

## **Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?**

*Nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220*

di G. Colavitti,  
ricercatore presso la facoltà di economia dell'Università dell'Aquila

e C. Pagotto,  
docente a contratto di diritto pubblico dell'economia  
nell'Università dell'Aquila

Il 1° dicembre 2009, all'esito di un tortuoso travaglio e dopo un notevole sforzo volto a superare le ultime preoccupazioni ceco-polacche, è - come noto - entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che l'Italia aveva già ratificato con la l. 130/2008.

Tra le novità più rilevanti la riscrittura di talune norme particolarmente significative del Trattato sull'Unione e del Trattato CE. Tra queste senz'altro il nuovo art. 6 del TUE, che appare uno dei frutti più evidenti del carattere compromissorio del Trattato e, ancor di più, dell'estrema cautela utilizzata sul terreno delle norme dal "tono costituzionale", dopo le disavventure della "Costituzione per l'Europa" del 2004.

Le parole fatte proprie dal testo dell'art. 6 del TUE sono suscettibili di conseguenze molto incisive sul piano del rapporto, già molto delicato, tra le fonti in materia di protezione dei diritti fondamentali.

Con esso l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque si assoggetta alla giurisdizione della Corte europea di Strasburgo (che, com'è noto, giudica sulle violazioni della Carta operate dai soggetti firmatari). Ancora: il Trattato di Lisbona risolve una volta per tutte la questione dell'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (cd. "Carta di Nizza"), sancendo che questa ha lo stesso valore giuridico dei trattati, pur non essendo inclusa tra di essi. Ne risultano quindi tre distinti livelli di potenziale tutela dei diritti fondamentali: il primo livello propriamente costituzionale, assicurato dalle Costituzioni degli Stati membri; il secondo livello comunitario (o di diritto dell'Unione, come più correttamente ora si definisce) offerto dalla Carta di Nizza; il terzo livello convenzionale, assicurato dalla CEDU,

che si sposta, da parametro assiologico di valutazione del contegno degli Stati, a regola di diretta applicabilità nei rapporti intersoggettivi all'interno dello spazio giuridico europeo. È di tutta evidenza che questo complesso quadro di fonti apre una serie di altrettanto complessi scenari, specie allorquando la misura della protezione giuridica offerta alle situazioni giuridiche soggettive appare palesemente differenziata tra i diversi livelli (si consideri ad es. la diversa intensità della protezione garantita al diritto di proprietà rispettivamente dalla nostra Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza).

Ciò che più rileva in proposito è il rapporto diretto introdotto dall'art. 6 del TUE, nella sua nuova formulazione, tra il diritto dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, con un rinvio quanto mai ampio: *«I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»*. Giova ricordare che il concetto di tradizioni costituzionali comuni, già oggetto di una menzione da parte del precedente testo dell'art. 6, ha dato luogo ad un ampio dibattito in dottrina, soprattutto volto a stabilire quali fossero le modalità per delimitare più chiaramente questa nozione e quale fosse il ruolo della Corte di Giustizia nel rilevare l'appartenenza o meno dei principi di diritto alle tradizioni costituzionali comuni stesse.

Anche la categoria dei principi generali del diritto comunitario non era scevra di profili problematici, soprattutto in relazione al rapporto tra il loro valore e quello delle norme di diritto positivo (Trattati e diritto comunitario derivato). Ci si chiedeva, in sostanza, se i principi generali fossero altrettanto vincolanti quanto gli impegni espressamente sottoscritti dagli Stati membri con i Trattati e come dovesse comportarsi il giudice comune in presenza di una giurisprudenza comunitaria che solo di rado ha chiaramente ascritto una propria norma di giudizio a tali "principi generali".

Il Trattato di Lisbona ha, quindi, fuso in *unicum* due nozioni già rivelatesi in sé problematiche quali, appunto, i principi generali e le tradizioni costituzionali comuni. Ciò che, però, non può allo stato attuale essere revocato in dubbio è che il Trattato di Lisbona abbia conferito al sistema giuridico CEDU (ossia alla Carta ed a tutta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che l'ha interpretata e sviluppata in questi decenni) un nuovo *status* nel sistema delle fonti, poiché tutto porta a ritenere che anche questo insieme

normativo acquisisca il beneficio della *primauté* rispetto al diritto nazionale, finora appannaggio esclusivo delle norme comunitarie.

Ciò rimette senz'altro in discussione il presupposto della netta differenziazione tra l'efficacia (diretta) del diritto comunitario e quella (invece solo indiretta) della CEDU, sul quale si è basata tutta la recente giurisprudenza costituzionale italiana, in particolare in seguito alle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (che pure si presentano in qualche modo innovative rispetto al precedente orientamento, che legava strettamente il valore della CEDU al rango di legge ordinaria dell'ordine di esecuzione della Convenzione), la cui *ratio decidendi* è stata da ultimo confermata con la recentissima decisione della Corte costituzionale 12.3.2010, n. 93, in materia di procedimento per l'applicazione delle misure patrimoniali di prevenzione.

A fronte di un quadro così complesso, e nel mentre sorgono diffusi timori legati alle incertezze cagionate dall'ampliamento delle facoltà del giudice comune dinanzi ad una CEDU direttamente applicabile, è intervenuta la decisione in commento, la quale - con sorprendente rapidità - fa proprio il nuovo quadro normativo e ne dà una diretta applicazione, basando sui principi CEDU del processo equo (art. 6) e dell'effettività del ricorso (art. 13) conseguenze ben concrete quali la condanna di un privato ad un cospicuo pagamento a beneficio di un ente locale.

Il tono con cui la sentenza dà conto del fondamento giuridico della decisione è quello di un certo *understatement*: il cuore della motivazione si trova in una parentesi ove si afferma che gli articoli 6 e 13 della CEDU sono «*divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009*». L'asserzione è addirittura inclusa tra parentesi, quasi che si trattasse di un dato scontato, con un effetto complessivo che pare sottolinearne la perentorietà.

Certo l'affermazione dovrà, nel prosieguo del cammino giurisprudenziale qui intrapreso, essere ulteriormente esplicitata, in vista di una ricostruzione più completa del sistema giuridico così integrato: in particolare andrà chiarito *per chi e come* sono divenuti direttamente applicabili i predicati normativi della CEDU. Una questione tutt'altro che oziosa: altro è che i precetti della CEDU siano divenuti direttamente applicabili nelle materie in qualche modo connesse con il diritto comunitario - il che circoscriverebbe in

modo più intelligibile l'utilizzo in giudizio del Trattato di Lisbona - altro è che essi si considerino come parametro vincolante *tout court* per il giudice, e che quindi sia possibile darne applicazione a qualunque fattispecie.

Nel caso di specie non vi sono elementi che indichino un legame tra il contenzioso deciso dal Consiglio di Stato e l'applicazione di norme comunitarie, e dunque appare di tutta evidenza che l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato andrebbe nella direzione di una piena utilizzabilità delle norme CEDU da parte del giudice, a prescindere dalla materia controversa e, soprattutto, a prescindere dalla insufficienza della normativa interna a risolvere la questione.

Tra le diverse difficoltà che potenzialmente pone quest'approccio così ampio vi è sicuramente quella dell'esatto rapporto tra norme del sistema giuridico nazionale e norme CEDU "potenziate". C'è da chiedersi, in particolare, se il giudice possa far utilizzo del parametro convenzionale non più come *extrema ratio* in presenza di una normativa nazionale palesemente in contrasto con i diritti fondamentali, ma anche prescindendo dalla dimostrata insufficienza dell'ordinamento italiano ad affrontare in modo coerente la fattispecie concreta.

Va, in proposito, ricordato che l'utilizzo dei principi CEDU non è affatto nuovo per la giurisprudenza italiana: le norme della Convenzione sono state finora utilizzate come parametro interpretativo per sostenere una determinata lettura (solitamente più garantistica) del diritto nazionale vigente, pur non mancando decisioni che, in alcuni circoscritti casi, hanno fatto applicazione diretta di norme della CEDU, facendo tuttavia stato della necessità straordinaria di disapplicare la norma nazionale al fine di garantire in concreto un diritto minimo della persona (cfr. Corte App. Roma, ord. 11.2.2002, s.n., in Giur. Cost. n. 3/2002, p. 2221 ss.; Cass., sez. un., sent. 23.12.2005, n. 28507) o a dare esecuzione al giudicato della Corte di Strasburgo (Cass. pen., sent. 3.10.2006, n. 32678).

Un percorso logico-giuridico di questo tipo avviene del resto anche per il diritto dell'Unione: il giudice o l'autorità nazionale procedono a disapplicare la norma statale quando non riescono a rinvenire all'interno del sistema del Paese una norma o un'interpretazione che possano produrre un risultato "comunitariamente orientato" (in questo senso, tra le molte, le sentenze della Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, causa C-

327/00, *Santex*; 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*; 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred*, 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*).

Analogamente, proprio la Corte di Strasburgo ha indicato la necessità di rispettare il disposto dell'art. 35 della stessa CEDU, che consente il ricorso al giudice della Convenzione solo previo esaurimento dei rimedi di diritto interno, pur essendo il giudice nazionale tenuto durante la precedente fase di giudizio ordinario ad adottare un'interpretazione degli strumenti giuridici statali quanto più conforme alla Convenzione (ad es. CEDU, dec. 27.3.2003, *Scordino c. Italia*).

Un tale percorso logico giuridico non è stato compiuto dal Consiglio di Stato nel caso controverso, sì che la lettura della decisione in commento pone senz'altro un primo interrogativo relativamente alla necessità, da parte del giudice, di ricorrere ad una tale affermazione di principio al fine di poter accogliere la domanda.

In altri termini, c'è da chiedersi se il giudice non disponesse già, senza ricorrere al Trattato di Lisbona, degli strumenti di diritto nazionale per dare risposta alla domanda del ricorrente volta ad ottenere in restituzione quanto pagato da una pubblica amministrazione in forza di una statuizione emessa da un giudice amministrativo dichiarato privo di giurisdizione.

Nel caso specifico, dunque, tenuto conto della chiarezza del disposto dell'art. 389 c.p.c., il quale, in ipotesi di cassazione della sentenza senza rinvio, rimette «*al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata*» la competenza a statuire sulle domande di restituzione e di ogni altra conseguente alla sentenza medesima, l'unico dubbio che si sarebbe potuto sollevare poteva riguardare la sola circostanza che la pronuncia di cassazione era avvenuta per motivi di giurisdizione. Il rilevato difetto di giurisdizione poteva infatti legittimare perplessità in ordine alla possibilità di pronuncia ulteriore, anche ai soli fini delle restituzioni, ex art. 389 c.p.c., di un giudice che la Suprema Corte aveva dichiarato in difetto di potere.

La questione però, già sottoposta al giudice della giurisdizione, risultava aver ricevuto risposta positiva essenzialmente sulla base della considerazione che «*il diritto alla restituzione discende dal solo fatto della rimozione della sentenza cassata e si connota come diritto soggettivo autonomo, senza che possa esercitare alcuna influenza la natura del rapporto sostanziale all'origine della controversia*» (Cass., SS.UU. 2.7.2004, n.

12190). Analoghe considerazioni sono formulate dalla Suprema Corte anche in caso di cassazione con rinvio, come nel caso della sentenza della sez. III del 29.8.2008, n. 21901: *«se si considera che il diritto alle restituzioni nasce per effetto della cassazione della sentenza e, dunque, da una vicenda processuale, ma è pur sempre inerente e collegato alla vicenda sostanziale oggetto del giudizio cui si correlano le restituzioni, la norma dell'art.389 c.p.c., là dove prevede che sia competente il giudice di rinvio in caso di cassazione con rinvio o quello che ha emesso la sentenza impugnata, appare significativa dell'intenzione del legislatore di attribuire il giudizio di restituzioni allo stesso giudice ufficio avanti al quale rispettivamente continua ad essere giudicata o è stata giudicata la vicenda sostanziale oggetto della lite [...] E la ragione dell'esclusività di tale competenza si può e si deve ravvisare nella circostanza che il giudizio sulle restituzioni sia gestito da un giudice che è quello della fase processuale anteriore alla cassazione»*. E ancora Cass., sez. I., 9.6.2006, n. 13461: *«la circostanza che l'annullamento sia stato pronunciato per carenza di potere del Giudice, non comporta la non applicabilità dell'art. 389 c.p.c., trattandosi di un'ipotesi di cassazione senza rinvio, ed essendo la cassazione senza rinvio espressamente ricompresa nella competenza disciplinata dall'art. 389 c.p.c.»*.

6

In conclusione, quindi, il Consiglio di Stato ha preferito omettere di prendere posizione sui profili di eventuale dubbio circa la sufficienza del parametro di cui all'art. 389 c.p.c. ai fini della propria decisione, giungendo invece *per saltum* all'applicazione dei diritti fondamentali all'equo processo e all'effettività del ricorso garantiti dalla CEDU, cui il Trattato di Lisbona ha conferito la qualifica di "principi generali dell'ordinamento comunitario".

Ciò non significa, beninteso, che il ragionamento del Consiglio di Stato sia in sé abnorme, anzi vi è motivo di ritenere che il nuovo testo dei Trattati europei porterà presto a nuove pronunzie analoghe a quella in commento. Nel caso di specie, tuttavia, il giudice ha potuto proclamare il principio di piena e diretta applicazione della CEDU senza dover disapplicare specifiche disposizioni di diritto interno antinomiche rispetto alle norme CEDU. In questo senso, dunque, la petizione di principio appare meno impegnativa, e quasi formulata *ad abundantiam*, tanto che, probabilmente, gli stessi risultati potevano essere raggiunti limitando il richiamo alla CEDU come riferimento ad un utile strumento interpretativo delle norme interne. Più delicato sarà il compito del giudice allorquando l'eventuale

richiamo alle norme CEDU comporterà la disapplicazione del diritto interno: in questa circostanza potremo effettivamente misurare il grado di incidenza del nuovo art. 6 TUE sul piano del rapporto tra le fonti.

Piuttosto vi è la necessità per il giudicante, per rispettare le garanzie costituzionali di legalità e di motivazione dei giudizi (artt. 97 e 111 Cost.), di dare pienamente conto dell'*iter* logico giuridico che lo ha condotto alla scelta, in sé lacerante, di disapplicare le norme di legge nazionale per assicurare la prevalenza di un diritto fondamentale dell'individuo come tutelato da una disposizione CEDU.