la pena di morte per i reati contestati.

L'Ambasciata ha assicurato attraverso una nota diplomatica che il Dipartimento della giustizia degli Stati Uniti ha autorizzato e orientato il Procuratore del Distretto di New York che la pena capitale non sarebbe applicata contro *Rrapo* dopo la sua estradizione. L'estradando ha impugnato la sentenza della Corte d'Appello dinanzi alla Corte Suprema, richiedendo soprattutto la sospensione dell'ordine di estradizione, in quanto le autorità statunitensi non avevano offerto le garanzie sufficienti che su di lui non veniva applicata la pena di morte.

Il 24 novembre 2010 la persona è stata estradata verso gli Stati Uniti e due giorni dopo la Corte Suprema decise con il rinvio della causa al Tribunale di primo grado, evidenziando che i giudici di primo e secondo grado non dovevano ordinare l'extradizione, in quanto i giudici inferiori non avevano chiesto le garanzie sufficienti dalle autorità americane, inoltre le autorità albanesi non avevano le prove sufficienti sulla colpevolezza della persona da estradare.

La Corte di Strasburgo ha constatato violazioni degli artt. 2, 3 CEDU, e soprattutto in riferimento all'art.1, Prot.13, «la pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena né giustiziato», che secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo prevede il diritto di ogni persona di non sottoporsi alla pena di morte in nessuna circostanza, tale diritto non ammette deroghe, e viene applicato

assieme agli artt. 2 e 3 CEDU, come un diritto fondamentale dell'uomo, in ossequio con i valori delle società democratiche, membri del Consiglio d'Europa.

L'art.2, è stato emendato proprio per proibire l'applicazione della pena di morte in qualsiasi circostanza. Ai sensi della Convenzione europea una decisione finale, costituisce *res judicata* è la decisione che non è più oggetto di controllo da una giurisdizione superiore, mentre la decisione della Corte d'Appello, in base alla quale, il ministro di Giustizia ha disposto l'extradizione, fu cassata dalla Corte Suprema.

Secondo la Corte, l'extradizione è stata eseguita senza nessuna base legale, tale extradizione è avvenuta solo due giorni prima della sentenza della Corte di Cassazione. Le giurisdizioni inferiori hanno consentito l'extradizione senza esaminare preliminarmente i rischi potenziali all'applicazione della pena di morte, per di più, esse non hanno mai chiesto le garanzie alle autorità statali, tale garanzie sono state formalizzate dal ministro di Giustizia dopo il giudizio della Corte d'appello.

6.3 Violazione dell'art. 3, 5 CEDU, proibizione della tortura

In materia penale la Corte di Strasburgo ha constatato poche violazioni soprattutto nel sistema penitenziario albanese. Nel caso *Dybeku c. Albania*, 2007, il ricorrente soffriva della schizofrenia e per tanti anni si è sottoposto al trattamento sanitario, dopodiché, fu accusato dell'omicidio doloso, che, secondo la perizia psichiatrica egli era idoneo a sottoporsi al processo penale, pertanto fu condannato all'ergastolo. Durante la sua detenzione nel carcere di massima sicurezza egli riceveva un trattamento sanitario penitenziario ordinario, ma non specificamente per la cura di tale malattia. Infatti, durante i quattro anni di detenzione le sue condizioni di salute si sono peggiorate. La Corte di Strasburgo ha constatato la violazione dell'art. 3 CEDU, «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

La Corte considera il trattamento terapeutico della malattia "inumano" in quanto è stato applicato intenzionalmente per tante ore causando lesioni corporee o sofferenze fisiche o mentali. Inoltre, il trattamento si considera "degradante", in quanto ispira nella persona il sentimento di paura, angoscia e inferiorità a seguito dell'umiliazione. (*Kudla c. Polonia*).

«L'art. 3 CEDU deve essere interpretato in modo tale che una persona viene condannato e le condizioni della sua detenzione devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana, in modo che le modalità di esecuzione di pena da non sottoporre la persona sotto l'angoscia e paura di una intensità che eccede il livello inevitabile di sofferenza presente in carcere. Il detenuto ha ricevuto un trattamento terapeutico con medicinali simili con quelli prescritti dal suo medico, in quanto mancava nel sistema penitenziario istituzioni psichiatriche specializzate. La Corte ha constatato che le condizioni del luogo di detenzione sono al di sotto del livello minimo consentito, malgrado le difficoltà finanziarie dello Stato di garantire condizioni migliori»²⁴⁶.

Infine, la Corte ha condannato l'Albania per violazione dell'art.3, in quanto le condizioni carcerarie del detenuto erano incompatibili con le condizioni di salute del detenuto.

Lo stesso può dirsi nel caso *Groni c. Albania*, dove il detenuto soffriva di multisclerosi, costantemente ha chiesto di essere esaminato da parte del medico all'interno dell'istituto penitenziario. Solo in unico caso nel 19 aprile 2005 un gruppo di medici hanno visitato il paziente e confermato la diagnosi di multisclerosi.

La Corte sottolinea altresì che, a partire dall'aprile 2005 fino a gennaio 2008, il detenuto non ha ricevuto un trattamento sanitario costante per la sua malattia. Secondo il rapporto del medico, nel corso degli anni le sue condizioni di salute sono peggiorante a causa della mancato trattamento sanitario. La Corte ha evidenziato i problemi di salute del detenuto e del trattamento sanitario ricevuto.

«Le autorità penitenziari hanno fallito nel monitoraggio della malattia e nel servizio delle prestazioni sanitarie all'interno del carcere. A partire dal mese di maggio 2005 fino a gennaio 2008, i medici penitenziari hanno rifiutato il trattamento sanitario del detenuto, in quanto, secondo loro, non era dovuto. Solo nel mese di giugno 2008 al detenuto gli è stato offerto il trattamento dovuto»²⁴⁷.

La Corte ha sottolineato che il maltrattamento in virtù dell'art.3 CEDU deve avere una certa intensità, non qualsiasi condotta può considerarsi come trattamento inumano e degradante. Nel caso in esame ha ritenuto violato l'art.3, 5 CEDU.

²⁴⁶ Caso *Dybeku c. Albania*, 2007.

²⁴⁷ Caso *Groni c. Albania*, 2009.

7. Spunti comparatistici, Est europeo, Spagna, Francia, Germania

Giunti a questo punto, pare opportuno svolgere un'analisi comparativa circa lo *status* della CEDU in altre esperienze di Paesi europei, soprattutto con le esperienze, che hanno un approccio simile con la Convenzione europea. Merita sottolineare che la disciplina del rapporto con il diritto internazionale nei Paesi dell'Europa dell'est, presenta forti comunanze.

Infatti, emerge una netta rottura rispetto al sistema socialista caratterizzato dall'accoglimento di un rigido modello dualista e da una forte resistenza all'adattamento al diritto internazionale pattizio. Le nuove costituzioni, probabilmente anche per il condizionamento esterno che ha caratterizzato la loro redazione, esprimono al contrario una grande apertura al diritto internazionale pattizio, testimoniata innanzitutto dall'introduzione di una soluzione monista quanto alla procedura di adattamento, nel senso che anche il diritto internazionale pattizio una volta perfezionato il procedimento della formazione a livello internazionale è immediatamente efficace nel diritto interno²⁴⁸.

La posizione privilegiata del diritto internazionale pattizio nella Costituzione albanese, il livello "superlegislativo", per quanto attiene il loro collocamento al sistema delle fonti del diritto, è una caratteristica comune delle nuove costituzioni dei Paesi dell'Europa dell'est. Si può ricordare a titolo d'esempio l'art. 20 della Costituzione rumena, stabilisce che, «le disposizioni costituzionali in materia ai diritti dell'uomo devono essere interpretate e applicate in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dagli altri trattati di cui la Romania è parte». L'art.10 della Cost. Rep.Ceca, l'art.194 della Cost. serba, art.153 della Cost. slovena, art.91 Cost. polacca e così via, stabiliscono la prevalenza del diritto internazionale pattizio rispetto alle leggi nazionali.

Per quanto attiene in specie la Convenzione europea, il sistema costituzionale albanese presenta delle affinità con il sistema spagnolo come delineato dalla Costituzione spagnola (1978). La chiave di connessione tra la Convenzione europea e i giudici spagnoli è individuabile dalla ratifica della CEDU nel 1979. Tale trattato entra in maniera immediata e diretta in vigore dopo la sua ratifica e successiva pubblicazione. Da quel momento come fonte del diritto interno, può essere invocato

²⁴⁸ L.MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, cit., 534.

dinanzi ai giudici e ciascuno di essi può cercare tra le disposizioni dell'accordo vigente in Spagna la norma da applicare nel caso concreto. Nonostante questa possibilità esista, essa viene sfumata dall'ampia coincidenza tra i precetti costituzionali e di quelli della CEDU²⁴⁹. La ratifica del Trattato di Roma e la accettazione della giurisdizione della Corte EDU, suppongono la incorporazione di quest'ultimo al sistema nazionale di protezione dei diritti. Nel sistema spagnolo si apprezza in maniera evidente la confluenza delle giurisdizioni e della giurisprudenza della Corte EDU e del Tribunale costituzionale sullo stesso oggetto.

Merita segnalare in questa sede l'applicazione dell'art.10, comma 2, Cost. spagnola, «La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e i trattati internazionali sui diritti umani ratificati dalla Spagna, debbono essere utilizzati come elementi di interpretazione dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione», il senso e la portata giuridica del quale è stato interpretato come una ampia clausola interpretativa che consente il Tribunale costituzionale spagnolo alla interpretazione conforme ai trattati internazionali (Dichiarazione dei diritti dell'uomo, diritto eurounitario, la CEDU), dei precetti costituzionali concernenti i diritti fondamentali.

La dottrina e la stessa giurisprudenza del TC attribuisce all'art.10, secondo comma, Cost. spagnola esclusivamente di canone ermeneutico di costituzionalità, pertanto la CEDU non avrebbe il valore di norma interposta, ma puro valore esegetico²⁵⁰. La succitata disposizione costituzionale non crea nuovi diritti, ma è semplicemente una clausola di garanzia di uno *standard* minimo di protezione, in maniera che il contenuto dei diritti fondamentali debba essere interpretato almeno ai sensi di quanto stabilito dalla CEDU e dalla Corte EDU.

Anche nell'esperienza spagnola siamo di fronte al fenomeno dell'allargamento del parametro di giudizio, a parte la Costituzione, integrano il parametro altri atti quali di natura internazionale il c.d. *bloche de constitucionalidad*.

Nell'esperienza francese, lo stesso può dirsi della posizione privilegiata del diritto internazionale pattizio. Infatti, l'art. 55 Cost. stabilisce «I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati un'efficacia superiore di quella delle leggi, con la riserva per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione

²⁴⁹ I. FERNÁNDEZ, R. ÁLVAREZ, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e le corti d'europa*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa, Interpretazione conforme e tecniche argomentative, atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, pp.486 ss

²⁵⁰ *Ibidem*, p.489.

da parte dell'altro contraente», la prevalenza del diritto internazionale pattizio sulle leggi nazionali.

In virtù di tale previsione costituzionale, il parametro di giudizio si allarga comprendendo oltre la Costituzione altri atti internazionali di origine pattizia il c.d. *bloc de constitutionnalité*, relativamente ad un insieme piuttosto ampio di testi normativi, a partire dal preambolo della Costituzione che proclama la fedeltà del popolo francese ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale così come definiti dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, che a sua volta fa riferimento a “principi politici, economici e sociali” e a “principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica”, nonché a “trattati internazionali e diritto europeo” ecc. Rimane fuori da questo elenco gli atti normativi la CEDU²⁵¹.

Le leggi nazionali sono sottoposti allo scrutinio dei giudici comuni in rapporto ad altri atti internazionali, il c.d. *controle de conventionnalité*, in virtù della già menzionata disposizione costituzionale, tale controllo è attribuito ai giudici comuni. Ne discende, quindi, l'impossibilità per il *Conseil*, di utilizzare la *question prioritaire de constitutionnalité* per censurare violazioni di diritti e libertà riconosciuti da fonti diverse, e segnatamente da quelle di matrice sovranazionale. Per il *Conseil* ormai costituisce una giurisprudenza orientata a non riconoscere a sé stesso la competenza a verificare in via generale la compatibilità di una norma di legge interna con una convenzione internazionale, né corrispondentemente allo stesso diritto comunitario. Il Consiglio ha chiarito il rapporto tra controllo di costituzionalità, anche come potenziato dall'introduzione della questione incidentale, e controllo di convenzionalità riservata in Francia a tutti i giudici comuni *ex art.55 Cost*²⁵². Pertanto, il *Conseil* non può sindacare la costituzionalità dei trattati già ratificati dalla Francia.

Il modello albanese presenti alcune caratteristiche comuni con le esperienze spagnoli e francesi, quali soprattutto in rapporto tra il diritto nazionale con il diritto internazionale pattizio è regolato in queste esperienze secondo la teoria di matrice monista. Sul piano del controllo di convenzionalità, i giudici comuni hanno la competenza di sindacare la compatibilità delle leggi nazionali con i trattati internazionali ratificati, in virtù delle rispettive disposizioni costituzionali che hanno

²⁵¹ S.GAMBINO, *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p.248.

²⁵² P.COSTANZO, *Decolla in Francia la questione di costituzionalità. La cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano*, in www.giurcost.org.

riconosciuto la prevalenza del diritto internazionale pattizio rispetto alle leggi nazionali.

In riferimento, al controllo di convenzionalità relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, occorre sottolineare che tale controllo viene esercitato nell'esperienza albanese e spagnola, oltre che dai giudici comuni, anche dagli organi di giustizia costituzionale, in virtù delle clausole costituzionali di interpretazione, previste nelle rispettive costituzioni, con l'unica differenza che la clausola costituzionale prevista nell'esperienza spagnola è da intendersi una clausola aperta su tutti i trattati internazionali concernenti i diritti umani ratificati dalla Spagna, mentre la clausola costituzionale albanese, si riferisce esclusivamente alla CEDU.

Nell'esperienza francese, il sindacato dell'organo di giustizia costituzionale si estende pure su controllo di convenzionalità, pertanto convenzioni che rientrano nel *bloc de constitutionnalité*, ma non fa parte la CEDU, pertanto questa convenzione rimane sotto il sindacato dei giudici comuni. Nell'esperienza spagnola e francese gli organi di giustizia costituzionale sono competenti a sindacare la compatibilità della legislazione nazionale con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, richiamata direttamente dalle rispettive costituzioni.

Oltre alle somiglianze summenzionate, il controllo di convenzionalità per come è stato concepito nella Costituzione albanese sembra avere delle forti comunanze con altre esperienze che l'autorevole dottrina²⁵³ recentemente propone di introdurre nel sistema di controllo costituzionale italiano. La trasformazione del modello di giustizia costituzionale italiana da "misto" a "duale" caratterizzato dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati.

Infatti, l'Autore si riferisce alle esperienze presenti in Portogallo, in Brasile ed in Perù dove ad un modello originariamente diffuso è stato successivamente "aggiunto" quello accentrato, senza con ciò però eliminare il primo.

Nonostante il modello proposto si riferisce *lato sensu* al modello di giustizia costituzionale, come ha evidenziato l'Autore, il descritto modello "duale" dovrebbe ovviamente valere pure per l'ipotesi di supposto contrasto di una legge o atto avente forza di legge nazionale con disposizioni della CEDU, quale norma interposta rispetto all'art. 117, comma 1, Cost²⁵⁴.

²⁵³ R.ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli* in www.osservatoriosullefonti.it fasc. 1/2015, pp.26 ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 28.

Il modello “duale” per come è stato descritto sembra infatti, “fotografare” il modello attuale del controllo di convenzionalità presente in Albania, che come abbiamo avuto modo di evidenziare, sostanzialmente riconosce il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la CEDU sia ai giudici comuni sia alla Corte costituzionale, prevedendo contemporaneamente due tipi di controllo quello diffuso ed accentrato.

CONCLUSIONI

Dall'analisi svolta nel presente lavoro pare indispensabile riportare alcuni risultati ricavati dalla comparazione dell'ordinamento costituzionale italiano ed albanese. Entrambi gli ordinamenti sono stati messi a confronto sotto un profilo comune, e, soprattutto per dare una risposta chiara ad una domanda fondamentale a questa ricerca; qual'è il collocamento della Convenzione europea nel sistema delle fonti italiano ed albanese?.

Un primo punto che accomuna i due sistemi nazionali, riguarda l'adesione nel Consiglio d'Europa, l'Italia oltre a essere uno Stato contraente è anche uno Stato fondatore con l'approvazione dello Statuto il 5 maggio 1949, mentre l'Albania ha aderito soltanto il 13 luglio 1995. Nello stesso tempo tale comunanza costituiva anche una premessa per lo svolgimento di un'analisi comparativa, la quale presuppone che entrambi i Paesi siano parte del "sistema Strasburgo".

I risultati che emergono li possiamo elencare in seguito;

1. L'approccio della Costituzione italiana al diritto internazionale è di tipo dualista, secondo la quale l'ordinamento internazionale è un ordinamento separato e distinto dall'ordinamento nazionale. Per poter essere applicato all'ordinamento giuridico interno è necessario che i precetti internazionali siano "trasformati" in norme giuridiche interne. Infatti, per quanto concerne il diritto pattizio, in Italia l'attuazione dei trattati avviene tramite il procedimento di adattamento automatico *ad hoc*, ossia attraverso l'emaneazione di appositi atti normativi volti a recepire gli obblighi assunti dall'Italia sul piano convenzionale solitamente l'emaneazione di una legge assieme al c.d. ordine di esecuzione. Tale impostazione dualista è stata riconosciuta in varie occasioni dalla Corte costituzionale; l'ordinamento comunitario e l'ordinamento italiano sono due ordinamenti giuridici autonomi e separati, ognuno dotato di un proprio sistema di fonti (sentenza n. 170 del 1984), mentre, la Costituzione albanese per stabilire il rapporto tra diritto nazionale e quello internazionale, ha abbracciato la teoria monista "nazionalista", che propugna la supremazia del diritto interno sul diritto internazionale, (la Costituzione prevale sulle convenzioni ratificate, mentre quest'ultime prevalgono sulle leggi interne ad esse confliggenti), ma entrambi fanno parte dell'unico ordinamento giuridico. Tale impostazione non fa differenza tra le norme di

origine internazionale e norme di origine nazionale, esse fanno parte nell'unico ordinamento giuridico applicato dagli operatori del diritto.

2. Le scelte Costituenti sicuramente condizionano l'atteggiamento delle Corti costituzionali riguardo l'approccio dell'ordinamento nazionale con la CEDU. Infatti, l'atteggiamento della Corte costituzionale albanese è da ricondurre come un'atteggiamento di tipo monista-gerarchizzato, un modello kelseniano, il quale considera la CEDU una volta ratificata, parte dell'unico ordinamento giuridico, e risolve i casi di conflitto normativo tra la legislazione nazionale e la CEDU secondo il criterio gerarchico "piramidale", mentre la Corte costituzionale italiana sembra aver accolto la teoria dell'integrazione di Smend²⁵⁵. Infatti, secondo il consolidato orientamento espresso dalla Corte costituzionale italiana, gli enunciati costituzionali e quelli convenzionali devono essere fatti valere congiuntamente per consentire una «valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento» (da ultimo, sentenza n. 191 del 2014)²⁵⁶.
3. Il diritto convenzionale si colloca nella Costituzione albanese in una posizione sub-costituzionale, al di sotto alla Costituzione e al di sopra le leggi, in caso di conflitto il diritto pattizio prevale sulle leggi nazionali (art.122, secondo comma, Cost.), in particolare, la Convenzione europea gode di una posizione *sui generis*, essa ha uno *status costituzionale* nel sistema delle fonti del diritto, soltanto per quanto attiene la limitazione dei diritti fondamentali (art.17, secondo comma, Cost.). L'art.17 Cost., non è una clausola costituzionale che ha puramente un valore ermeneutico che, obbliga il giudici nazionali ad interpretare il diritto nazionale in conformità con la CEDU, ma nello stesso tempo attribuisce la valenza costituzionale anche alla CEDU, per quanto concerne la limitazione dei diritti fondamentali, non essendo riconosciuta la tecnica della norma interposta in questa esperienza. Nell'ordinamento italiano la Convenzione europea, in virtù dell'art.117, primo comma, Cost., ha una posizione sub-costituzionale. La

²⁵⁵T.GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale, specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Op. cit. p. 275.

²⁵⁶ *La tutela multilivello dei diritti fondamentali, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale portoghese, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014*, in www.cortecostituzionale.it.

qualificazione della CEDU, alla stregua di norme interposte in relazione al parametro espresso dall'art.117, primo comma, Cost., fa sì che la CEDU non costituisca direttamente il valore di parametro costituzionale, ma integra il parametro di legittimità costituzionale attraverso la citata disposizione costituzionale.

4. Il controllo di convenzionalità, nella specie, la compatibilità della legislazione nazionale con la CEDU, nell'esperienza albanese è "duale", un controllo di tipo diffuso esercitato dai giudici comuni (*ex art.122, secondo comma, Cost.*) e l'altro di tipo accentrato esercitato in sede di giudizio di costituzionalità (*ex artt. 17, secondo comma, 131 lett.a), Cost.*) esercitato dalla Corte costituzionale. Nell'esperienza italiana le antinomie tra la legge nazionale e la CEDU, secondo la giurisprudenza costituzionale costituisce una questione di legittimità costituzionale attraverso l'art.117, primo comma, Cost., perciò, spetta solo alla Corte costituzionale di sindacare la compatibilità della CEDU con la Costituzione; «Non significa che le norme della CEDU [...] acquistano la forza delle norme costituzionali e sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale [...] proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi alla Costituzione». Pertanto, il controllo di compatibilità del diritto interno alla Convenzione europea è un controllo accentrato esercitato esclusivamente dalla Corte costituzionale italiana.
5. Nell'esperienza albanese, i giudici comuni in virtù del controllo diffuso di convenzionalità, sono tenuti ad applicare direttamente le norme della Convenzione europea qualora esse confliggono con le leggi nazionali, rimane fermo il tentativo di interpretazione conforme alla Convenzione, che per ora non è stato valorizzato dalla Corte costituzionale. Un atteggiamento molto simile è quello ottenuto dalla Corte di Cassazione italiana che ha riconosciuto in passato la immediata precettività delle norme CEDU. Al contrario, nell'esperienza italiana per i giudici comuni esiste un'esplicito divieto imposto dalla Corte costituzionale di applicare direttamente la CEDU, in casi di conflitto normativo, essi devono preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione conforme del diritto interno alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica a sollevare questione di legittimità costituzionale, la Corte

costituzionale ha la competenza esclusiva del sindacato costituzionale in virtù dell'art.117, primo comma, Cost.

6. Quanto agli effetti di vincolo delle decisioni della Corte di Strasburgo, nell'ordinamento albanese i giudici comuni sono obbligati ad applicare direttamente sia le norme della Convenzione sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo aderendo pienamente alla teoria di "cosa interpretata" (E.Lambert, O. De Schutter), mentre recentemente la Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sembra porre dei precisi limiti affinché le sentenze della Corte di Strasburgo possano produrre effetti vincolanti per i giudici nazionali elaborando una serie di criteri o requisiti al riguardo (sent. 49/2015).
7. Sulla riapertura del processo penale a seguito della sentenza di condanna da parte della Corte di Strasburgo, merita sottolineare la forte influenza della Corte costituzionale italiana su quella albanese, quest'ultima soltanto sei mesi dopo la decisione della Corte italiana decise per la riapertura del processo penale adottando una sentenza con lo stesso tenore di quella italiana. Successivamente il legislatore nazionale si è adeguato a tale atteggiamento della Corte costituzionale e nel 2014, ha modificato il codice di procedura penale inserendo una specifica clausola di revisione del processo penale a seguito della sentenza di condanna della Corte EDU. Per quanto concerne il giudicato civile, il legislatore nazionale aveva già provveduto alla modifica del codice di procedura civile nel 2008, fissando una nuova clausola di revisione del processo civile *post-Strasburgo*. Nell'esperienza italiana, la riapertura del processo penale è avvenuta in via giurisprudenziale, e soltanto in riferimento al giudicato penale. Il legislatore nazionale tuttora non ha provveduto a modificare l'art. 630 c.p.p. conformandosi con l'orientamento della Corte costituzionale italiana.

BIBLIOGRAFIA

P.GAETA (a cura di), A.CASSESE, P.GAETA, *Diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013.

A.CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2009.

S.CARBONE, M. LUZZATO, SANTA MARIA.A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

ZAPPALA.S, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2011.

CLAUDIO.Z., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2013.

PINESCHI.L., *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*. Giuffrè, Milano, 2006.

V.BARSOTTI, V.VARANO, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico istituzionale*, ESI, Napoli, 2012.

A.CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

C.RUSSO, P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2006.

M.CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007.

P. DE STEFANI, F. LEITA *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 2002.

M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951.

G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile al diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1987.

S. PANIZZA, R. ROMBOLI, (a cura di), *Temi e questioni di attualità Costituzionale*, CEDAM, Padova, 2009.

LA PERGOLA, *Introduzione*, in U.Leanza, (a cura di) *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della tavola rotonda, Castelgandolfo, 18 ottobre 1986, Milano, 1988.

U.LEANZA (a cura di), *Costituzione dello stato e norme internazionali*, Giuffrè, Milano, 1988.

S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

S. PANIZZA – R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Ed. PLUS - Università di Pisa, Pisa, 2002.

L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, CEDAM, Padova, 1988.

J. LUTHER – R. ROMBOLI – R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999.

V. ONIDA, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Cedam, Padova, 1998.

S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001.

E. MALFATTI, S. PANIZZA, R.ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir.Publ.*, 2001, 1.

M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.

G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale a più facce*, in *Pol. dir.*, 1997.

L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*.

R.ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli,Torino, 2008.

R.ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli,Torino, 2011.

R.ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014.

E.MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013.

- E.MALFATTI, S.PANIZZA, R.ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- P.PASSAGLIA, A.PERTICI, R.ROMBOLI, *Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- P.PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort: un etude comparee*, Mnemosyne, Pisa, 2012.
- P.PASSAGLIA, *La Costituzione dinamica. Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Giappichelli, Torino, 2008.
- A.CASSESE, *Il diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- A. PERTICI, N.NAVARRETTA, *Il dialogo fra le Corti, atti del seminario congiunto del Dottorato del Diritto Privato e del Dottorato di Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentali dell'Università di Pisa*, Pisa, 3 aprile 2003.
- A.CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Editoriale Scientifica, 2009.
- S.BARTOLE, *Riforme costituzionali in europa centro-orientale*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- S.BARTOLE - R.BIN, in *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008.
- S.BARTOLE, *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- S.BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- R.BIN.G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- M.MAZZA, *Giustizia costituzionale in Europa orientale*, CEDAM, Padova, 1999.
- B.CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- B.CONFORTI, *Il diritto internazionale*, editoriale scientifica, 2010.
- D.TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- B.RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- G.RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

G.RAIMONDI, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 1994.

C.NEGRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano. Rapporti tra fonti e giurisdizioni. Editoriale scientifica*, Napoli, 2013.

A.CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

V.SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 2012.

V.SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008.

S.GAMBINO, *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012.

G.MARIO MILITERNI, *Il monismo giuridico e la crisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1952.

R.BIN, G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

S.M.CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001.

A.PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Zanichelli, Modena, 2011.

A.PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

A.CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012.

P.CARROZZA (a cura di), A. DI GIOVINE, G.F.FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, 2011.

A.DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia "post-autoritaria"*, Franco Angeli, Milano, 2012.

T.GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale, specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

P.BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.

R.ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali, il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo* in www.rivistaaic.it

R.ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua*

incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa, in www.giurcost.org.

R.ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli* in www.osservatoriosullefonti.it fasc. 1/2015.

E.LAMARQUE, *Ordinamento nazionale e sovranazionale nella tutela dei diritti, fraternità e mutualismo*, in *Riv. dir. pubbl.*, n.3/2013.

S.BARTOLE, *International constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2014.

F.COCOZZA, *La CEDU come “Costituzione europea dei diritti fondamentali”*, in R.ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994.

A.PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P.FALZEA – A.SPADARO – L.VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, pp.165-216.

M.CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei “nuovi diritti”*, in *Quad.cost.*, 2009.

M.CARTABIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, in A.BALSAMO, E R.E.KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

M.CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur.cost.*, 2007.

G.SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad.cost.*, n. 1/2006, pp. 7 ss.

D.TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in www.forumcostituzionale.it, 2008.

D.TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: Il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it

D.TEGA, *In seguito delle sentenze di condanna della Corte dei diritti di Strasburgo: e nato un quarto grado di giudizio?* in www.forumcostituzionale.it

A.RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.giurcost.org.

A.GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it

A.GUAZZAROTTI, *Applicazione immediata del “diritto vivente” CEDU e “diffusione” del sindacato sulle leggi*, in P.FALZEA, A.SPADARO, L.VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.

A.GUAZZAROTTI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it.

A.GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it.

A.GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. Cost.*, 2006.

O.POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in www.diritticomparati.it.

I.CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

O.POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art.10, c.1, Cost., e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in, www.forumcostituzionale.it, 2009.

O.POLLICINO, *Corti europee e l'allargamento dell'Europa, evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni ordinamentali*, in *Dir.Un.Eur.*,2009.

O.POLLICINO – V.SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it.

E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giur. Cost.* 1993.

G.TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir.Unione Europea*, 2009, p.2.

M.BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur.cost.*, 2008.

A.CELOTTO, M.CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.cost.*, 2002, pp.4483.

L.CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Fasc. 2, 2008.

F.DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it.

M.CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P.VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007.

F.SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2002, p. 1355 ss.

F.SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

R.CONTI, *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.eurpianrights.eu, 2007.

R.CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: Gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?* in www.federalismi.it.

R.CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in www.giurcost.org.

R.CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: Gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo*, in www.federalismi.it.

B.RANDAZZO, *Giudici comuni e corte europea dei diritti*, in www.rivistaaic.it.

B.RANDAZZO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte Edu e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto in un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale, (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012, in ID, Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti.XVI, in www.diritticomparati.it.*

A.RUGGERI, *"Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti" tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp.104.

A.RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi nel "sistema" in www.giurcost.org.*

A.RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali*, in www.rivistaaic.it.

A.RUGGERI, *“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, (con specifico riguardo alla materia penale processuale)*, in www.dirittifondamentali.it.

A.RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai trattati identificativi della struttura dell'ordinamento interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale, (a prima lettura)*, in www.giurcost.org.

A.RUGGERI, *Una opportuna precisazione da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti), tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in www.giurcost.org.

A.RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo, a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011*, in www.forumcostituzionale.it.

A.RUGGERI, *Per un adattamento automatico dell'ordinamento interno ai trattati “eurounitari”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

A. RUGGERI, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it.

V.ZAGREBELSKY, *Corte cost. n.49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della convenzione*, in www.sidi-isil.org.

V.ZAGREBELSKY, *UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in www.sidi-isil.org.

G.ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it.*, 2012, V. col. 29.

C.DEODATO, *L'efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento italiano, la questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato?* in www.governo.it.

P.COSTANZO, *Decolla in Francia la questione di costituzionalità. La cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano*, in www.giurcost.org.

N.PIGNATELLI, *La dilatazione della tecnica della “interposizione”*, in www.forumcostituzionale.it.

A.SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it.

R.GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giurcost.org.

F.GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e la Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it.

S.BARTOLE, *International constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission*, in www.rivistaaic.it.

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.

G.SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n.16 CEDU*, in www.forumcostituzionale.it.

G.SORRENTI, *Le carte internazionali sui diritti umani: un ipotesi di copertura costituzionale a più facce* in *Pol. Dir.*, 1997.

G.SORRENTI, *La conformità dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale internazionalmente riconosciute, e il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV.

A.D'ATENA, *L'interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate (seminario di studio) (Palazzo della Consulta- 6 novembre 2009)*, in www.cortecostituzionale.it.

F.POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org.

A.CELOTTO, *Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo?*, in www.forumcostituzionale.it.

C.PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

C.PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. Cost.* 1999.

F.MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

R.BIN, *Intrepretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

FERNÁNDEZ, R. ÁLVAREZ, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e le corti d'europa*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa, Interpretazione conforme e tecniche*

argomentative, atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Giappichelli, Torino.

L.MONTANARI, *Giudici comuni e corti sovranazionali, rapporti tra sistemi*, in P.FALZEA, A.SPADARO, L.VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.

S. BARTOLE, *Corte e Diritti*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa, (Pisa 4-5 giugno 2010), in corso di pubblicazione in, *Quaderni del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2011.

G. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in L.CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Paravia-Mondadori, 2000.

CELOTTO, *La prevalenza del Diritto comunitario sul Diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione*, in www.iidpc.org.

V. CRISALFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990.

U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it.

J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*. Tomo I. Usa, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Giappichelli, Torino, 2000.

R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, Relazione al Convegno della Corte di Cassazione "La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale", Roma 21 gennaio 2009, in www.europeanrights.eu

R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. 39 del 2008, in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?* in www.forumcostituzionale.it.

R.DICKMAN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art.24 Cost., come principio supremo e limite al diritto inenazionale generalmente riconosciuto, (nota a Corte cost., sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)* in www.federalismi.it.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale poroghese, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014, in www.cortecostituzionale.it.

S.SADUSHI, *Drejtësia kushtetuese në zhvillim: trajtime teorike dhe praktikës së gjykimit kushtetues*, Toena, Tiranë, 2012.

- A.PUTO, *E drejta ndërkombëtare publike*, Guttenberg, Tiranë, 2010.
- L.OMARI, A.ANASTASI, *E drejta kushtetuese*, ABC, Tiranë, 2010.
- K.TRAJA, *Drejtesi kushtetuese*, Luarasi, Tiranë, 2000.
- XH.ZAGANJORI, *Demokracia dhe shteti i së drejtës*, Luarasi, Tiranë, 2002.
- L.OMARI, *Shteti i së drejtës*, Lilo, Tiranë, 2002.
- L.OMARI, *Historia e Shtetit dhe së drejtës në Shqipëri, grup autorësh*, Luarasi, Tiranë, 2007.
- L.OMARI, *Ndarja e pushteteve dhe pavarësia e institucioneve kushtetuese*, Elena Gjika, Tiranë, 2011.
- L.OMARI, *Parime dhe institucione të së drejtës publike*, Elena Gjika, Tiranë, 1999.
Implementimi i Kushtetutës së Shqipërisë, Komisioni Europian për Demokracinë nëpërmjet ligjit, viti 1999.
- L.OMARI, *Sistemi parlamentar: lindja dhe evolucioni i parlamentarizmit. Parlamenti në Shqipëri: (vështrim historiko-juridik)*, Elena Gjika, Tiranë, 2000.
- REX E.LEE, *Vështrime të një juristi për Kushtetutën*”, Nënë Tereza, Tiranë, 2000.
- A.ANASTASI, *Institucionet politike dhe e drejta kushtetuese në Shqipëri*, Luarasi, Tiranë, 1998.
- A.ANASTASI, *Historia e së Drejtës Kushtetuese në Shqipëri (1912-1939)*, Luarasi, Tiranë, 1998.
- A.ANASTASI, *Histroria e Institucioneve*, SHBLU, Tiranë, 2002.
- E.ÇANI, XH.ZAGANJORI, E.ALIMEHMETI, *Shteti i së drejtës dhe qeverisja vendore*, West print, Tiranë, 2013.
- XH.ZAGANJORI, A.VORPSI, D.BIBA, *Parime kushtetuese dhe të drejta themelore në jurisprudencën e Gjykatës Kushtetuese*, Adelprint, Tiranë, 2012.
- E.HOXHAJ, *E drejtë kushtetuese e krahasuar, (rishikimi i kushtetutave në Europë)*, Gurten, Tiranë, 2013.
- XH.ZAGANJORI, *Demokracia dhe shteti i së drejtës*, Luarasi, Tiranë, 2002.
- DH.DHIMA, *E Drejta Kushtetuese e Republikës Popullore të Shqipërisë*, Botim i Universitetit të Tiranës, 1963.
- K.LOLOCI, *E Drejta Kushtetuese*, De Rada, Tiranë, 1997.

Debati Kushtetues, Vëllimi I, Botim i prezencës së OSBE-se në Shqipëri, Tiranë, 2006.

Debati Kushtetues, Vëllimi II, Botim i prezencës së OSBE-se në Shqipëri, Tiranë, 2006.

F.HOBDARI, A.JORGANXHI, *Debati kushtetues: diskutimet e zhvilluara në mbledhjet e Komisionit Parlamentar për hartimin e Projektkushtetutës: mars-shtator 1998*, Tiranë, 2006.

K.KRISAFI, G.AUBERT, S.ORDOLLI, *Kushtetuta e re shqiptare e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë: takim mbi kushtetutën e Republikës së Shqipërisë, Gjenevë më 21-22 mars 2002, Colloque sur la Constitution de la Republique d'Albanie, Genève le 21-22 mars 2002*, Tiranë, 2002.

A.ANASTASI, *Garancitë e të drejtave themelore të njeriut në Kushtetutën shqiptare*, në K.KRISAFI, G.AUBERT, S.ORDOLLI, *Kushtetuta e re shqiptare e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë: takim mbi kushtetutën e Republikës së Shqipërisë, Gjenevë më 21-22 mars 2002, Colloque sur la Constitution de la Republique d'Albanie, Genève le 21-22 mars 2002*, Tiranë, 2002.

K.TRAJA, *Kushtetuta dhe sistemi i mbrojtjes së të drejtave të njeriut*, në K.KRISAFI, G.AUBERT, S.ORDOLLI, *Kushtetuta e re shqiptare e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë: takim mbi kushtetutën e Republikës së Shqipërisë, Gjenevë më 21-22 mars 2002, Colloque sur la Constitution de la Republique d'Albanie, Genève le 21-22 mars 2002*, Tiranë, 2002, p.60.

DH.DHIMA, *Kushtetuta e Republikës Popullore të Shqipërisë*, Ministria e Arsimit dhe Kulturës, Tiranë, 1958.

Kushtetuta e RPSSH, 8 Nëntori, Tiranë, 1977.

S. BARTOLE, *Kushtetuta si një instrument qëndrueshmërie dhe zhvillimi: konferencë shkencore me rastin e 15 vjetorit të Kushtetutës së Republikës së Shqipërisë: Tiranë, 22 nëntor 2013*, Kristalina KH, Tiranë, 2013.

S.SADUSHI, *Kushtetuta si një instrument qëndrueshmërie dhe zhvillimi: konferencë shkencore me rastin e 15 vjetorit të Kushtetutës së Republikës së Shqipërisë: Tiranë, 22 nëntor 2013*, Kristalina KH, Tiranë, 2013.

K.KRISAFI, *Jus & Justicia, Kushtetuta 10 vjet më pas*, Tiranë, 2008.

J.NJAZI, *Probleme të Kushtetutës. Përmbledhje shkrimesh*, Tiranë, 1998.

L.REX, *Vështrime të një juristi për Kushtetutën*, Tiranë, 2000.

A.VORPSI, *Procesi i rregullt ligjor në praktikën e Gjykatës Kushtetuese të Shqipërisë*, Maluka, Tiranë, 2011.

A.ANASTASI, *E drejta Kushtetuese e Krahasuar, Dajti 2000*, Tiranë, 2009.

A.PUTO, *Konventa Evropiane për të drejtat e njeriut në përjasje me Kushtetutën e Shqipërisë* (Vështrim krahasues), Albin, Tiranë 2002.

XH.ZAGANJORI, A.ANASTASI, A. METHASANI (ÇANI), *Shteti i së drejtës në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë*, Adelprint, Tiranë, 2011.

A.LOIODICE, *La costituzione albanese*, Cacucci, Bari, 1999.

L.BIANKU, *Të drejtat e njeriut në Europë*, Botim i Qendrës Evropiane, Flesh, Tiranë, 2001.

L.BIANKU, *Të drejtat e njeriut në Europë*, Tiranë, 2009.

A.DACI, *Të drejtat e Njeriut*, Julvin 2, Tiranë, 2011.

ANASTASI, *Internacionalizimi i së drejtës kushtetuese, klauzolat kushtetuese të integritetit të Shqipërisë*. in “Polis”, nr.4, Tiranë 2007.

V.KRISTO, *Kontrolli kushtetues i pajtueshmërisë së legjislacionit shqiptar me standardet e KEDNJ*, in *Përmirësimi i cilësisë së zbatimit të KEDNJ nëpërmjet zgjerimit të bashkëpunimit ndërmjet institucioneve vendase*, 26-27 shtator, Tiranë, in www.gjk.gov.al.

XH.ZAGANJORI, *Efektiviteti i mjeteve të brendshme të sistemit shqiptar në kuptimin e nenit 13 të Konventës Evropiane të të Drejtave të Njeriut*, in www.gjk.gov.al.

S.SADUSHI, *Jurisprudenca e Gjykatës Kushtetuese në frymën e Konventës Evropiane për të Drejtat e Njeriut*, in “E drejta parlamentare dhe politikat ligjore”, n. 11/2003.

B.DEDJA, *Juridiksioni kushtetues kundrejt juridiksionit të zakonshëm*, në Seminarin “Mbi fushëveprimin e vlerësimit të vendimeve të gjykatës supreme”, Prishtinë, 13 qershor 2013, in www.gjk.gov.al.

K.KRISAFI, *Kushtetuta shqiptare dhe e drejta ndërkombëtare*, botuar në Buletinin e Gjykatës Kushtetuese, Tiranë, 2004.

L.BIANKU, *E drejta ndërkombëtare dhe sistemi i brendshëm juridik shqiptar*, botuar në Raportin mbi studimin e përjasjes së legjislacionit shqiptar me KEDNJ-në, Tiranë, 2003.

L.BIANKU, *Disa aspekte të zbatimit të konventës evropiane të të drejtave të njeriut në nivel kombëtar*, in “Jeta Juridike” nr. 3, Tiranë, 2014.

XH.ZAGANJORI, A.HAJDARI, *Mbi gjykimet në Gjykatën Evropiane të të Drejtave të Njeriut*, in “Studime Juridike”, n. 1/2002.

A.ÇELA, *E drejta kushtetuese e RPSSH*, Tiranë, 1985.

A.NUNI, N.DOLLANI, *E drejta e pronës sipas Konvetës Europiane për të Drejtat e Njeriut dhe Liritë Themelore, (neni 1 protokolli 1)*, in “Studime Juridike”, n. 1/2006.

A.ANASTASI, *Integrimi i Shqipërisë dhe e drejta kushtetuese në Shqipëri, sfidat për të ardhmen e integritit*, in “Studime Juridike” n. 2/2009.

D.BUSHATI, *Disa shënime në lidhje me Statutin e Romës, për Gjykatën Penale Ndërkombëtare*, in “E drejta parlamentare dhe politikat ligjore” n. 12/2003.

A.ANASTASI, *Internacionalizimi i së drejtës kushtetuese, klauzolat kushtetuese të integritit të shqipërisë*, in “Polis”, nr.4, Tiranë, 2007.

XH.ZAGANJORI, *Vendi i së drejtës ndërkombëtare në Kushtetutën e Republikës së Shqipërisë*, in “Jeta Juridike”, nr.2, Tiranë, 2004.

XH.ZAGANJORI, *E drejta ndërkombëtare në gjykimet dhe vendimet e gjykatave kombëtare*, in “Jeta Juridike”, nr. 2, Tiranë, 2005.

K.TRAJA, *Kushtetuta dhe sistemi i mbrojtjes së të drejtave të njeriut*, botuar në, “Kushtetuta shqiptare sfida e së ardhmes euroatlantike të Shqipërisë, Lurasi, Tiranë, 2002.

K.TRAJA, *Konventa Evropiane e të drejtave të Njeriut dhe procesi i rregullt ligjor sipas Kushtetutës Shqiptare*, in, “Dhjetë vjet Gjykatë Kushtetuese”, Botim i Gjykatës Kushtetuese, Tiranë, 2003.

K.TRAJA, *Procesi i rregullt ligjor, aspekti substantiv*, in “Studime Juridike”, n. 1/2005.

A.PUTU, *Konventa Evropiane e të Drejtave të Njeriut dhe Legjislacioni i brendshëm*, in “E drejta parlamentare dhe politikat ligjore”, n. 4/2001.

S. JANINA, *E Drejta ndërkombëtare zakonore në vendimet e gjykatave kombëtare*, in “Jeta Juridike”, nr. 1, mars, Tiranë, 2011.

A.SHTYLLA, *Aktet ndërkombëtare dhe ndikimi i tyre në sistemin e brendshëm juridik, të së drejtës së punës*, in “Jeta Juridike” nr. 1, Tiranë, 2013.

E.HAJRO, *Ekzekutimi i vendimeve të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut dhe praktika gjyqësore e brendshme*, in “Jeta Juridike”, nr. 1, Tiranë, 2011.

I.PECI, *Ndihma juridike sipas Konventës Evropiane për të Drejtat e Njeriut*, in “Jeta Juridike”, nr. 1. Mars 2011.

E.DOBJANI, *Ekzekutimi i vendimeve gjyqësore të Gjykatës Evropiane të të Drejtave të Njeriut nga shteti shqiptar*, in “Jeta Juridike” nr. 1, Mars 2007.

A.KARAJ, *Konventat ndërkombëtare dhe kontrolli i tyre*, in “Studime Juridike”, nr. 2, Tiranë, 2005.

C. RICHARD. *Fair Trial rights*. Oxford University Press, Oxford, 2010.

L. PHILIP. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

KËSHILLI I EVROPËS, *Heqja e dënimit me vdekje në Evropë*, 1999.

KËSHILLI I EVROPËS, *Raporti mbi studimin e përjasjes së legjislacionit shqiptar m Konventën Evropiane të të Drejtave të Njeriut*, Tiranë, 2001.

KOMITETI SHQIPTAR I HELSINKIT, *Gjykata Penale Ndërkombëtare. Rasti Shqipërisë*, Tiranë, 2004.

Kushtetuta, botim i Komitetit Shqiptar të Helsinkit, Albin, Tiranë, 1998. Vol I, II.

Këshilli i Evropës, Këshilli i Evropës për Shqipërinë – Përmbledhje dokumentesh. 1991-1997.

KE-UNICEF, *Paketë me Rekomandime të Këshillit të Evropës në Lidhje me Administrimin e Drejtësisë Restauruese*, Tiranë, 2007.

Përmbledhje e vendimeve të Gjykatës Europiane për të Drejtat e Njeriut kundër Shqipërisë, botim i Qendrës së Publikimeve Zyrtare, Tiranë, 2010.

Përmbledhje vendimesh unifikuese të Gjykatës së Lartë 2000-2012, botim i Qendrës së Publikimeve Zyrtare, Tiranë, tetor, 2012.

Raporti mbi studimin e përjasjes së legjislacionit shqiptar me Konventën europiane të të drejtave të njeriut, Tiranë, 2001. Botim i Këshillit të Evropës dhe Ministrisë së Drejtësisë.