

*Sviluppatosi a partire dal XVIII secolo nella Francia pronta alla Rivoluzione, **il diritto amministrativo rappresenta storicamente un “figlio dello Stato”**. Prima di allora non c’era il diritto amministrativo, e neanche quello pubblico in generale. Il potere derivava dal diritto di proprietà e la società medievale era totalmente retta dal diritto privato.*

*Se, infatti, da un lato, il diritto amministrativo è la disciplina giuridica del potere pubblico e, dall’altro, a partire dal 1684 – anno cui si riconduce convenzionalmente la nascita degli Stati nazionali –, il modello tipico del potere pubblico è lo Stato, ben si comprende come **la nascita e lo sviluppo di tale branca del diritto siano stati storicamente e giuridicamente connessi alla nozione di sovranità nazionale**. Può, anzi, dirsi che la circostanza per cui al centro del diritto amministrativo v’è l’attività autoritativa della P.A., l’esercizio dei suoi poteri imperativi e di coazione nei confronti dei privati, lo rende, tradizionalmente, una delle più emblematiche espressioni della sovranità dello Stato.*

*Si deve aggiungere che **il diritto amministrativo è figlio di un particolare tipo di Stato: lo Stato di diritto** (Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of the law) partorito dalla rivoluzione francese, perché la previsione di limiti giuridici al potere pubblico implica il superamento del modello assoluto del sovrano legibus solutus (Luigi XIV: l’Etat c’est moi) e il conio di un modello di Stato basato sulla separazione dei poteri, e, segnatamente, su un reticolo di checks and balances che vuole evitare abusi ai danni del cittadino consentendo a quest’ultimo di chiedere tutela a un giudice indipendente ove l’autorità pubblica violi le regole che ne disciplinano l’azione e ne orientino il potere.*

*Da siffatto incontestabile dato storico è conseguito che, **per lungo tempo, tale branca dell’ordinamento ha assunto una connotazione rigidamente nazionale**, venendo concepita quale diritto di matrice solo e necessariamente statale. Per un verso, si è sostenuto che **un vero diritto amministrativo non potesse esistere oltre lo Stato**. Atteso che il potere pubblico nazionale è sovrano esclusivamente nell’ambito dei suoi confini, solo all’interno degli Stati si sarebbero potute realizzare le condizioni per l’affermarsi di un apparato con il monopolio del potere, legittimato ad incidere unilateralmente e in via imperativa sulla sfera giuridica dei singoli.*

*Per altro verso, si è sempre ritenuto che la sovranità esterna degli Stati impedisse la configurabilità di una disciplina ultra-statale del diritto amministrativo*

nazionale. L'essenza del diritto amministrativo è la **giuridicizzazione del potere statale**, frutto dell'idea per cui il **potere pubblico è sottoposto al diritto**.

**Detta tradizionale dimensione esclusivamente e necessariamente statale del diritto amministrativo è stata messa in crisi dai mutamenti che – da settant'anni a questa parte – hanno interessato lo spazio geo-politico dell'Europa nel senso di una sempre più significativa integrazione e cooperazione reciproca.** Da un lato, è nato il Consiglio d'Europa quale organizzazione internazionale volta a promuovere la democrazia, i diritti umani e la comune identità europea, attraverso l'elaborazione di convenzioni rimesse all'adesione dei singoli Stati-parte. Dall'altro, e soprattutto, ha preso avvio il processo di integrazione comunitaria che ha inglobato gli ordinamenti giuridici degli Stati membri nel più vasto ordinamento sovranazionale dell'Unione Europea, capace di produrre norme giuridiche vincolanti e direttamente applicabili all'interno degli stessi.

Per l'effetto dell'uno e dell'altro mutamento, **l'ordinamento giuridico italiano è divenuto composito** e si è definitivamente aperto a una penetrazione di fonti ultra-statali dalla quale, per ampiezza, rilevanza e trasversalità delle materie coinvolte, non è rimasto immune nemmeno il diritto amministrativo.

Nel contesto geo-politico europeo e, in particolare, nella cornice ordinamentale dell'Unione, il nesso di necessaria interdipendenza fra diritto amministrativo e referente statale si è definitivamente reciso, dimostrando che se fin dalla sua remota origine il diritto amministrativo si è sviluppato nel quadro giuridico dello Stato e in funzione del perseguimento dei suoi scopi, **il carattere nazionale è solo un dato storico del suo effettivo sviluppo e non invece una connotazione naturale e imm modificabile.**

Alla luce di quanto detto e in contrapposizione all'approccio tradizionale, non appare più immaginabile uno studio del diritto amministrativo che prescindere dalla disamina di alcuni dei più importanti principi e istituti del diritto europeo – Cedu e, soprattutto, comunitario – e internazionale per le ripercussioni che gli stessi hanno prodotto su numerosi profili del diritto amministrativo italiano sostanziale e processuale.

**Il diritto amministrativo acquisisce ormai una dimensione globale, solo trent'anni fa fantasiosa e inimmaginabile.** Di qui il bisogno di iniziare un nuovo e moderno manuale amministrativo con lo sguardo al diritto internazionale, al modello convenzionale (capitolo 1) e al diritto dell'Unione europea (capitolo 2).

# CAPITOLO I

## *Il diritto amministrativo CEDU*

SOMMARIO: 1. Il diritto internazionale: profili generali. – 1.1. Il diritto internazionale come ordinamento a giuridicità limitata e i rapporti con l'ordinamento nazionale. – 1.1.1. Il rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale. – 1.2. I meccanismi di recepimento delle norme di diritto internazionale e il loro rango nel sistema interno delle fonti. – 2. Il Consiglio d'Europa e la CEDU. – 2.1. Il rapporto tra CEDU e ordinamento interno. – 2.1.1. Il rango delle norme CEDU: le differenze rispetto al diritto comunitario. – 2.1.2. (*Segue*): La CEDU non è stata "comunitarizzata". – 2.1.3. L'efficacia delle sentenze della Corte EDU. – 2.1.4. (*Segue*): Effetti delle sentenze CEDU nei confronti dello Stato parte del giudizio. – 2.1.5. (*Segue*): Effetti delle sentenze CEDU al di fuori del singolo caso deciso. – 2.1.6. La tutela multilivello dei diritti fondamentali: le prospettive dell'adesione dell'Unione alla CEDU. – 2.2. L'influenza della CEDU sul diritto amministrativo. – 2.2.1. Le sanzioni amministrative. – 2.2.2. (*Segue*): Le garanzie processuali *ex art. 6 CEDU*. – 2.2.3. (*Segue*): Le garanzie sostanziali *ex art. 7 CEDU*. – 2.2.4. (*Segue*): Il cd. "doppio binario" sanzionatorio e la compatibilità con il principio del *ne bis in idem*. – 2.2.5. La tutela della proprietà in materia di espropriazione per pubblica utilità (cenni e rinvio). – 2.2.6. Il giudicato in contrasto con la CEDU.

### **1. Il diritto internazionale: profili generali**

Il **diritto internazionale** può essere definito come il **complesso di norme che disciplinano i rapporti fra Stati, nonché fra Stati e organizzazioni internazionali.**

**Il diritto internazionale presenta alcune peculiarità che lo differenziano da quelli nazionali, tanto sotto il profilo strutturale, quanto sotto il profilo contenutistico.**

Le diversità strutturali fra i due ordinamenti affondano le proprie radici nella differente conformazione della comunità internazionale rispetto a quelle statali. Mentre la comunità statale è organizzata in modo gerarchico, poiché esiste un ente sovraordinato (Stato-apparato) che stabilisce le regole applicabili alla comunità nazionale sottostante, **la comunità internazionale presenta una struttura orizzontale, a cui tutti gli Stati partecipano paritariamente come enti sovrani** (*qui superiorem non recognoscent*). **La comunità internazionale e, per**

l'effetto, **l'ordinamento che la regge sono**, in altri termini, **acefali**, privi di un autorità sovraordinata che si atteggi a “governo mondiale” (GIOIA).

Il carattere acefalo della comunità internazionale si ripercuote su tutte e **tre le funzioni essenziali di un qualsiasi ordinamento giuridico**: quella **normativa**, di produzione giuridica, quella **giurisdizionale**, di accertamento del diritto e quella **coercitiva**, di esecuzione coattiva del diritto stesso.

Quanto alla prima, mentre negli ordinamenti giuridici nazionali la produzione giuridica è, di regola, eteronoma, essendo la legge prodotta da organismi all'uopo preposti (Parlamento), distinti dai suoi destinatari, **la produzione delle norme giuridiche nell'ambito della comunità internazionale è affidata agli stessi soggetti che ne sono destinatari**, ossia agli Stati medesimi. Le fonti del diritto internazionale sono, infatti, rappresentate dalle **consuetudini internazionali** e dai **Trattati internazionali**.

**Le consuetudini** (o norme di diritto internazionale generalmente riconosciute) **sono fonti non scritte formatesi in seguito all'applicazione spontanea, costante e ripetuta da parte delle Nazioni** per un arco di tempo sufficientemente ampio (*diuturnitas*), accompagnata dalla convinzione degli Stati medesimi della relativa doverosità del comportamento (*opinio iuris ac necessitatis*). Come conferma la storia, **il ruolo della consuetudine nel sistema delle fonti è, da sempre, specchio del grado di strutturazione dell'ordinamento, con il quale si pone in un rapporto di proporzionalità inversa**. Negli ordinamenti caratterizzati da un forte potere centralizzato e da un articolato sistema di produzione normativa (come gli attuali ordinamenti statali), **la consuetudine**, pur non scomparendo del tutto, **gioca un ruolo marginale e secondario, in favore del primato della legge** (quale fonte scritta ed eteronoma, per eccellenza); **al contrario, la consuetudine prevale nei sistemi giuridici privi di un potere organizzato** o, comunque, caratterizzati dalla pluralità di centri di potere tra loro di pari grado, come l'ordinamento feudale nel medioevo e, oggi, l'ordinamento internazionale. Tra consuetudine e legge corre, in altri termini, un rapporto di corrispondenza biunivoca, nel senso che “*dove l'una è rigogliosa, l'altra cresce stentata; quando l'una progredisce, l'altra decade*” (BOBBIO).

**Le norme di diritto internazionale pattizio**, invece, **sono quelle contenute in accordi, trattati e convenzioni internazionali**, nonché quelle contenute negli atti secondari adottati dagli organi eventualmente istituiti dalle convenzioni e dai trattati medesimi. Esse vincolano gli Stati sottoscrittori che, aderendo al trattato medesimo, si sono impegnati a rispettarle.

Parimenti, per quanto attiene alla funzione giurisdizionale, mentre negli ordinamenti interni l'accertamento delle violazioni perpetrate alle norme che compongono l'ordinamento è demandato a un sistema di tribunali a competenza generale e obbligatoria, **nella comunità internazionale la funzione di accerta-**

**mento giudiziario delle infrazioni commesse è assicurata attraverso lo strumento dell'arbitrato**, che poggia sull'accordo delle parti confliggenti diretto a sottoporre la controversia che le coinvolge a un determinato giudice. Non mancano, peraltro, istanze giurisdizionali istituzionalizzate, ossia Tribunali e Corti a carattere permanente istituiti da singoli Trattati internazionali, dinnanzi ai quali gli Stati contraenti possono essere citati da altri Stati contraenti o, come si vedrà, anche da singoli individui. Anche in questi casi, comunque, **il fondamento della giurisdizione è puramente consensuale e facoltativo**, dipendendo dalla preventiva dichiarazione di volontà da parte degli Stati medesimi che sottoscrivendo e ratificando il Trattato, hanno accettato di sottoporvisi.

Infine, considerazioni del tutto analoghe valgono per la **funzione di attuazione coattiva del diritto**, ossia per il profilo sanzionatorio-coercitivo. Negli ordinamenti interni la produzione eteronoma delle norme giuridiche si accompagna alla predisposizione di un corrispondente apparato di misure sanzionatorie atte ad assicurare il soddisfacimento/riparazione dell'interesse leso e la cui effettività è, del pari, garantita attraverso la precostituzione di appositi organismi dotati di poteri coercitivi. Nell'ordinamento internazionale, invece, alla produzione autonoma delle norme giuridiche fa seguito l'**assenza di un apparato sanzionatorio puntuale ed effettivo**, presidiato da organi di polizia internazionale indipendenti dagli Stati e dotati di superiori poteri coercitivi. **I mezzi adoperati per assicurare coattivamente l'osservanza delle norme e per reprimere le violazioni sono** tutti essenzialmente **riconducibili all'istituto dell'autotutela**: lo Stato detentore del monopolio della forza legittima, provvede da sé a tutelare e difendere i propri diritti all'interno della Comunità internazionale (*self-defence*). Anche in questo caso, dunque, quella che è l'eccezione in diritto interno (l'autotutela è, come noto, ammessa soltanto entro certi ristrettissimi limiti e in peculiari condizioni di impossibilità di immediato intervento degli organi statali) diventa la regola nel diritto internazionale.

**Le differenze tra ordinamento internazionale e ordinamenti nazionali** non si arrestano al profilo strutturale ma **investono anche e soprattutto quello contenutistico ed effettuale**.

Mentre il diritto nazionale si rivolge ai consociati disciplinandone i rapporti reciproci (cd. rapporto orizzontali) e nei confronti dello Stato-apparato (ossia la Pubblica Amministrazione, cd. rapporti verticali), **il diritto internazionale si indirizza sempre e comunque agli Stati**, creando diritti e obblighi per questi ultimi.

Si badi, **il diritto internazionale** è sempre meno un diritto per diplomatici, volto a disciplinare i rapporti (economici, commerciali e politici) interstatali, e **tende, invece, sempre più di frequente, a disciplinare rapporti interni alle singole comunità nazionali, occupandosi** – come plasticamente dimostra la

CEDU – **di libertà e diritti individuali**. Cionondimeno, **anche in questi casi, le norme internazionali hanno per destinatari diretti gli Stati nazionali, e non già i singoli individui degli ordinamenti interni**.

Come si vedrà (vedi, *infra* Capitolo II), a differenza di quanto vale per l'ordinamento comunitario, **il diritto internazionale non ha mai efficacia diretta all'interno dei singoli ordinamenti**. Esso, cioè, **non attribuisce mai situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) in capo ai singoli direttamente azionabili davanti alle autorità giudiziarie nazionali, ma opera sul piano interstatale, creando in capo agli Stati obblighi internazionali di tutela dei singoli**. In buona sostanza, per il diritto internazionale, **i singoli non sono mai soggetti titolari di diritti, ma, piuttosto, oggetto di tutela**.

### *1.1. Il diritto internazionale come ordinamento a giuridicità limitata e i rapporti con l'ordinamento nazionale*

Alla luce di tali peculiari caratteristiche, in particolare con riguardo ai profili strutturali, **si discute tradizionalmente in dottrina se il diritto internazionale assurga a vero e proprio ordinamento giuridico**, se, cioè, il complesso delle norme internazionali (consuetudinarie e pattizie) compongano un sistema giuridico compiuto e unitario.

Sposando un approccio di tipo kelseniano (in forza del quale un ordinamento giuridico può dirsi tale nella misura in cui alle norme che lo compongono si affianchi un adeguato apparato sanzionatorio idoneo a garantirne il rispetto), **un primo orientamento nega che il diritto internazionale assurga a vero e proprio ordinamento giuridico**. A tal fine, si pone l'accento, per un verso, sulla **natura acefala del diritto internazionale** privo di un'autorità legislativa, amministrativa e giurisdizionale in posizione di sovraordinazione rispetto ai soggetti sottoposti al diritto medesimo, per altro verso, e per l'effetto, sulla **mancanza di un sistema sanzionatorio organico ed effettivo**, capace di assicurare il rispetto delle norme internazionali da parte dei singoli Stati. Come detto, infatti, il rispetto delle norme nell'ordinamento internazionale è, ancor oggi, in linea di principio affidato allo strumento dell'autotutela ovvero, comunque, alla collaborazione dello stesso Stato resosi responsabile della violazione.

In senso opposto, **altra tesi riconosce al diritto internazionale piena dignità di ordinamento giuridico** ritenendo necessario distinguere il piano normativo da quello sanzionatorio. Secondo l'orientamento in esame, infatti, un ordinamento giuridico può dirsi esistente allorché esista un apparato di norme e precetti giuridici compiuti, a prescindere dalla sussistenza di un parallelo apparato sanzionatorio pienamente efficiente ed effettivo. La presenza di sanzioni

non effettive e richiedenti la collaborazione degli stessi Stati nazionali non toglierebbe nulla alla piena giuridicità dell'ordinamento internazionale.

Nella contrapposizione fra tali opposti orientamenti, la dottrina maggioritaria e più condivisibile sposa una **tesi mediana** che se pur riconosce al diritto internazionale dignità di ordinamento giuridico, ritiene che si tratti di un **ordinamento a giuridicità strutturalmente limitata** perché frutto di un' **autolimitazione dei singoli Stati nazionali** (CONFORTI), e cioè degli stessi soggetti che ad esso sono sottoposti. **Il diritto internazionale non è un ordinamento autonomo, ma, al contrario strutturalmente dipendente dalla volontà e dalla collaborazione degli Stati, non coercibile ab externo.**

Tale **dipendenza** si manifesta **sul piano genetico e sul piano funzionale**. Sul piano genetico, il diritto internazionale – pattizio, in particolare – nasce da un atto di volontà degli Stati sottoscrittori che ad esso sono vincolati in tanto in quanto abbiano così deciso e accettato. Sul piano funzionale, l'applicazione del diritto internazionale è rimessa alla collaborazione degli Stati nella misura in cui gli stessi si impegnano a garantirne il rispetto, accettando di sanzionarne le violazioni con i propri rimedi di diritto interno.

### *1.1.1. Il rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*

Tanto chiarito, occorre chiedersi quale sia il **rapporto fra l'ordinamento internazionale e quello nazionale**.

Sul punto si sono contrapposte due tesi.

Secondo una prima **tesi cd. monista, diritto internazionale e diritto nazionale** farebbero **parte di un unico ordinamento integrato**. Nell'ambito di questa tesi potrebbero, poi, distinguersi, due varianti a seconda di quale dei due diritti si ritenga che integri e inglobi l'altro in se stesso.

Secondo l'**indirizzo cd. monista-nazionalista** (MOSER) sarebbe il diritto nazionale a integrare, al proprio interno, il diritto internazionale. Quest'ultimo altro non sarebbe che un "diritto statale esterno", ossia un diritto pur sempre nazionale, che opera, però, al di fuori del territorio dello Stato, sul piano dei rapporti internazionali.

Secondo l'**indirizzo cd. monista-internazionalista**, invece, sarebbe il diritto internazionale a integrare, al proprio interno, il diritto nazionale che si atteggierebbe, così, a "diritto internazionale periferico", ossia a branca del diritto internazionale ad applicazione decentrata (sui singoli territori nazionali).

**Entrambe le varianti dell'indirizzo monista peccano, evidentemente, di opposti eccessi.**

La prima giunge a una sostanziale negazione dell'esistenza del diritto internazionale; la seconda, all'opposto, negando ogni autonoma legittimazione ai

diritti nazionali, appare evidentemente incompatibile con i sopra esposti caratteri strutturali del diritto internazionale, quale diritto acefalo, frutto di un'autolimitazione dei singoli Stati nazionali, nei quali trova ingresso in tanto in quanto questi ultimi vi acconsentano.

Del tutto prevalente in dottrina e in giurisprudenza è, pertanto, la **tesi cd. dualista** per cui **diritto internazionale e diritto nazionale sono ordinamenti fra loro distinti e separati**, sia pur evidentemente collegati. Si rileva, in proposito, che **presupposto per la configurabilità di un unico ordinamento integrato è la permeabilità** reciproca o quantomeno unilaterale **delle rispettive fonti**. Occorre cioè che le fonti di almeno uno dei due ordinamenti possano direttamente incidere in senso costitutivo, modificativo e/o abrogativo sulle fonti dell'altro. Ciò non è, evidentemente, nell'ambito dei **rapporti fra diritto internazionale e diritto interno, caratterizzati da reciproca impermeabilità**. Se è, infatti, pacifico, che le fonti interne non possono creare, modificare o abrogare norme internazionali, altrettanto vale per le fonti internazionali rispetto al diritto interno. Il diritto internazionale non vige sul territorio nazionale per forza propria ma in tanto in quanto il diritto nazionale lo consenta attraverso un atto interno di recepimento.

### *1.2. I meccanismi di recepimento delle norme di diritto internazionale e il loro rango nel sistema interno delle fonti*

**I meccanismi di recepimento del diritto internazionale nel nostro ordinamento interno** sono di **due tipi**: il **procedimento ordinario** e il **procedimento speciale**.

Il **procedimento ordinario** consiste nell'**adozione di una norma interna** (di regola una legge ordinaria) **che riproduce integralmente e pedissequamente il contenuto della norma internazionale**. Attraverso tale procedimento si realizza pertanto una **nazionalizzazione in senso stretto della norma internazionale**, che, di fatto, nel momento in cui viene recepita, cessa di essere tale, perdendo ogni collegamento con la sua originaria internazionalità. In altri termini, **la norma internazionale rappresenta una mera *occasio legis***, il presupposto per l'adozione di una norma nazionale di uguale contenuto che, per il resto, in nulla differisce dalle altre leggi interne. La rescissione di ogni collegamento con la norma internazionale porta con sé inconvenienti di immediata evidenza: la norma interna, infatti, opera e continua a operare a prescindere dalle modifiche e/o dalla caducazione che eventualmente subisca la norma internazionale recepita, le cui vicende nell'ambito dell'ordinamento internazionale di provenienza restano del tutto ininfluenti.

Per tale ragione, nella quasi totalità dei casi (almeno allorché la normativa internazionale sia completa e non necessiti di interventi di completamento da parte



del legislatore nazionale) al procedimento ordinario è preferito il **procedimento speciale o per rinvio: la legge nazionale di recepimento non riproduce materialmente il contenuto della norma internazionale ma in bianco rinvia ad essa**, dandovi pieno vigore nell'ordinamento interno. La norma nazionale opera, cioè, un **rinvio formale alla norma internazionale che vige nell'ordinamento interno in quanto tale, con la conseguenza che le vicende (modificative e/o estintive) dalla stessa subite nell'ordinamento internazionale si riflettono automaticamente e immediatamente anche nell'ordinamento interno.**

**Il procedimento speciale può a sua volta operare secondo due distinte modalità: mediante rinvio permanente ovvero mediante rinvio “una tantum”.**

Si ha adeguamento tramite rinvio permanente allorché una norma interna preveda che una certa categoria di norme internazionali trovi ingresso nell'ordinamento nazionale in modo stabile e costante, senza necessità che, ogni volta, vengano adottati singoli, specifici atti di recepimento. È quanto si verifica per le norme internazionali consuetudinarie, il cui ingresso nel tessuto normativo nazionale è assicurato dall'art. 10 Cost. ai sensi del quale: **«L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute»**. La norma rappresenta, come efficacemente affermato in dottrina (PERASSI), un **“trasformatore permanente”** del diritto internazionale consuetudinario nel diritto interno: ogni volta che si forma una consuetudine internazionale questa entra automaticamente nell'ordinamento italiano in forza del rinvio generico e permanente dell'art. 10 Cost., senza che occorra uno specifico atto di recepimento.

In mancanza di una norma di rinvio permanente, l'adeguamento richiede, invece, l'adozione di un **atto di recepimento ad hoc che, di volta in volta, rinvii alla singola, specifica norma internazionale cui si intende dare ingresso.** È quanto si verifica rispetto al diritto internazionale pattizio (sempre che non venga prescelta la via del procedimento ordinario) attraverso lo strumento dell'“**ordine di esecuzione**”, ossia un atto normativo – nella assoluta maggioranza dei casi **una legge ordinaria – “in bianco”**, che senza ritrascrivere pedissequamente il contenuto integrale del trattato (come sarebbe nel caso di procedimento ordinario), si limita a farvi rinvio, ordinando che ad esso sia data **«piena ed intera esecuzione»**.

**Le diverse modalità con cui il nostro ordinamento si adegua, rispettivamente, al diritto internazionale consuetudinario e pattizio si riflettono in via immediata sul loro diverso rango nel sistema interno delle fonti.** In linea generale, infatti, la norma internazionale mutua il proprio rango nell'ambito degli ordinamenti interni da quello proprio della norma nazionale che ne consente l'immissione.

Così, per le **consuetudini**, atteso che tale norma è rappresentata da una disposizione della Carta fondamentale – l'art. 10, co. 1 Cost., appunto – esse assumono, nel sistema delle fonti nazionali, **rango costituzionale**, sì che la legge italiana che eventualmente disattendesse una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta si profilerebbe viziata da illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 10, co. 1 Cost.

Anzi, la circostanza che l'art. 10 Cost. faccia riferimento all'ordinamento giuridico italiano, complessivamente inteso, porta a ritenere che le consuetudini internazionali godano di un **rango costituzionale rafforzato, prevalendo anche sulle stesse norme costituzionali, ad eccezione di quelle che esprimano principi supremi dell'ordinamento o diritti fondamentali e inalienabili della persona umana (cd. teoria dei controlimiti)**. Come per l'ordinamento comunitario (vedi **Capitolo II, Sezione I, par. 4**), dunque, anche l'ingresso delle consuetudini internazionali trova un argine ultimo e invalicabile in quel nucleo intangibile di principi supremi dell'ordinamento costituzionale in cui si condensa l'identità nazionale dello Stato italiano e che, come tali, non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.

L'esatta **qualificazione giuridica della consuetudine internazionale eventualmente contrastante con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale** è stata oggetto di dibattito in dottrina, sciolto, nel 2014, con l'intervento della Corte Costituzionale.

Secondo un primo indirizzo, la consuetudine contrastante con i controlimiti nazionali non farebbe ingresso nell'ordinamento nazionale. Presupposto implicito dell'art. 10 Cost. sarebbe, infatti, quello della conformità della consuetudine ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. In questo senso, l'applicazione dei controlimiti sarebbe oggetto di un sindacato diffuso da parte del giudice comune.

Secondo opposto indirizzo, la consuetudine internazionale violativa dei controlimiti troverebbe comunque ingresso nell'ordinamento interno ma sarebbe incostituzionale, legittimando un sindacato accentrato da parte della Consulta.

Sul punto, è da ultimo intervenuta la **Corte Costituzionale con sentenza 22 ottobre 2014, n. 238**, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 24 Cost., della norma internazionale consuetudinaria che prevedeva l'immunità degli Stati stranieri (in specie la Germania) per i danni causati ai prigionieri di guerra, anche in caso di tortura e, più in generale, in violazione dei diritti fondamentali della persona umana.

Abbracciando un **indirizzo mediano**, la Consulta ha chiarito che, **in linea di principio, la consuetudine violativa dei controlimiti non entra nel nostro ordinamento perché manca il presupposto – implicito nell'art. 10 Cost. – dell'autorizzazione al suo ingresso**; cionondimeno, **per ragioni di certezza giuridica, la difesa dei diritti inalienabili della persona umana e dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale** non può essere demandata al sindacato diffuso e potenzialmente contrastante dei singoli giudici comuni, ma **richiede di un controllo ac-**

**centrato da parte della Consulta medesima, idoneo a statuire una volta per tutte ed *erga omnes* sulla conformità della consuetudine al sistema.**

Atteso, peraltro, che, ex art. 134 Cost., la Corte Costituzionale è giudice delle (sole) leggi (e non esercita sindacato su fonti diverse, né fonti-atto, né tantomeno, fonti-fatto), **il sindacato sulla consuetudine sarà sempre indiretto, attraverso l'intermediazione di una legge nazionale.** Potrà trattarsi di una **legge nazionale conforme al contenuto della consuetudine**, portata all'attenzione della Corte proprio perché sospetta di violare i principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero di una **legge nazionale contraria al contenuto della consuetudine**, portata all'attenzione della Corte perché sospetta di incostituzionalità per violazione dell'art. 10 Cost.. **Nel primo caso, la sentenza sarà di accoglimento:** la norma interna che presenta contenuti conformi alla consuetudine internazionale ma contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento, viene dichiarata incostituzionale. **Nel secondo caso,** invece, **la sentenza sarà interpretativa di rigetto:** accertata la contrarietà della consuetudine ai controlimiti e, dunque, il suo mancato ingresso nell'ordinamento, la Corte respinge la questione di legittimità sollevata rispetto alla norma interna sospetta di incostituzionalità per violazione dell'art. 10 Cost.

**Diverso, invece, il rango interno delle norme di diritto internazionale pattizio.** Se, come detto, di norma (sia nel caso di procedimento ordinario che di procedimento speciale), l'esecuzione dei trattati avviene mediante legge ordinaria, sì che le norme degli stessi penetrano nel nostro ordinamento mutuandone il medesimo rango, le stesse, a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione che ha riformulato il co. 1 dell'art. 117, godono, comunque, di una peculiare forza di resistenza rispetto alle norme primarie dell'ordinamento interno. **Il legislatore costituzionale,** al fine di evitare l'emersione di forme di responsabilità internazionale dello Stato (quali si avrebbero se la norma pattizia, *in toto* equiordinata alle leggi ordinarie nazionali, potesse essere da queste successivamente abrogata o modificata), **ha costituzionalizzato il principio internazionale *pacta sunt servanda*, stabilendo che la potestà legislativa di Stato e Regioni deve essere esercitata nel rispetto, non solo della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ma anche degli obblighi internazionali.** L'elevazione degli obblighi internazionali a vincoli costituzionali per l'esercizio dell'attività legislativa statale e regionale, comporta che il giudice comune, di fronte al conflitto fra diritto nazionale e diritto internazionale convenzionale, dovrà dapprima vagliare la possibilità di risolvere il contrasto in via ermeneutica interpretando le norme interne nel senso che potrebbe assicurarne la conformità alle norme pattizie (**cd. interpretazione convenzionalmente conforme**); ove il conflitto permanga, egli dovrà **sollevare questione di legittimità costituzionale** della norma interna per violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. In altri termini, **le nor-**

**me dei trattati internazionali di volta in volta conferenti, determinando in concreto quali siano gli “obblighi internazionali” genericamente evocati, assumono il ruolo di “norme interposte” che integrano e rendono operativo il parametro costituzionale rappresentato dall’art. 117, co. 1 Cost. interponente.**

Alla luce di quanto sin qui detto, emerge **la differenza che intercorre fra l’art. 117, co. 1 Cost. relativo agli obblighi internazionali di fonte convenzionale e il sopra esaminato art. 10 Cost., valevole, al contrario, per il solo diritto internazionale consuetudinario. Mentre, infatti, l’art. 10 Cost. rappresenta esso stesso lo strumento attraverso cui l’ordinamento italiano si adatta automaticamente e costantemente al diritto internazionale genericamente riconosciuto, l’art. 117, co. 1 Cost. se ha certamente accordato garanzia costituzionale all’osservanza degli obblighi internazionali pattizi, non rappresenta anche una norma sull’adattamento. Essa si limita a vincolare l’esercizio dell’attività legislativa al rispetto degli obblighi internazionali, ma questi rileveranno sul piano interno solo se e quando siano stati oggetto di uno specifico atto di recepimento. Di conseguenza, l’art. 117, co. 1 Cost. non attribuisce alle norme pattizie rango costituzionale ma si limita a riconoscere loro una maggior forza di resistenza rispetto ai successivi interventi legislativi contrari, fermo restando, sul piano formale, il rango proprio dell’atto che le ha rese esecutive nel nostro ordinamento.**

Se, pertanto, l’atto di recepimento conferisce alle **norme convenzionali una collocazione gerarchica sub-costituzionale** (ed è questo il caso in assoluto più ricorrente, atteso che, come detto, si tratta, in linea di principio, di leggi ordinarie), **le medesime dovranno, nondimeno, essere conformi alla Costituzione. A tutta la Costituzione, non già solo ai cd. controlimiti.** Invero, sarebbe paradossale che una norma interna venisse dichiarata incostituzionale sulla base di un’altra norma sub-costituzionale – in veste di norma interposta – che risulti essa stessa in contrasto con la Costituzione. Nel caso in cui una siffatta ipotesi dovesse realizzarsi, la Corte Costituzionale dovrebbe dichiarare l’inidoneità della norma internazionale pattizia ad assurgere a valido parametro di legittimità costituzionale delle norme interne, provvedendo, poi, a espungerla dall’ordinamento nazionale attraverso la **declaratoria di parziale incostituzionalità della disposizione legislativa contenente l’ordine di esecuzione**, nella parte in cui ha consentito l’ingresso di una norma siffatta (cfr. *Corte Cost. n. 311/2009*). Resta, peraltro, fermo che una tale espunzione potrebbe generare una responsabilità dello Stato italiano ai sensi dell’art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati in forza del quale *«una Parte contraente non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato»*.

## 2. Il Consiglio d'Europa e la CEDU

Nel contesto geo-politico del continente europeo il trattato internazionale di maggior importanza è rappresentato, senza dubbio, dalla **Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), stipulata a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa**. Quest'ultimo è un'organizzazione internazionale con sede a Strasburgo, fondata nel 1949, all'indomani della Seconda Guerra mondiale, allo scopo di promuovere, nell'ambito degli Stati aderenti (attualmente 47), la tutela e lo sviluppo dei diritti e delle libertà fondamentali della persona umana nonché dei principi dello Stato democratico e di diritto. Nonostante la parziale sovrapposizione geografica, pertanto, **il Consiglio d'Europa è del tutto estraneo all'Unione Europea** e non va confuso con gli organi di quest'ultima, quali il Consiglio europeo e il Consiglio dell'Unione europea.

Nel panorama internazionale, la CEDU assume un rilievo del tutto peculiare per due essenziali caratteristiche che la connotano rispetto alla generalità degli altri Trattati internazionali. In primo luogo, il carattere universale e trasversale del suo oggetto, rappresentato dalla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo; in secondo luogo, e soprattutto, il fatto che, alla sua sottoscrizione, e al fine di assicurarne l'effettivo rispetto da parte degli Stati contraenti, si è accompagnata **l'istituzione di un apposito giudice – la Corte europea dei diritti dell'uomo – al quale possono ricorrere non solo gli Stati contraenti nei confronti l'uno dell'altro** (cd. ricorso interstatale *ex art. 33 CEDU*), **ma anche i singoli** (persone fisiche, giuridiche, enti e formazioni sociali) **che si ritengano vittime di una violazione dei diritti loro riconosciuti dalla Convenzione da parte di uno degli Stati contraenti** (cd. ricorso individuale *ex art. 34 CEDU*).

La circostanza che venga riconosciuta una legittimazione attiva in capo ai singoli rappresenta una peculiarità assoluta della CEDU, che la distingue sia dal tradizionale modello dei trattati internazionali, incentrato, di regola, sulla legittimazione esclusiva degli Stati contraenti, sia dall'Unione Europea, nell'ambito del cui ordinamento gli spazi per un ricorso individuale sono quanto mai limitati (*cf.* art. 263, co. 3 TFUE).

Nella risoluzione delle questioni giudiziarie a essa sottoposte mediante i menzionati ricorsi interstatali e individuali, **la Corte EDU fornisce, contestualmente, un'interpretazione 'ufficiale' delle norme CEDU** che, se è senz'altro vincolante con riguardo allo specifico caso deciso, come si ricava dall'art. 46 CEDU che obbliga gli Stati contraenti a conformarvisi per le controversie di cui sono parte, tende ad assumere, altresì, rilevanza esterna come canone interpretativo *erga omnes*, anche per tutti gli altri Paesi contraenti che non sono parti del giudizio. In altri termini, se la Corte EDU nasce e opera essenzialmente quale

giudice del caso concreto, sì che le sentenze dalla stessa pronunciate hanno per funzione primaria quella di risolvere specifiche vicende giudiziarie, essa, allo stesso tempo, svolge un'eminente funzione interpretativa di carattere generale contribuendo a chiarire, salvaguardare e sviluppare la portata delle norme della Convenzione a beneficio di tutti gli Stati contraenti (si rinvia sul punto, ed in particolare in ordine al valore vincolante dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, al par. 2.1.5).

Con la ratifica della Convenzione, pertanto, gli Stati contraenti si sono impegnati:

- a) a rispettare e riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione (art. 1 CEDU), si come autenticamente interpretati dalla Corte di Strasburgo (art. 32 CEDU);
- b) a conformarsi alle sentenze definitive rese dalla Corte EDU nelle controversie di cui sono parte (art. 46 CEDU).

## *2.1. Il rapporto tra CEDU e ordinamento interno*

### *2.1.1. Il rango delle norme CEDU: le differenze rispetto al diritto comunitario*

Si è detto che la Convenzione EDU presenta alcune caratteristiche di evidente specialità rispetto alla generalità degli altri trattati internazionali nonché rispetto allo stesso ordinamento comunitario: da un lato, la rilevanza e la trasversalità del suo oggetto, dall'altro, la costituzione di un apposito organo giurisdizionale dinanzi al quale possono agire con ricorso individuale i singoli soggetti che si ritengono lesi in un diritto fondamentale previsto dalla Convenzione. Nonostante siffatte peculiarità, non può seriamente dubitarsi che **la CEDU abbia natura giuridica di ordinario Trattato internazionale multilaterale.**

**Con la sottoscrizione della CEDU, a differenza di quanto avvenuto per i Trattati istitutivi della Comunità europea (in merito ai quali si rinvia al Capitolo II), gli Stati contraenti non hanno dato luogo ad alcuna cessione di sovranità ex art. 11 Cost., ma si sono limitati ad assumere obblighi sul piano internazionale, sì che le norme CEDU vincolano gli Stati membri ad assicurare ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti dalle stesse previste, ma non producono effetti diretti negli ordinamenti interni, tali da poter essere applicate dal giudice comune in automatica sostituzione delle norme nazionali contrastanti.**

Come affermato dalla Consulta con le note **sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007** (nelle quali la Corte Costituzionale ha affrontato, per la prima volta, *ex professo*, il tema dei rapporti fra diritto interno e CEDU), **«la Convenzione EDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quin-**

*di norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, 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 e direttamente efficaci nei confronti di tutti gli organi interni degli Stati membri».*

**I destinatari delle norme CEDU sono**, in altri termini, **sempre e solo gli Stati contraenti** e non già i singoli soggetti interni agli ordinamenti nazionali: esse non attribuiscono direttamente in capo ai singoli i diritti fondamentali che proclamano ma obbligano gli Stati parte a garantirne la tutela sul piano interno. Come per gli altri trattati internazionali, pertanto, anche rispetto alle norme CEDU, **il singolo è oggetto di tutela e non soggetto titolare di diritti.**

Una diversa conclusione non è, del resto, ricavabile dalla previsione della legittimazione individuale ad agire dinnanzi alla Corte EDU da parte dei singoli che si ritengano vittime di una lesione dei diritti loro riconosciuti dalla Convenzione da parte di uno degli Stati contraenti. La sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo in caso di effettivo accertamento della violazione è, infatti, pur sempre una sentenza di condanna dello Stato contraente responsabile che sarà chiamato a porvi rimedio, non già una pronuncia attributiva di diritti in capo al singolo ricorrente e dallo stesso direttamente azionabili. Ciò dimostra, pertanto, che la violazione dei diritti CEDU genera l’inadempimento di un obbligo internazionale dello Stato responsabile nei confronti degli altri Stati contraenti e non la violazione di un diritto individuale direttamente sussistente in capo al singolo.

La circostanza che l’adesione alla CEDU, a differenza di quella all’Unione europea, non abbia dato luogo ad alcuna cessione di sovranità da parte degli Stati contraenti e la conseguente qualificazione della Convenzione in termini di ordinario trattato internazionale multilaterale, comporta che i rapporti fra ordinamento interno e CEDU debbano essere ricostruiti alla stregua dei criteri poc’anzi enucleati in tema di norme internazionali pattizie, senza alcuno spazio per il ben diverso regime dei rapporti fra diritto interno e ordinamento comunitario, improntato – come si vedrà (vedi, Capitolo II, Sezione I, par. 2) – a un controllo diffuso di compatibilità comunitaria delle norme interne e al conseguente meccanismo della disapplicazione diretta della norma interna incompatibile con una disposizione comunitaria ad efficacia diretta.

**In virtù del disposto dell’art. 117, co. 1 Cost.** che ha elevato gli obblighi internazionali di fonte convenzionale – fra cui rientrano senz’altro anche quelli derivanti dalla CEDU – a vincoli costituzionali per l’esercizio dell’attività legislativa statale e regionale, **le norme della CEDU, al pari di qualsiasi altra norma internazionale pattizia, assurgono a parametro interposto di legittimità**

**costituzionale delle leggi ordinarie nazionali.** Allo stato, pertanto, – e fino a che non interverrà l’adesione dell’Unione (cfr. par. 2.1.2.) – **il giudice nazionale che ravvisi il contrasto fra una norma interna ed una norma CEDU dovrà, dapprima, vagliare la possibilità di risolvere il conflitto in via ermeneutica fornendo un’interpretazione convenzionalmente conforme** della disposizione nazionale; **qualora tale possibilità risulti preclusa** ed il conflitto permanga, egli **dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale dinnanzi alla Consulta per violazione dell’art. 117, co. 1 Cost.**

L’eventuale contrasto fra le norme interne e quelle CEDU non può così essere risolto in via immediata dal giudice comune attraverso il meccanismo disapplicatorio tipico dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario, ma genera una questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 117, co. 1 Cost., rimessa all’esclusiva competenza della Consulta.

**Quale parametro interposto di legittimità costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost. anche le norme CEDU si collocano pur sempre ad un livello sub-costituzionale,** sì che, onde evitare le paradossali conseguenze cui si è fatto cenno innanzi, **anche tali norme potranno portare alla declaratoria di incostituzionalità delle norme interne contrastanti solo a condizione che esse medesime siano conformi a Costituzione.** Anche in questo caso, poi, come per tutte le norme internazionali pattizie, **lo scrutinio di costituzionalità delle norme CEDU non si riferisce ai soli controlimiti, ma investe l’intera Carta Fondamentale.** Mentre, dunque, come si dirà (cfr. Capitolo II, Sezione II, par. 4), le disposizioni comunitarie possono prevalere anche sulle norme di rango costituzionale con il solo limite del rispetto dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale nazionale e ai diritti fondamentali della persona umana, le norme CEDU devono essere conformi a tutte le disposizioni costituzionali.

L’eventualità di un contrasto fra Costituzione e norme CEDU appare quanto mai remota atteso che, per sua espressa ammissione, la CEDU fissa un livello di tutela minimo che non esclude e non pregiudica in alcun modo eventuali livelli di garanzia più elevati previsti dai singoli ordinamenti nazionali. Laddove, però, detta eventualità dovesse mai concretizzarsi, la Consulta dovrebbe dichiarare l’inidoneità della norma CEDU ad assurgere a parametro di legittimità costituzionale delle norme interne, provvedendo, poi, ad espungerla dall’ordinamento nazionale attraverso la declaratoria di parziale incostituzionalità della Legge di ratifica ed esecuzione n. 848/1955, nella parte in cui ha consentito l’ingresso di una norma siffatta.

### 2.1.2. (Segue): La CEDU non è stata “comunitarizzata”

**Secondo una parte della dottrina** (e, per vero, anche di isolata giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984; Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010,