

CORTI COSTITUZIONALI (O SUPREME) E “DISOBEDIENZA FUNZIONALE”

Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)

di Giuseppe Martinico *

Abstract. *Con la sentenza n. 49/2015 la Corte costituzionale italiana è recentemente tornata sul rapporto fra diritto interno e CEDU. Il seguente contributo cercherà di contestualizzare questa decisione in un quadro più ampio di diritto comparato, grazie alla nozione di “disobbedienza funzionale”.*

SOMMARIO: 1. Oltre la 49/2015: uno sguardo al diritto comparato. – 2. La disobbedienza funzionale dei giudici nazionali: definizione, esempi e “tecniche”. – 3. L’America latina. – 4. Conclusioni (aperte).

1. Oltre la 49/2015: uno sguardo al diritto comparato.

La recente sentenza 49/2015 della Corte costituzionale ha riaperto il dibattito sul rapporto fra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell’uomo. Particolare attenzione ha suscitato il passaggio in cui la Consulta distingue fra giurisprudenza consolidata e non della Corte EDU, sostenendo che “sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa. Esperto presso il [Centre for Judicial Cooperation](#) dello European University Institute. Editor di [STALS](#) (*Sant’Anna Legal Studies*) e di [Perspectives on Federalism](#).

Questo testo è stato presentato alla conferenza “Le sfide ‘transcostituzionali’ del sistema interamericano de derechos humanos: il pluralismo normativo e integrativo in Argentina e Messico”, organizzata presso l’Università della Calabria il 27 marzo 2015 e in un seminario per dottorandi dell’Università di Verona, organizzato il 13 aprile 2015. Desidero ringraziare Guerino d’Ignazio, Matteo Nicolini, Anna Margherita Russo e i colleghi presenti agli interventi. Un ringraziamento particolare va a Bruno Brancati, Carlo Cantore, Elisabetta Crivelli, Karlos Castilla, Filippo Fontanelli, Diane Fromage, Javier García Roca, Andrea Guazzarotti, Leandro Mancano, Paola Pannia, Aida Torres Pérez, Leonardo Pierdominici, Jorge Ernesto Roa, Amaya Úbeda de Torres e, soprattutto, Juana María Ibáñez Rivas per i preziosi commenti ad un primo schema di relazione. Ricerca svolta nell’ambito del progetto “[Jurisdiction and Pluralisms](#)” coordinato dal Prof. Roberto Toniatti.

impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato”¹.

Il presente contributo non vuole offrire un’analisi della già autorevolmente commentata² decisione della Corte costituzionale italiana; si cercherà, piuttosto, di contestualizzare questa decisione in un quadro più ampio. Facendolo, come spesso accade grazie al dato comparato, si relativizzerà l’impatto di questa pronuncia.

Nel presente scritto si cercherà di: 1) presentare la sentenza n. 49/2015 come un esempio di disobbedienza “funzionale” (o disobbedienza “buona”); 2) compararla a recenti decisioni di altre Corti costituzionali o supreme (europee e non).

Per realizzare questo duplice obiettivo l’articolo sarà strutturato in tre parti: nella prima si ricostruirà il concetto di disobbedienza funzionale (concetto solo parzialmente legato a quello ben più nobile e studiato di disobbedienza civile³); nella seconda parte dell’elaborato si cercherà di sottolineare come i conflitti creati dalla disobbedienza funzionale delle Corti non siano dovuti ad una improvvisa – e contraddittoria – chiusura delle corti statali ma, anzi, siano conflitti dovuti all’apertura al diritto della Convenzione. Come tali questi conflitti sono suscettibili di avere un impatto sistemico (integrato) positivo, fungendo da incentivo a vere e proprie dinamiche dialogiche.

Nell’ultima parte dello scritto si cercherà di andare oltre il contesto europeo, per dimostrare come conflitti di questo tipo siano presenti anche in ambito latino-americano.

Le conclusioni ci permetteranno di rivedere la teorica contrapposizione fra conflitti e dialogo e di riabilitare la funzione “critica” dei giudici nazionali in un sistema come quello della Convenzione che ha di recente prodotto interessanti innovazioni in questo senso (ci si riferisce, ovviamente, ai noti Protocolli 15 e 16⁴) che tendono a valorizzare l’idea secondo cui i giudici nazionali e la Corte EDU hanno una “shared judicial responsibility” nell’applicazione della Convenzione⁵.

¹ [Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015](#)

² Si vedano: RUGGERI, [Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno](#), in questa Rivista, 2 aprile 2015; VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in questa Rivista, 30 marzo 2015; BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in questa Rivista, 30 marzo 2015; MANES, [La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015; CONTI, [La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015](#), in *Consulta OnLine*, 2015; RUSSO, [La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti](#), in Osservatorio sulle fonti, MORI, [Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della ‘normalizzazione’ dei rapporti tra diritto interno e la CEDU](#), in *SIDIBlog*, 2015.

³ Su cui, ovviamente, si veda: THOREAU, *Disobbedienza civile*, De Donato, Bari, 1968; ARENDT, *Crises of the Republic: Lying in Politics, Civil Disobedience, On Violence, Thoughts on Politics and Revolution*, 1972, Harcourt, New York, p. 201 s.; RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971, p. 333 s.

⁴ GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *European Law Review*, 2013, p. 229 s.; POLLICINO, [La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; FABBRINI, [The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison](#), in *iCourts Working Paper Series* No. 15, 2015.

⁵ Corte EDU, [Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014 Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?](#), 2014.

Prima di procedere oltre si ritiene importate prendere posizione sulla natura dell'obbligo di interpretazione conforme⁶: come il diritto comparato dimostra l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce della CEDU – e della giurisprudenza della Corte EDU – è di natura procedurale⁷ o, detto in altre parole, non si tratta di un obbligo di risultato ma di mezzo⁸.

Affermare il contrario avrebbe come risultato (paradossale) quello di ammettere che il giudice nazionale sia obbligato a “trovare” un'interpretazione conforme anche a costo di andare contro la lettera della disposizione nazionale (o contro la giurisprudenza consolidata dell'interprete supremo della Convenzione). Del resto i diversi sistemi nazionali *aprendosi* al diritto della CEDU hanno anche ideato la sanzione all'eventuale impossibilità di concludere per una lettura armonica fra testo nazionale e disposizione convenzionale, vuoi riconoscendo l'opzione della disapplicazione “diffusa” (Olanda *ex art. 94 della Grondwet*⁹, Francia *ex art. 55 della Costituzione*¹⁰), vuoi attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale, come nel disegno delle sentenze gemelle del 2007¹¹.

Si tratta di un elemento che mi pare chiarissimo fin dalle sentenze gemelle del 2007: come si ricordava in un'interessante relazione dell'ex Presidente Gallo (datata 2012)¹², il giudice nazionale deve interpretare la normativa interna in modo conforme alla CEDU “a pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora detto tentativo non sia reso impossibile dal vincolo testuale dalla *littera legis* e non si sia formato un diritto vivente di segno contrario all'interpretazione che si conforma alla CEDU”¹³.

Conferme della natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme si ritrovano, come anticipato, nel diritto comparato: ad esempio in una famosa ordinanza del 2004 della Corte costituzionale tedesca¹⁴, all'indomani della pronuncia *Görgülü c.*

⁶ Per due diverse visioni dell'interpretazione conforme (con riferimento al diritto europeo) si vedano: LUCIANI, [Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, l'interpretazione 'conforme a'](#), in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2007; RUGGERI, [Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione \(ed "europeizzazione"\) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario](#), 2010. Per una visione d'insieme: SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011.

⁷ Espressamente si veda: E. LAMARQUE, [L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni](#), 2011.

⁸ CELOTTO-PISTORIO, *Interpretazione comunitariamente e convenzionalmente conformi*, *Giur.it*, 2010, 1983 s.

⁹ Art. 94: “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”

¹⁰ Art. 55: “I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati, un'efficacia superiore a quella delle leggi, con la riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte contraente”.

¹¹ Per una rassegna comparata: MARTINICO-POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2012; MARTINICO, *Is The European Convention Going To Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR And EU Law Before National Courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, 401 s.

¹² GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU](#), *Bruxelles*, 24 maggio 2012.

¹³ L'ex Presidente Gallo citava le seguenti decisioni a sostegno: [257, 236, 187, 181 e 113 del 2011, 93 del 2010, 311 e 239 del 2009, 39 del 2008, 349 e 348 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011](#).

¹⁴ 2 BvR 1481/04. Un cittadino turco, ma residente in Germania, si era visto negare l'affidamento del figlio, nato al di fuori del matrimonio, che era stato dato in adozione dalla madre subito dopo la nascita. Il padre presentava senza successo un ricorso diretto al Tribunale costituzionale tedesco, quindi provava la strada del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che riteneva che le decisioni dei giudici tedeschi (che avevano negato l'affidamento, anche

Germania, n. 74969/01 della Corte EDU¹⁵ e, soprattutto, nella sezione 3 dello *Human Rights Act* del 1998, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme avviene "so far as it is possible to do so".

2. La disobbedienza funzionale dei giudici nazionali: definizione, esempi e "tecniche".

Il concetto di disobbedienza funzionale è stato sviluppato soprattutto dagli studiosi interessati alla teoria dell'organizzazione o agli studi manageriali. Volendo partire da una definizione, si potrebbe dire che la disobbedienza funzionale "is a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one to engage in some unsavory practice"¹⁶.

Come si può notare si tratta di un tipo di disobbedienza "qualificata", ovvero dovuta a ragioni particolari e non, quindi, fine a sé stessa.

Applicandola al nostro contesto si potrebbe dire che un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire ("declines to follow") la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento¹⁷ o perché fondata su una erronea ricostruzione del "consenso"¹⁸). Atti di disobbedienza funzionale danno origine a disaccordi interpretativi (conflitti) e si caratterizzano per i seguenti elementi: apertura, distinzione fra interpretazione e argomentazione, funzionalità e dialogo.

a) *Apertura*. Nella decisione del giudice disobbediente l'interpretazione del dato normativo interno non avviene solo alla luce del testo costituzionale nazionale ma facendo espresso riferimento agli strumenti di diritto internazionale (nello specifico,

temporaneo, del figlio, e la possibilità di vederlo) si fondassero su una violazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU). Sulla base di quanto deciso dalla Corte EDU, il giudice di prima istanza riconosceva in via provvisoria l'affidamento al ricorrente, ma la Corte d'Appello lo sospendeva sostenendo di non essere vincolata dalla pronuncia della Corte di Strasburgo. In seguito a tale decisione della Corte d'Appello, il ricorrente presentava un nuovo ricorso al Tribunale costituzionale tedesco. Su questa decisione si veda: PALERMO, [Il Tribunale costituzionale federale e la teoria «selettiva» dei controlimiti](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

¹⁵Corte EDU, *Görgülü c. Germania*, del 26 febbraio 2004.

¹⁶BRIEF-BUTTRAM-DUKERICH, *Collective Corruption in the Corporate World: Towards a Process Model*, in TURNER (ed), *Groups at Work: Theory and Research*, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, NJ, 2001, p. 471 s., p. 492

¹⁷Sul margine di apprezzamento si veda: ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp- Cambridge, 2002; SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, 907 s.; BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics* 1998/1999, 843 s.; HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1999, 638 s.; DE LA RASILLA DEL MORAL, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, 611 s.; LETZAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705 s.

¹⁸DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1730 s.

nei casi analizzati in questa sede, alla luce della CEDU o della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Si tratta di una “mossa” spiegabile alla luce di diversi fattori. A volte il giudice nazionale trova la fonte dell’obbligo di interpretazione conforme in disposizioni costituzionali (art. 16 della Costituzione portoghese¹⁹, art. 10.2 della Costituzione spagnola²⁰, art. 20 della Costituzione rumena²¹, art. 5 della Costituzione bulgara²². In America latina è il caso dell’art. 75 p. 22 della Costituzione argentina²³, dell’art. 93 della Costituzione colombiana²⁴, dell’art. 7 della Costituzione del Costarica²⁵, formalmente anche l’art. 23 della Costituzione venezuelana²⁶). A volte

¹⁹ Art. 16: “1. The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law. 2. The provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed in accordance with the Universal Declaration of Human Rights”.

²⁰ Art. 10: (2) The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain”. Su questa previsione costituzionale si veda: A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. A. Saiz Arnaiz, *El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999).

²¹ Art. 20: “Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to.

Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more favourable provisions”.

²² Art. 5: “4. Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated, and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise”.

²³ Art. 77 “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

²⁴ Art. 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

²⁵ Art. 7: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto”.

l'obbligo di interpretazione conforme è frutto di acquisizioni giurisprudenziali, specie in contesti caratterizzati da disposizioni costituzionali più "neutre" verso gli accordi internazionali in materia di diritti umani (l'Italia è un buon caso anche dopo la riforma che ha portato al nuovo art. 117 della Costituzione, non avendo, come noto, una disposizione analoga a quella dell'art. 10.2 spagnolo, per esempio). Da ultimo, tale apertura al possibile valore aggiunto – in sede interpretativa – offerto dal dato esterno può essere offerta da disposizioni di rango formalmente primario²⁷, come nel caso della sezione 3 dello *Human Rights Act*²⁸.

b) *Distinzione fra interpretazione e argomentazione*. Il fatto che il giudice nazionale prenda le mosse dalla lettura integrata del dato interno alla luce di quello esterno non lo obbliga, proprio per la natura "procedurale" dell'interpretazione conforme, a concludere come la Corte di Strasburgo ha fatto nel caso richiamato. Il giudice, dopo aver letto il dato normativo interno alla luce della CEDU (o dei *Convention Rights* nel caso del Regno Unito) può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, motivando il proprio dissenso, dando quindi argomenti²⁹ per una diversa lettura del dato convenzionale alla luce, per esempio, delle particolarità del contesto nazionale.

c) *Funzionalità*. Come anticipato, questi atti di disobbedienza non devono essere visti come ritorno al passato, come nostalgiche torsioni verso la sovranità che fu ma sono, appunto, comportamenti tendenti ad un obiettivo concreto: indurre un ripensamento giurisprudenziale. Tali atti sono, infatti, funzionali alla *miglior interpretazione possibile* del testo delle Convenzioni (quella più aderente ad una lettura "pluralista" e non "egemonica"³⁰).

d) *Dialogo*. Questi atti di disobbedienza innescano fenomeni di *dialogo*. Qui si potrebbe aprire un vero e proprio "vaso di Pandora", tanto è contestata la validità scientifica di tale concetto. Per evitare di riaprire discussioni meramente teoriche, basti in questa sede ricordare che esiste dottrina che ha seriamente definito cosa intendere per dialogo³¹. Rinviando a questa scrupolosa letteratura – e condividendo, allo stesso tempo, lo scetticismo di Maestri del diritto che hanno giustamente espresso dubbi con

²⁶ Art. 23: " Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público ”.

²⁷ Formalmente perché è nota la giurisprudenza che qualifica come di rango "costituzionale" lo *Human Rights Act*, per esempio: *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 1 CMLR 50

²⁸ Sect. 3 (Interpretation of legislation): " (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility."

²⁹ BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

³⁰ DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* du Seuil, Parigi, 2006 e DELMAS MARTY, [Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato](#), in *Astrid online*, 2004.

³¹ TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118 s.

riferimento all'abuso del concetto³² – si definisce dialogo proprio questo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità ed accettati dai rispettivi interlocutori³³).

Dopo avere sommariamente definito cosa intendere per disobbedienza funzionale, è giunto il momento di guardare ad alcuni casi concreti provenienti dall'esperienza inglese.

Come noto, negli ultimi anni i giudici nazionali del Regno Unito sono stati protagonisti di accesi scambi con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed in questo senso non sembrano essere servite – *a prima vista almeno* – le disposizioni dello *Human Rights Act* del 1998 che dovevano, in teoria, alimentare dinamiche giudiziali di tipo cooperativo. Ci si sta riferendo, ovviamente, alla famosa sezione 2 dello *Human Rights Act* del 1998 che stabilisce quanto segue:

“A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any –
(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,
(b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,
(c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention,
or
(d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention, whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen”.

L'ambigua formula “take into account” è stata oggetto di varie interpretazioni, che differiscono per il margine riconosciuto al giudice nazionale di andare oltre (“outpace”) o di discostarsi (“depart”) da un precedente della Corte europea³⁴. Ha contribuito a chiarire il contenuto della sezione 2 la Corte suprema del Regno Unito in due famosi casi decisi fra il 2009 ed il 2010.

La prima decisione a cui si fa riferimento è il famoso caso *Horncastle*³⁵, in cui la Corte suprema ha chiarito la necessità di distinguere fra il mero obbligo (procedurale) di “take into account” la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la possibilità, per i giudici nazionali, di discostarsi dalla soluzione avanzata dalla Corte europea, dando argomenti che permettano alla stessa Corte di Strasburgo di riconsiderare la propria decisione:

“[t]he requirement to ‘take into account’ the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates

³² DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

³³ TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights* cit., p. 118 s.

³⁴ Sulle possibili letture del concetto di “take into account” si veda: FENWICK, [What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act?](#), in *UK Const. L. Blog*, 2012.

³⁵ UK Supreme Court *R v Horncastle and Others* [2009] UKSC 14

particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case”³⁶.

Analizzando questo famosissimo passaggio si possono trarre alcune interessanti riflessioni: la Corte suprema inizia il proprio ragionamento adempiendo all’obbligo procedurale previsto dalla sezione 2 dello HRA ma, allo stesso tempo, si premura di distinguere fra interpretazione dei *Convention rights* (che deve, appunto, avvenire alla luce della giurisprudenza di Strasburgo) ed applicazione del principio stabilito dall’interprete della Convenzione al caso concreto. Quando la Corte di Strasburgo avrà dimostrato di non avere sufficientemente apprezzato le peculiarità del contesto interno, la Corte suprema potrà decidere – spiegando le proprie ragioni – di non seguire la soluzione adottata dalla Corte EDU. Si tratta, a ben vedere, di una forma di disobbedienza funzionale ad una miglior interpretazione del dato convenzionale, come si affretta a chiarire la stessa Corte suprema, in quanto volta al raggiungimento di uno scambio di argomenti (la Corte del Regno Unito utilizza espressamente il termine “dialogo”³⁷), finalizzato ad una interpretazione più “pluralista”, e quindi meno “egemonica”, della Convenzione (per recuperare le categorie di Delmas Marty³⁸). Si possono quindi identificare due grandi argomenti addotti a sostegno di atti di disobbedienza funzionale: una non corretta lettura del dato interno (che può, a sua volta, sfociare sia nella ricostruzione errata del consenso a livello statale sia nella negazione del margine di apprezzamento) oppure una interpretazione del dato convenzionale che produce risultati irragionevoli una volta “trapiantata” in ambito statale (sull’immagine del “trapianto” si tornerà a breve).

In entrambi i casi si tratta di reazioni volte a suscitare un adeguamento dell’interpretazione della Convenzione, essendo il principio pluralista (su cui si innesta anche la nota dottrina del margine di apprezzamento) un pilastro del sistema della CEDU³⁹.

Nella seconda decisione cui prima si faceva riferimento la stessa Corte suprema andava oltre, utilizzando alcune espressioni che potrebbero richiamare alla memoria la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa saga *Solange*⁴⁰:

³⁶ UK Supreme Court *R v Horncastle and Others* [2009] UKSC 14

³⁷ Si veda: MURPHY, *Human Rights Law and the Perils of Explicit Judicial Dialogue*, in *Jean Monnet Working Paper* 10/12, 2012; Si veda anche: BRATZA, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 s.; LAMBRECHT, *Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2014, p. 407 s.

³⁸ DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné* cit.

³⁹ Di nuovo il riferimento è a: DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné* cit.

⁴⁰ Ci si riferisce alla famosa saga iniziata con la nota decisione *Solange I*, in cui il giudice tedesco si dichiarava competente a sorvegliare il processo di integrazione europea “as long as the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law” (BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*). I pilastri su cui si fondava l’assunto della Corte costituzionale tedesca erano l’assenza di un catalogo di diritti e di un parlamento democraticamente eletto, elementi questi riconducibili

“This Court is not bound to follow every decision of the [ECtHR]. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue ... which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber ... Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line.”⁴¹

Al di là delle differenze esistenti fra le due pronunce, rimane il nucleo comune rappresentato dal riferimento esplicito all’idea di dialogo e dalla distinzione fra “interpretazione” ed “argomentazione”⁴².

Si tratta di decisioni che si innestano in un contesto articolato, in cui non sono mancate esplicite accuse contro il giudice di Strasburgo, reo di essere andato al di là del proprio mandato; basti qui, ad esempio, ricordare le polemiche seguite alla decisione *Hirst*⁴³ (che avrebbe messo in discussione la stessa idea di supremazia parlamentare) o richiamare le famose parole di Lord Hoffmann nel corso della *Judicial Studies Board Annual Lecture* del 2009⁴⁴.

Come noto, anche alla luce di questi fenomeni, è iniziato un complesso processo di ripensamento della stessa funzione della Corte europea dei diritti dell’uomo e della sua relazione con i giudici nazionali, che ha portato alla stesura del Protocollo n. 15, documento che introduce un esplicito riferimento al concetto di margine di apprezzamento e di sussidiarietà.

all’essenza della più famosa definizione di Costituzione (separazione dei poteri e protezione dei diritti) in Europa, quella contenuta nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789.

Era evidente in quelle parole una presa di posizione circa la superiorità del modello costituzionale statale sul processo integrativo, come le considerazioni fatte dalla Corte tedesca sul deficit democratico sovranazionale dimostrano: “The Community still lacks a democratically legitimated parliament directly elected by general suffrage which possesses legislative powers and to which the Community organs empowered to legislate are fully responsible on a political level”. *Solange I* rappresentava, del resto, una reazione a distanza alla pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, in *Racc.*, 1970, 1125- in cui la Corte di giustizia non aveva ammesso deroghe (nemmeno dettate dai principi costituzionali nazionali) all’uniforme applicazione del principio del primato: le Corti costituzionali nazionali hanno risposto ponendo il veto dei diritti fondamentali (si pensi anche alla sentenza 183/1973 della Corte costituzionale italiana).

⁴¹ UK Supreme Court, *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45

⁴² Su questa distinzione, fra gli altri, si veda: ALEXY, [Interpretazione giuridica](#), in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma, 1996.

⁴³ *Hirst v the United Kingdom (No 2)* [2005] ECHR 681

⁴⁴ “The fact that the 10 original Member States of the Council of Europe subscribed to a statement of human rights in the same terms did not mean that they had agreed to uniformity of the application of those abstract rights in each of their countries, still less in the 47 states which now belong. The situation is quite different from that of the European Economic Community, in which the Member States agreed that it was in their economic interest to have uniform laws on particular matters which were specified as being within European competence. On such matters, the European institutions, including the Court of Justice in Luxembourg, were given a mandate to unify the laws of Europe. The Strasbourg court, on the other hand, has no mandate to unify the laws of Europe on the many subjects which may arguably touch upon human rights...The proposition that the Convention is a “living instrument” is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by ‘European public order’”, LORD HOFFMANN, [Judicial Studies Board Annual Lecture, The Universality of Human Rights](#), 2009.

Sarebbe un errore pensare che si tratti di fenomeni limitati al contesto inglese: rileggendo con attenzione le parole utilizzate dalla Corte suprema non possono che venire in mente quelle usate anche dalla nostra Corte costituzionale nella decisione 49, specialmente nella parte in cui la Consulta rivendicava il ruolo di interlocutrice per una migliore interpretazione del testo convenzionale, utilizzando la metafora del dialogo⁴⁵ (come già aveva fatto la Corte suprema del Regno Unito in *Horncastle*):

“È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali”⁴⁶.

Del resto, come la dottrina ha più volte sottolineato⁴⁷, non è la prima volta che la nostra Corte costituzionale cerca di esercitare una funzione “critica” in senso proprio, tentando di valorizzare il “limite”⁴⁸, il confine fra essa e la Corte EDU e rivendicando, allo stesso tempo, un ruolo nel sistema “complesso” del diritto europeo⁴⁹.

È molto indicativa, in questo senso, una relazione presentata dall'ex Presidente della Corte costituzionale, Prof. Franco Gallo, a Bruxelles nel 2012⁵⁰.

Nel testo presentato, il Prof. Gallo chiariva immediatamente il valore aggiunto (quello che la stessa Corte costituzionale descrive come il “plus di tutela”⁵¹) offerto

⁴⁵ “È, pertanto, solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo.

Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera”, [Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015](#).

⁴⁶ [Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015](#)

⁴⁷ 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 di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale](#), 2012.

⁴⁸ In qualche modo coerentemente con l'insegnamento kantiano: ci si riferisce alle nozioni di limite (*Grenze*) e di linea di confine (*Grenzlinie*). Su questo si veda: GENTILE, *Ai confini della ragione. La nozione di limite nella filosofia trascendentale di Kant*, Studium, Roma 2004.

⁴⁹ Per ragioni di spazio sia permesso rinviare a: MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, Abingdon, 2012.

⁵⁰ GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale cit.](#)

⁵¹ “Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali”, [Corte costituzionale, sentenza n. 317/2009](#)

dalla CEDU; tuttavia, in apertura di relazione l'ex Presidente Gallo si soffermava anche sulle difficoltà di "judicial transplant" (utilizzava proprio la formula inglese) di alcune delle soluzioni prospettate a Strasburgo e sulle differenze esistenti fra la Corte costituzionale e la Corte EDU.

Tali differenze venivano riassunte in quattro punti: il "differente rilievo del caso"⁵², la diversità di "tecniche argomentative e di strategia di legittimazione" (formalismo della Corte costituzionale *versus* approccio "sostanzialista" della Corte EDU), le diversità inerenti alla "esternazione del processo formativo della decisione" (l'assenza/presenza di *dissenting* e *concurring opinion*) e la questione dell'"uso del metodo comparativo" (ancora poco usato dalla nostra Corte⁵³ – salvo alcune recenti eccezioni⁵⁴ – e, invece, molto impiegato dalla Corte di Strasburgo).

Le differenze ricordate dall'ex Presidente Gallo sono utili a tratteggiare una vera e propria lista di tecniche attraverso cui la Corte costituzionale italiana (ma lo stesso vale per altre Corti costituzionali) esprime il proprio dissenso.

Infatti, nella seconda parte della relazione presentata a Bruxelles, venivano ricordati sia casi di convergenza fra Roma e Strasburgo (il caso *Dorigo*⁵⁵, le sentenze gemelle⁵⁶) sia casi di divergenza interpretativa, variamente giustificati, proprio alla luce delle differenze prima richiamate.

Prima di passare all'analisi di queste "tecniche di disobbedienza", vale la pena di chiarire altri due punti: 1) si tratta di dinamiche evincibili dall'analisi di alcune sentenze ma non vi è alcuna pretesa di esaustività, potendo le corti dissentire anche in altri modi. 2) Non tutti i casi riportati dall'ex Presidente Gallo sono definibili come disobbedienze funzionali ma vale, comunque, la pena di ricordarli proprio per la neutralità delle tecniche utilizzate: nulla vieta, cioè, che uno stesso modo di procedere possa essere usato anche in (più recenti, ad esempio) decisioni della stessa Corte mosse dall'intento di arricchire (e non semplicemente di contrastare) la giurisprudenza della Corte EDU.

Un primo modo, per esempio, per giustificare l'allontanamento dalla soluzione ad un caso simile già deciso a Strasburgo è quello che fa perno sul diverso modo di ricostruire e operare il bilanciamento. L'esempio che l'ex Presidente Gallo fa è quello relativo alla giurisprudenza sull'insindacabilità delle opinioni dei parlamentari:

⁵² "Il caso esprime, perciò, solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l'incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l'unica direzione di senso del dictum. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide pro futuro", GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale cit.](#) . Subito dopo l'ex Presidente Gallo chiariva che questa differenza in parte sfuma nel caso delle sentenze pilota.

⁵³ Almeno in maniera espressa. Si vedano però i casi richiamati da PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 901 s.; BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 983 s.; RIDOLA, [La giurisprudenza costituzionale e la comparazione](#), 2006.

⁵⁴ Per esempio si veda: [Corte costituzionale, sentenza n. 10/2015](#)

⁵⁵ [Corte costituzionale, sentenza n. 113/2011](#)

⁵⁶ [Corte costituzionale, sentenze 348 e 349/2007](#)

“Questo diverso apprezzamento del nesso funzionale può essere parzialmente spiegato alla luce degli interessi da contemperare nelle diverse sedi di giudizio in cui le due Corti rendono le pronunce sulla insindacabilità delle opinioni del parlamentare: per la Corte costituzionale, la sede è il conflitto di attribuzione fra poteri, in cui è preminente l’interesse oggettivo all’integrità delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato in conflitto e non l’interesse della parte privata offesa; per la Corte EDU, la sede è il giudizio specificamente rivolto alla tutela dell’interesse soggettivo di una parte, che lamenta la violazione di un proprio diritto fondamentale”⁵⁷.

Si tratta di un discorso fatto proprio anche dalla Corte costituzionale tedesca nella già ricordata ordinanza post-*Görgülü*: come ricordava Palermo, nel suo commento ai par. 57 s. dell’ordinanza, infatti, il diverso modo di costruire e operare il bilanciamento è dovuto innanzitutto alla “struttura del processo davanti alla Corte di Strasburgo, in cui le parti sono diverse e meno numerose rispetto al processo nazionale, non essendo rappresentati tutti i titolari dei diritti oggetto di valutazione bilanciata ma solo (almeno come parti principali) il ricorrente contro lo Stato. Ciò può condurre a un eccesso di semplificazione nel bilanciamento dei diritti davanti alla Corte europea, dovuto alla mancata rappresentanza processuale di tutti gli interessi in gioco”⁵⁸. Ciò vale soprattutto per una serie di ambiti che, attraverso quella che è stata chiamata una “teoria selettiva dei controlimiti”⁵⁹, la Corte costituzionale tedesca richiama.

Questa ordinanza va letta alla luce della saga *Hannover*⁶⁰ e del caso *Axel Springer*⁶¹, in cui giudici tedeschi e Corte di Strasburgo si erano confrontati a distanza, scambiandosi argomenti sul diverso modo di intendere il concetto di “personaggio pubblico” e sul differente modo di bilanciare libertà di stampa e riservatezza⁶².

Fra le altre tecniche di disobbedienza possiamo ricordare quella facente perno sulla distinzione fra il quadro fattuale e giuridico della causa pendente dinanzi alla Corte costituzionale e quello che ha dato origine ad una precedente pronuncia della Corte di Strasburgo.

Secondo questo modo di procedere, dopo aver richiamato la pronuncia della Corte EDU (vale anche qui la distinzione fra interpretazione e argomentazione), la Corte costituzionale si affretta a chiarire che, in realtà, la propria giurisprudenza risponde allo spirito di quella di Strasburgo ma che la non esatta corrispondenza del quadro fattuale comporta la necessità di staccarsi parzialmente dalle conclusioni del

⁵⁷ GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale cit.](#)

⁵⁸ PALERMO, [Il Tribunale costituzionale federale cit.](#)

⁵⁹ PALERMO, [Il Tribunale costituzionale federale cit.](#)

⁶⁰ In quell’occasione i due giudici avevano dato interpretazioni profondamente diverse del diritto alla riservatezza e del diritto alla personalità, sconfessandosi a vicenda. Il Tribunale costituzionale tedesco approfittava allora dell’ordinanza qui richiamata per chiarire i rapporti di forza. Per la prima volta (e, non a caso forse, in un terreno lontano dal consueto) il Tribunale tedesco specificava quali fossero gli ambiti *off limits*: il diritto degli stranieri, il diritto di famiglia e il diritto della personalità. Corte EDU, *von Hannover v Germany I* app. no. 59320/00, decisione del 24 giugno 2004; *von Hannover v Germany II* app. no. 40660/08 e 60641/08, decisione del 7 febbraio 2012; *von Hannover v Germany III* app. n. 8772/10, decisione del 19 settembre 2013.

⁶¹ Corte EDU, *Axel Springer*, app. no. 39954/08, decisione del 7 gennaio 2012.

⁶² Sulle interazioni giudiziali (anche dialogiche) fra giudici tedeschi e Corte EDU in questa saga si veda: CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION, [Judicial Interaction Techniques. Their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication](#), 2014.

giudice EDU. Si tratta di un modo di argomentare fondato sul già richiamato “differente rilievo del caso” nei due giudizi; un buon esempio è quello relativo alla questione della estensione del principio di retroattività delle leggi penali: nella 236/2011, infatti, la nostre Corte ha ricordato come la sentenza *Scoppola*⁶³ “ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio (...) resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata”⁶⁴.

Proprio ricordando la 236/11 l’ex Presidente Gallo, sempre nel corso della relazione del 2012, ribadiva la competenza della Corte costituzionale italiana “a trarre dalla puntualità della casistica giurisprudenziale i principi atti ad essere trasposti nell’ordinamento giuridico nazionale”⁶⁵.

Queste parole ci riportano alla metafora del *judicial transplant*⁶⁶: come è noto, infatti, i contesti giuridici che ricevono un trapianto giuridico non sempre reagiscono nel modo previsto; a volte i trapianti in questione possono produrre “legal irritants”⁶⁷. È compito della Corte costituzionale evitare questo tipo di conseguenze, tenendo conto delle ragioni del “sistema”⁶⁸ di ricezione del principio proveniente da Strasburgo.

Un’altra tecnica di disobbedienza usata dalla Corte costituzionale italiana consiste nell’uso di concetti “polisemici”: è il caso di nozioni quali “pubblica utilità” o “pubblico interesse”, che vengono, non a caso, ricordati dall’ex Presidente Gallo nella sua relazione a proposito delle divergenze relative alle leggi di interpretazione autentica.

Conviene riportare l’intero passaggio e sottolineare il riferimento al dialogo inteso anche come dialettica fra interlocutori che non hanno necessariamente posizioni di partenza (e di arrivo) coincidenti:

“La perentorietà con cui le ragioni di interesse pubblico che motivano il ricorso all’interpretazione autentica sono state ritenute insussistenti – in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311 del 2009 – pone un problema interpretativo circa le nozioni di “pubblica utilità” e “interesse pubblico” assunte dalla Corte EDU e circa le diverse conseguenze che essa fa derivare dalla insussistenza dell’una o dell’altra [...]E ciò senza tener conto che almeno per il diritto italiano, anche dal punto di vista lessicale, i termini “utilità” e “interesse” non sono antitetici e sono comunque resi omogenei dal loro carattere ‘pubblico’, e cioè dalla riferibilità di entrambi a una valutazione eminentemente politica meglio apprezzabile dall’autorità nazionale. È sulla soluzione di questo dubbio interpretativo che in futuro si dipanerà probabilmente il dialogo fra le Corti in tema di retroattività delle leggi e affidamento”.⁶⁹

⁶³ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in causa n. 10249/03

⁶⁴ [Corte costituzionale, sentenza n. 236/2011](#)

⁶⁵ GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale cit.](#)

⁶⁶ Sul problema dei trapianti giuridici si vedano WATSON, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1993; LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111 s.

⁶⁷ Per riprendere l’espressione di TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 1998, 11 s.

⁶⁸ [Corte costituzionale, sentenza n. 264/12 e sentenza n. 85/13](#)

⁶⁹ GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale cit.](#)

Un'ultima notazione meritano dei casi non richiamati (perché più recenti) nella relazione, in cui la Consulta ha deciso di risolvere la questione alla luce del solo dato costituzionale interno, non utilizzando quindi la CEDU come norma interposta.

Si tratta, ad esempio, delle decisioni n. 278/2013⁷⁰ e 162/2014⁷¹. Pur condividendo i dubbi di molti illustri commentatori⁷², credo sia necessario sottolineare anche in questa decisione una differenza che la distingue dai casi di *disobbedienza cattiva*: nelle decisioni 278/2013 e 162/2014 la Corte riconosce espressamente nella Corte di Strasburgo un interlocutore, perché cita la sua giurisprudenza (*Godelli*⁷³ e *S.H. c. Austria*⁷⁴). Secondo lo schema argomentativo seguito dalla Consulta nel momento in cui "è sufficiente" il parametro interno per raggiungere il risultato di espellere una norma dall'ordinamento – nell'ottica di quello che è stato chiamato il "garantismo competitivo"⁷⁵ – non vi è bisogno di utilizzare la CEDU per integrare il parametro.

Quest'ultima osservazione ci riporta all'idea presentata in apertura di relazione dall'ex Presidente Gallo che, citando la decisione n. 317/09, scriveva di un "plus di tutela" offerto dalla CEDU. Anche in questi casi, comunque, sarebbe errato parlare di un totale ritorno indietro o di una contraddizione rispetto all'apertura delle sentenze gemelle del 2007.

Il fatto che la Corte costituzionale non sia tornata indietro è dimostrato proprio dall'attenzione alla giurisprudenza della Corte EDU: se la Consulta avesse davvero deciso di contraddirsi non avrebbe nemmeno citato gli argomenti della Corte di Strasburgo, piuttosto avrebbe fatto precedere la scelta di affidarsi al solo parametro nazionale da un *legal reasoning* tutto basato di argomenti di diritto interno. Alcuni casi di questo tipo sono rinvenibili, per esempio, nelle decisioni della Corte suprema russa (almeno stando ad un importante studio del 2004⁷⁶ ma lo scenario non sembra essere molto cambiato anche alla luce di lavori più recenti pubblicati nel 2013⁷⁷), in cui i riferimenti alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU sono sporadici.

Questo punto è cruciale perché per esempio aiuta a distinguere il caso italiano da veri casi di totale chiusura verso il diritto internazionale dei diritti umani.

⁷⁰ [Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013.](#)

⁷¹ [Corte costituzionale, decisione n. 162/2014.](#)

⁷² RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; CIERVO, [Una questione privata \(e di diritto interno\). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo](#), 2014; SORRENTI, [Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale \(a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014\)](#), in *Consulta OnLine* 2014, FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, 2013,

⁷³ Corte EDU, *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012.

⁷⁴ Corte EDU *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011.

⁷⁵ SORRENTI, [Gli effetti del garantismo competitivo cit.](#)

⁷⁶ BURKOV, *Implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Russian Courts*, in *Russian Law: Theory and Practice*, 2006, 68 s., 69; NUBBERGER, *The Reception of the European Convention on Human Rights in Europe*, in STONE SWEET- KELLER (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 603 s., 622.

⁷⁷ BURKOV, *How to Improve the Results of a Reluctant Player: The Case of Russia and the European Convention on Human Rights*, in FLOGAITIS-ZWART-FRASER (eds), *The European Court Of Human Rights And Its Discontents Turning Criticism into Strength*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2013, 147 s., 150-151.

Nel prossimo paragrafo si guarderà ad altri casi interessanti offerti dal diritto comparato, anche e soprattutto per analizzare alcuni esempi di disobbedienze *non funzionali*.

3. L'America latina

Casi analoghi a quelli appena ricordati si possono ritrovare nell'altro grande sistema "convenzionale": quello del Patto di San José. È qui necessario un *caveat* di tipo metodologico. È noto che i sistemi interamericano ed europeo dei diritti dell'uomo presentino differenze, fra queste ne ricordiamo solo due eclatanti: l'assenza di un ricorso diretto nel meccanismo della Convenzione americana e l'assenza – secondo molti – di una vera e propria dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte interamericana⁷⁸.

Tuttavia, sono molte anche le analogie e numerosi gli studi che hanno iniziato – da anni ormai – a comparare i due sistemi⁷⁹. Anche la Commissione di Venezia ha recentemente pubblicato uno studio in cui i due sistemi vengono messi espressamente e confronto⁸⁰. Chiarito questo, si possono ritrovare degli interessanti esempi di disobbedienza funzionale anche nel sistema interamericano.

È il caso di una sentenza del 2013 in tema di restrizione di diritti politici⁸¹, in cui la Corte colombiana: 1) prendeva le mosse dall'apertura dell'ordinamento colombiano ai trattati internazionali in materia di diritti umani per ricordare l'importanza che la Convenzione ha nella giurisprudenza costituzionale; 2) citava espressamente una precedente decisione della Corte interamericana (*López Mendoza c. Venezuela*⁸²; 3) sottolineava le differenze "giuridiche e fattuali" caratterizzanti il caso pendente dinanzi a sé; 4) suggeriva una lettura alternativa dell'art. 23 della Convenzione americana, motivando la decisione di non seguire in tutto e per tutto la soluzione offerta dalla giurisprudenza della Corte⁸³:

⁷⁸ "La Corte di Strasburgo, ad esempio, ha potuto fare affidamento, sin dall'epoca della sua introduzione, sullo standard di tutela offerto dagli ordinamenti nazionali. La differenza si manifesta, solo per fare un esempio, nel ruolo svolto dal margine di apprezzamento nella giurisprudenza di Strasburgo, margine che, come vedremo, è quasi assente nella giurisprudenza di San José". Su queste differenze si veda nello specifico il capitolo di CAPPuccio, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in CAPPuccio-LOLLINI-TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 123 s., 142.

⁷⁹ Per esempio il bel libro di UBEDA DE TORRES, *Democracia y Derechos Humanos En Europa y En América: Estudio Comparado de Los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁸⁰ [CDL-AD\(2014\)036-Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session](#), 2014.

⁸¹ [Corte costituzionale colombiana Sentencia SU712/13](#).

⁸² [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentenza de 1 settembre 2011](#)

⁸³ Meno pacifica è la lettura di un recente caso della Corte suprema di Uruguay, relativa al tema delle leggi di amnistia, oggetto di accordi politici fra esponenti dei vecchi e dei nuovi regimi, e frequente bersaglio della giurisprudenza della Corte interamericana (nella misura in cui, ad esempio, queste leggi ostacolano le indagini necessarie al raggiungimento della verità). Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sentenza n. 20 del 22 febbraio 2013. Si tratta di un *follow up* al noto caso *Gelman c. Uruguay*. Si veda la risposta della Corte interamericana nella [resolución relativa alla "Supervision de cumplimiento de sentencia"](#) in cui si riconosce la parziale bontà degli

“Teniendo en cuenta que la Convención hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93-2 de la Constitución, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es preciso examinar el alcance de su artículo 23 [...] Sin embargo, de dicha disposición no se infiere una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la Convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada (*numerus clausus*) en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio [...] En este apartado también es necesario hacer referencia expresa a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza contra Venezuela, aun cuando, como se explica a continuación, ello ocurrió en un contexto fáctico y jurídico diferente”⁸⁴.

L’America latina ci offre, però, anche interessanti spunti di disobbedienza non funzionale. Si distingue in questo, senza dubbio, la Corte suprema brasiliana; basti pensare ad alcuni casi relativi al tema delle leggi di amnistia⁸⁵, in cui la Corte non faceva quasi riferimento alla copiosa giurisprudenza della Corte interamericana e si rifiutava di entrare nel merito della questione, proprio perché tali leggi erano state oggetto di accordi politici fra gli attori della transizione.

Proprio l’esclusiva rilevanza prestata al dato normativo e politico interno e l’aver deliberatamente ignorato la rilevante giurisprudenza della Corte interamericana rendono il caso brasiliano un esempio perfetto di *disobbedienza cattiva*. Per altro, come notato da Daly⁸⁶, la Corte suprema brasiliana non è nuova a questo tipo di comportamento: se, da un lato, essa si distingue per i generosi richiami alle Corti costituzionali o supreme straniere (Corte suprema statunitense, Corte costituzionale tedesca⁸⁷) o alla Corte EDU, dall’altro lato, sembra molto restia a citare giurisprudenza

argomenti sollevati dalla Corte suprema di Uruguay: “57. En este sentido, si bien en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte se realizan una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia dictada en este caso por la Corte Interamericana, dada la manera en que están expuestas, en particular sobre una interpretación de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, esas consideraciones podrían tener el efecto de obstaculizar o hacer ilusorio el cumplimiento de la misma”.

⁸⁴ [Corte costituzionale colombiana Sentencia SU712/13.](#)

⁸⁵ Ad esempio: [Supremo Tribunal Federal, ADPF 153/ DF–Distrito Federal, decisione del 29 aprile 2010.](#)

⁸⁶ DALY, *The Differential Openness of Brazil’s Supreme Federal Court to External Jurisprudence*, 2014.

⁸⁷ “In a 2003 decision ([HC 82424/RS–Rio Grande do Sul, Plenary Judgment, 17 September 2003](#)) concerning the prosecution of author Siegfried Ellwanger for publishing and selling anti-Semitic material, including A Jewish or German Holocaust? The Creators of the Lie of the Century, the Court grappled with the meaning of ‘racism’ in legal-constitutional terms, and its relationship with the right to freedom of expression, enshrined in Article 5.IV of the Constitution. In the course of their public discussion and voting in the case, running to 500 pages of text, the judges drew variously on case-law of the US Supreme Court, the House of Lords, the Constitutional Court of Germany, the Constitutional Tribunal of Spain and, notably, the European Court of Human Rights (Justice Gilmar Mendes citing the Court’s well-known decision in *Jersild v. Denmark*). Though citing US case-law most extensively, in their votes the justices appeared to side more clearly with the ‘European’ camp, recognising that free speech is not absolute, and that publishing books with discriminatory ideologies constitutes racism which lies beyond the scope of the right to freedom of expression”, DALY, [The Differential Openness cit.](#)

della Corte interamericana (forse proprio perché percepisce in quest'ultima un attore "scomodo").

Questo atteggiamento ondivago è stato descritto da Daly con la formula "differential openness to external jurisprudence"⁸⁸. Proprio una delle decisioni relative alle leggi di amnistia⁸⁹ rappresenta, per Daly, un perfetto esempio di "chiusura":

"For present purposes, the decision was striking for two reasons. First, despite the Inter-American Court's significant jurisprudence on amnesty laws, and its clear relevance in the case, only one judge (Justice Lewandowski) cited the relevant case law, leading him to vote against the continuing validity of the amnesty law. The majority of the Court, as Marcello Torelly has noted, cast the case as entirely a domestic matter, to be decided within the parameters of domestic constitutional law. Second, though some emphasis was placed on the case-law of other South American courts, such as the supreme courts of Argentina, Chile and Uruguay, in finding support for the position that the amnesty law was valid and should not be struck down as unconstitutional, the Brazilian decision in fact runs counter to the regional trend: in most neighbouring states the supreme and constitutional courts have, based on the Inter-American Court's jurisprudence, invalidated national amnesty laws or divested them of legal application"⁹⁰.

Un altro esempio di disobbedienza cattiva (disobbedienza *non funzionale*) è quello relativo ad una decisione della Corte suprema di Venezuela, in cui i giudici venezuelani sostenevano che: "la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana [...] afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia [...]" e in cui, sempre la Corte suprema venezuelana, scriveva di "evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana [...] con el fallo objeto de la presente decisión"⁹¹.

Il caso venezuelano risulta interessante anche per un'altra ragione: come abbiamo visto in precedenza, il Venezuela è caratterizzato da una disposizione costituzionale di grande apertura, l'art. 23 della Costituzione. A dispetto della lettera di quest'articolo, che conferisce "jerarquía constitucional" agli accordi in materia di diritti umani conclusi dal Venezuela, la Corte suprema venezuelana è stata autrice di una decisione davvero ostile verso le ragioni della Convenzione. Da un punto di vista metodologico questo conferma la necessità di andare oltre quanto disposto dalla lettera delle previsioni costituzionali e di coniugare ad una lettura del testo formale (approccio statico) l'attenzione alla *law in action* (approccio dinamico)⁹².

4. Conclusioni (aperte)

⁸⁸ DALY, *The Differential Openness* cit.

⁸⁹ [Supremo Tribunal Federal, ADFP 153/ DF–Distrito Federal, decisione del 29 aprile 2010](#)

⁹⁰ DALY, *The Differential Openness* cit.

⁹¹ [Tribunal Constitucional de República Dominicana, TC/0256/14](#)

⁹² Per un approccio simile si vedano: MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002 e POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010.

Come si è cercato di dimostrare la decisione n. 49/15 può essere letta alla luce di un quadro ampio, in cui vari giudici nazionali (non solo in Europa) interagiscono su base regolare con carte e corti formalmente appartenenti ad ordinamenti esterni ma, in realtà, parte del complesso normativo che sono tenuti a prendere in considerazione (*take into account*) e, nei limiti del possibile, ad applicare.

Con questo primo studio sulla disobbedienza funzionale si è cercato di valorizzare il ruolo che i giudici nazionali svolgono in quanto “primi fruitori” della Convenzione, come ricordato del resto anche dal Protocollo 15, secondo cui gli Stati “in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto”.

È inevitabile, allora, che all’assunzione di questa responsabilità corrisponda, per i giudici nazionali, anche la possibilità di svolgere una funzione “critica”, inducendo la Corte di Strasburgo a ripensare decisioni che vengono percepite come non basate su adeguate ricostruzioni o non fondate su un esatto apprezzamento del dato interno. In questo caso il conflitto interpretativo può agire come motore per l’evoluzione del sistema integrato piuttosto che come causa di rottura della continuità inter-ordinamentale. Non si tratta di esaltare i conflitti ma solo di riconoscere ad alcuni di essi una funzione sistemica, coerentemente con quelle letture che scorgono nei conflitti elementi talvolta positivi⁹³.

Queste riflessioni ci riportano agli studi sull’organizzazione ricordati in apertura e all’importanza che la dialettica fra ordine e disordine ha con riferimento a ciò: “Organization without disorder leads to a sterile, homogenous system where no change and innovation is possible. Complete disorder without order precludes organization”⁹⁴.

Si tratta quindi di responsabilizzare a pieno il ruolo dei giudici nazionali, specie delle Corti supreme e costituzionali senza garantire loro, però, la possibilità di celare posizioni retrograde e sovraniste dietro il pretesto di una dialettica di facciata.

Si tratta, al contrario, di disaccordi interpretativi che a volte effettivamente riescono ad indurre un ripensamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: basti comparare le già citate *Hannover I* e *Hannover II*⁹⁵, oppure ricordare il recente caso *Hutchinson*⁹⁶ in materia di ergastolo.

⁹³ KNIGHT, *Institutions and social conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; Si pensi alla nozione di “pluralismo agonistico”: MOUFFE, *The Return of the Political*, Verso, Londra, 1993; MOUFFE, *The Democratic Paradox*, Verso, Londra, 2000; MOUFFE, *On the Political*, Routledge, Abingdon, 2005. In italiano si veda la traduzione *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007. Si veda, ovviamente, anche: DAHRENDORF, *Toward a Theory of Social Conflict*, in *the Journal of Conflict Resolution*, 1958, 170 s.

⁹⁴ MONTUORI, [Foreword: Edgar Morin’s path of complexity](#), I- XLIV, XXXIV, 2008.

⁹⁵ Come notato anche da PETERS, [The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline](#), 2014: “In the follow up case von Hannover No. 2, the ECtHR conceded to some of these arguments. First, it pointed out that national courts enjoyed a margin of appreciation on balancing the particular rights involved in the case. Second, the Court established that it could reconsider this balancing only in cases where the balancing that had resulted was artificial and arbitrary”.

⁹⁶ [Corte EDU, Hutchinson v. the UK \(Application no. 57592/08\) del 3 febbraio 2015](#). Il passaggio è il seguente: “In the circumstances of this case where, following the Grand Chamber’s judgment in which it expressed doubts about the clarity of domestic law, the national court has specifically addressed those doubts and set out an unequivocal

Per distinguere fra casi di disobbedienza “funzionale” e “non”, sarà necessario allora prestare attenzione al *legal reasoning* delle corti nazionali e questo mi riconduce al punto relativo alla natura procedurale dell’obbligo di interpretazione conforme. Anche qui il diritto comparato ci offre soluzioni: nella più volte richiamata ordinanza post-*Görgülü* il Tribunale costituzionale tedesco ricordava come la *Legge fondamentale* (art. 23 e 24), riconoscendo un *favor* alle disposizioni internazionali e sovranazionali, sia un testo “aperto”. Ciò comporta l’obbligo per il giudice tedesco di tenere in debito conto la normativa e la giurisprudenza CEDU e dunque di interpretare le norme interne in maniera conforme ad esse ma solo quando l’interpretazione sia metodologicamente sostenibile, con tanto di obbligo di motivazione in caso di elusione di interpretazione conforme (motivazione sindacabile dalla Corte costituzionale tedesca⁹⁷).

Definendo quindi “procedurale”⁹⁸ l’obbligo di interpretazione conforme non intendo sminuire assolutamente l’incombenza spettante al giudice statale; al contrario, si tratta proprio di rendere riconoscibile e trasparente (nei limiti dati dall’assenza – talvolta – di opinioni dissenzienti o concorrenti) il percorso argomentativo seguito dal giudice che, rendendo *pubbliche* le scelte di seguire o di non seguire una certa interpretazione, si espone, così, ad un vero e proprio controllo. È questa l’idea di chi vede nel dialogo fra giudici appartenenti a livelli diversi una concretizzazione del principio del *checks and balances*⁹⁹.

statement of the legal position, the Court must accept the national court’s interpretation of domestic law (see, mutatis mutandis, *Cooper v. the United Kingdom* [GC], no. 48843/99, § 125, ECHR 2003-XII). Further, as the Grand Chamber observed in *Vinter and Others*, the power to release under section 30 of the 2003 Act, exercised in the manner delineated in the Court of Appeal’s judgments in *Bieber and Oakes*, and now *R. v. Newell*; *R v. McLoughlin*, is sufficient to comply with the requirements of Article 3 (and compare, also, the review mechanisms accepted by the Court to be Article 3-compliant in *Kafkaris*, cited above, §§ 100-105 [and] *Harakchiev and Tolumov*, cited above, §§ 257-261. In conclusion, there has been no violation of Article 3 in the present case”. La Court of Appeal, all’indomani della nota decisione *Vinter* della Corte EDU ([Corte EDU, Vinter e altri c. Regno Unito \(Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10\)](#)), aveva espresso il proprio dissenso ricostruendo in maniera corretta il dato normativo interno.

⁹⁷ PALERMO, [Il Tribunale costituzionale federale cit](#)

⁹⁸ LAMARQUE, [L’interpretazione conforme alla CEDU cit](#).

⁹⁹ TORRES PÉREZ, *The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism*, in: CLOOTS, DE BAERE, SOTTIAUX (eds), *Federalism in the European Union*, Hart Publisher, Oxford, 2012, 110 s., 124. Si veda anche: FRIEDMAN, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2000, 93 s.