

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

23. Jahrgang

4/2013

23^e année

Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie

ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 10, o della difficile relazione fra diritto inter- nazionale e diritto interno

MATTEO SARZO

A propos de l'applicabilité du droit de l'occupation militaire aux forces des Nations Unies

NOEMI CORSO

Praxisberichte / Chroniques

Droit européen / Europarecht (KADDOUS & TOBLER)

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2012) (KILLIAS)

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz (Mayer)

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
RSDIE – Revue suisse de droit international et européen
RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo
SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch / www.rsdie.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website / Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site / contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern

(Vorsitz / Président; Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern (Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht / Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht / Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht / Droit international public)

Managing Editor:

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle, Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous

Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb, Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer,

Dr. Paolo Michele Patocchi, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdie.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Édition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

CHF 250.– / EUR 179.–

Einzelnummer / Prix du numéro

CHF 71.– / EUR 50.70

ISSN 1019-0406

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops 562

Aktuell/Actualité

ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER

Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge:

Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie..... 563

Artikel/Article

MATTEO SARZO

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
sull'articolo 10, o della difficile relazione fra diritto internazionale
e diritto interno..... 585

NOEMI CORSO

A propos de l'applicabilité du droit de l'occupation militaire
aux forces des Nations Unies..... 609

Praxis/Chronique

CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER

Droit européen: Suisse – Union européenne

Europarecht: Schweiz – Europäische Union..... 639

LAURENT KILLIAS

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2012)..... 671

THOMAS M. MAYER, BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz..... 719

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 10, o della difficile relazione fra diritto internazionale e diritto interno

di **Matteo Sarzo**¹

The case-law of the European Court of Human Rights on freedom of expression, albeit unsystematic and heterogeneous, can nevertheless be read through the lens of some conceptual frameworks, such as the general distinction between obligations of conduct and obligations of result, and the creature interpretation of international judges. From this perspective, the interaction between international law and domestic legal systems does not appear that difficult. In fact, in most cases, it is necessary to strike a balance between the supremacy of international law and the freedom of national orders to implement international obligations. This is the political side of international adjudication. This article will focus on the points of tension of this unstable relationship and the opposite expectations of both systems of law, in order to depict a rational framework which could meet both needs.

Indice

- I. Introduzione
- II. Gli obblighi di risultato e l'interpretazione del giudice internazionale.
- III. Il diritto interno come mezzo d'esecuzione della Convenzione europea.
 - A. Il controllo sull'interpretazione e applicazione del diritto interno.
 - B. Il controllo diretto della legge.
- IV. Conclusioni.

¹ Dottore di ricerca in diritto internazionale – Università degli Studi di Padova; Docteur en droit public – Université Paris I Panthéon-Sorbonne. E-mail: matteosarzo@hotmail.it.

I. Introduzione

Con sentenza del 14 marzo 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la Francia per violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilendo che la frase «casse-toi, pauv'con», apposta dal ricorrente su un cartello rivolto all'allora Presidente della Repubblica francese Sarkozy, non integra il reato di vilipendio ad un'istituzione politica. Per giungere a ciò, la Corte ha riqualificato l'espressione oggetto della controversia come satira politica, sottolineando che si trattava di una «formule abrupte, utilisée par le président de la République lui-même, largement diffusée par les médias puis reprise et commentée par une vaste audience de façon fréquemment humoristique». Diversamente da quanto deciso dai giudici penali francesi, che avevano condannato il ricorrente, tale circostanza per la Corte è stata considerata sufficiente per escludere l'intenzione di recare offesa.²

Questo caso mostra la tensione fra diritto interno e diritto internazionale: all'esercizio del potere di punire da parte dello Stato, il cui cardine è l'accertamento del fatto, si sovrappone un controllo esterno sulla medesima questione. Ci si potrebbe pertanto chiedere come tale dialettica possa essere spiegata sul piano più generale del rapporto fra diritto interno e diritto internazionale; a tal fine, la giurisprudenza della Corte europea relativa alla libertà d'espressione potrebbe fornire utili spunti. In effetti, si possono trovare delle costanti nelle pronunce della Corte europea nella materia che aiutano a chiarire certi aspetti riguardanti l'adempimento degli obblighi convenzionali.

Tre questioni saranno affrontate nel presente articolo. In primo luogo, si cercherà di rendere attuale un quadro teorico, già proposto da Roberto Ago, entro cui trovare una possibile sistemazione dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno: si tratta, in particolare, della distinzione fra obblighi di condotta e di risultato, concetto elaborato nel corso dei lavori di codificazione della responsabilità internazionale degli Stati. In seguito, tale schema sarà applicato alla giurisprudenza della Corte europea resa in materia di libertà d'espressione. Nelle conclusioni, si evidenzieranno i punti di frizione e i limiti dei rapporti fra gli ordinamenti nazionali e i giudici di Strasburgo.

² Cfr. *Eon c. France*, no 26118/10, § 60, 14 marzo 2013.

II. Gli obblighi di risultato e l'interpretazione del giudice internazionale

La formulazione di qualsiasi obbligo internazionale (positivo o negativo, di condotta o di risultato) e l'interpretazione datane da un organo sovranazionale sono fattori decisivi per lo sviluppo di un «effetto diretto» del diritto internazionale. Sebbene tale nozione – dal punto di vista puramente teorico – sia di difficile individuazione, tradizionalmente, due sono i modi d'intendere l'effetto diretto.

In una prima accezione, più ristretta, l'effetto diretto è utilizzato per identificare una norma che conferisce diritti agli individui.³ In questo senso, esso in-

³ Degli autori si sono chiesti se l'effetto diretto è una caratteristica comune a tutti gli obblighi internazionali oppure se, al contrario, esso identifichi solo quelli che garantiscono diritti agli individui. Non c'è unanimità di vedute su questo problema. Alcuni autori, dopo aver ammesso che si tratta di due questioni separate, hanno concluso sostenendo che spesso, in diritto interno, l'effetto diretto indica la mancanza di un diritto soggettivo conferito dalla regola internazionale. Cfr. A. NOLLKAEPPER, *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: University Press, 2011, p. 120–122, in particolare nota 24. Nella dottrina italiana alcuni autori identificano le norme «self-executing» come quelle che sono idonee a «produrre posizioni soggettive nell'ambito dell'ordinamento interno», e quindi diritti. Cfr. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 491. D'altronde, ridurre la questione dell'effetto diretto alla sussistenza di diritti individuali potrebbe prestarsi ad alcune critiche. In effetti, vi sono regole direttamente applicabili che non conferiscono diritti agli individui, ma che li privano di un vantaggio conferito dal diritto interno. Ad esempio, l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile impone ai giudici di non esercitare il potere giurisdizionale nei confronti di uno Stato qualora esso sia convenuto in giudizio per la condanna ad una pretesa civilistica. In tal caso, l'obbligo internazionale è negativo e di condotta, poiché essa inibisce l'applicazione di regole interne che attribuiscono e disciplinano un potere dello Stato, quello giurisdizionale appunto. Considerato che l'attore è un individuo, la regola dell'immunità dalla giurisdizione civile lo priverà della possibilità di far valere un diritto, di natura contrattuale o extracontrattuale, che la legge interna astrattamente gli conferisce. Così operando la regola internazionale produce delle conseguenze, quindi un «effetto», anche nei confronti delle norme interne di natura sostanziale, perché la carenza di un diritto d'azione implica necessariamente l'irrealizzabilità della pretesa sostanziale sottostante. Sempre in tema di definizione dell'effetto diretto, pare opportuno far riferimento ad un'ulteriore corrente di pensiero, che si è occupata dell'applicabilità diretta dei trattati relativi ai diritti dell'uomo. Riferendosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che interpreta l'effetto diretto dei trattati comunitari in un'ampia accezione, del tutto svincolata dal fatto che essi conferiscano diritti individuali, si è sostenuto che la nozione d'effetto diretto coincida con il principio dell'opponibilità (o invocabilità) del diritto comunitario a quello statale, cioè della superiorità del primo sul secondo. Ciò accade perché i privati possono far valere l'applicazione di una regola internazionale di fronte a qualsiasi norma interna che ne impedisce la corretta realizzazione. Cfr. C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 349-351. Incerta è la giurisprudenza interna, specialmente costituzionale, per quanto concerne l'esatta portata da attribuire alla nozione di effetto diretto. Per esempio, la Corte costituzionale italiana ha fatto propria la nozione di effetto diretto di stampo comunitario applicandola anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nelle famose sentenze n. 348 e 349 del 2007. In sintesi, la Corte ha sostenuto che le norme

dica il dovere per gli organi statali di confermare tale interpretazione, adottando qualsiasi comportamento in grado di realizzare l'obiettivo fissato dalla regola internazionale a beneficio dei privati. D'altro lato, i singoli, fondandosi sulla regola internazionale, pretendono che essa vincoli gli organi statali a riconoscere loro un certo vantaggio e che, di conseguenza, siano tenuti a osservare precisi comportamenti di fare o non fare per realizzare effettivamente tale vantaggio. L'effetto diretto, come caratteristica di una norma internazionale che conferisce diritti agli individui sul piano interno, non può certo essere messo in dubbio qualora una convenzione abbia lo scopo, appunto, di tutelare diritti umani. In tal caso, gli Stati hanno voluto impegnarsi, sul piano internazionale, ad adempiere tali obblighi nei confronti degli individui anche nell'ordinamento interno, che appaiono così come i destinatari « finali » della regola internazionale. A maggior ragione, ciò deve avvenire soprattutto nelle ipotesi in cui sia la stessa convenzione a conferire ai privati un diritto d'azione di fronte ad un'istanza sovranazionale per far valere la violazione della relativa convenzione: sarebbe contraddittorio sostenere che gli individui non hanno un diritto d'azione di fronte alle autorità nazionali per far valere un diritto loro conferito da una convenzione internazionale quando, al contempo, ad essi è riconosciuto lo stesso astratto diritto di fronte ad un giudice internazionale.⁴

In una seconda, più ampia accezione l'effetto diretto può essere inteso come diretta applicabilità. Quest'ultima nozione descrive il mero fatto che gli organi statali tengono dei comportamenti per adempiere l'obbligo internazionale senza che vi sia la necessità di creare o modificare alcuna regola di diritto interno.⁵ In altre parole, un obbligo internazionale è direttamente applicabile – e in questo

della Convenzione europea non sono mai direttamente applicabili né « producono effetti diretti nell'ordinamento interno », così negando ai giudici la possibilità di disapplicare qualsiasi regola interna ad essa contraria. Per una critica di questo impiego « improprio » della nozione comunitaria di effetto diretto, cfr. M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*. *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, vol. 2, p. 357–359 e N. NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme della CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*. *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, p. 200–201. Come è agevole notare, quindi, sia la prassi sia le opinioni dottrinali sono divise sulla portata da attribuire al concetto di effetto diretto.

⁴ Su questo punto, v. A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., p. 100.

⁵ Per esempio, cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale: problemi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 698 e ss. nonché P. DALLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*. Paris: LGDJ, 8^e ed., p. 254–255. Un'altra opinione merita di essere richiamata, secondo cui la natura non « self sufficient » di una regola internazionale deve essere limitata al solo caso in cui essa abbia bisogno di un complemento normativo di diritto internazionale. Solo in tal caso, del tutto eccezionale, un obbligo internazionale non avrebbe una vera forza vincolante. Al contrario, se il complemento normativo necessario è di diritto interno, poiché la norma internazionale manca di chiarezza e precisione indispensabili per una corretta applicazione, l'intera questione della diretta applicabilità diventa un problema di corretta esecuzione del diritto internazionale e, in definitiva, della divisione della com-

senso ha un effetto «diretto» – quando gli organi dello Stato dispongono in astratto del potere di tenere dei comportamenti sufficienti e adeguati per eseguirla correttamente. Essa di conseguenza si rivolge loro direttamente, senza l'intermediazione del potere di creazione normativa. Interpretata in questo modo, l'applicabilità diretta mostra la difficile, se non conflittuale, relazione fra diritto internazionale e diritto interno; essa diventa così lo specchio di alcune caratteristiche del primo e di certe tendenze del secondo.

In primo luogo, la diretta applicabilità rivela l'imperfezione del diritto internazionale rispetto al diritto interno. Se talvolta è necessario creare un complemento normativo di diritto interno affinché la regola internazionale possa essere direttamente applicata dagli organi statali, il problema diventa quello di capire le ragioni di questa esigenza. Ebbene, la modificazione o la creazione di una regola interna ha l'effetto di autorizzare certi organi dello Stato a tenere dei comportamenti (che, altrimenti, non avrebbero il potere di adottare) ritenuti dall'organo di produzione normativa essere i più *appropriati* per garantire il risultato prescritto dalla regola internazionale. E' una carenza strutturale della regola internazionale a determinare l'impossibilità di spiegare un pieno effetto diretto interno, l'incapacità cioè di rivolgersi direttamente a determinati organi e a indicare alcune funzioni statali, nella misura in cui essa non precisa i comportamenti (e quindi i «mezzi» di diritto interno più appropriati per il diritto internazionale) che rendono possibile o impediscono il risultato richiesto. Tale punto mostra la tensione fra diritto interno e diritto internazionale che, a causa della sua incompletezza e frammentarietà, concede al primo un ampio margine di discrezionalità nell'esecuzione dell'obbligo internazionale.⁶ Questo margine

petenza fra organi dello Stato. Cfr. V. VERHOEVEN J., La notion d'applicabilité directe du droit international. *Revue belge de droit international*, 1980, vol. 40, p. 248–249.

⁶ Ad esempio, l'obbligo di punire gli autori di un atto di tortura non può essere pienamente adempiuta qualora il giudice interno applichi le norme sulla prescrizione del reato. Sebbene un processo penale sia iniziato, in questo caso una regola interna di natura procedurale può impedire di giungere ad una condanna, e quindi ad una punizione effettiva del colpevole. Vi è quindi una sorta di antinomia, e l'obbligo di punire soccombe di fronte alla prescrizione. Non per questa ragione, tuttavia, tale obbligo è sempre privo di effetto diretto, inteso nell'ampia accezione sopra menzionata: infatti, in mancanza del verificarsi della prescrizione e in presenza di una sentenza di condanna poi eseguita, l'obbligo internazionale sarebbe pienamente adempiuto. In questo senso, esso è stato «direttamente applicato» tramite il corretto esercizio del potere giurisdizionale. Su questi punti spiega tutta la sua importanza la funzione del giudice internazionale, che identifica come «fatti generatori della responsabilità» quei comportamenti interni che, nello svolgimento di una determinata funzione statale, hanno ostacolato l'effettiva punizione. A sua volta, tali comportamenti diverranno parte di una «nuova» regola giurisprudenziale internazionale. Esempi di questo tipo sono numerosi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente alla violazione dell'articolo 3 e agli obblighi positivi che ne derivano, come quello di condurre una inchiesta effettiva in caso di sospetto di commissione di tortura o atti disumani e degradanti. Per esempio, si è censurata l'omissione di una perizia medico-legale per permettere la valutazione delle lesioni (*Khadissov et Tsetchoiev c.*

consiste più propriamente in un giudizio sull'appropriatezza dei comportamenti statali per raggiungere o garantire il risultato prescritto dall'obbligo internazionale.

L'altra «faccia» della diretta applicabilità è che sovente tale concetto è impiegato dallo Stato come una sorta di protezione di fronte all'evidenza che il diritto internazionale tende a porsi su un piano di superiorità gerarchica rispetto ad esso. Poiché un obbligo internazionale è diretto allo Stato nella sua unitarietà, imponendo sempre di raggiungere un risultato, ne consegue che logicamente esso si pone su un piano gerarchicamente superiore.⁷ Di conseguenza, tutte le regole interne, siano esse anteriori o posteriori al recepimento della norma internazionale in diritto interno, dovrebbero tendere automaticamente ad una corretta esecuzione di questa, se ci si pone dal punto di vista del diritto internazionale. Esse non sono altro che dei «mezzi» volti alla realizzazione di un determinato obiettivo, posto da una norma di origine non statale. D'altronde, va ricordato che la naturale inclinazione del diritto internazionale a prevalere sul diritto interno è un solido principio nella vita di relazione fra Stati: si tratta, con tutta evidenza, dell'inopponibilità del diritto interno al diritto internazionale (regola codificata dall'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei

Russie, no 21519/02, § 118, 5 febbraio 2009) o il fatto che l'inchiesta sia stata condotta da persone non indipendenti (*Gurgurov c. Moldova*, no 7045/08, § 65, 16 giugno 2009). Ugualmente, in relazione all'obbligo di punire gli autori di un atto di tortura o trattamento crudele, la Corte ha censurato la concessione di amnistia o sconto di pena (*Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 novembre 2004). Come si può ben intuire, questi comportamenti, tenuti sulla base di una norma interna o di una certa interpretazione di questa, hanno impedito di realizzare un'inchiesta o una punizione effettive. Il punto allora consiste nel sapere come rimediare a queste violazioni e come attuare la «nuova» regola formulata a seguito dell'accertamento giurisdizionale della Corte europea.

⁷ L'effetto utile, oggetto dell'obbligo internazionale, si realizza tramite l'imposizione agli organi dello Stato-persone fisiche di un generale dovere di conformità alla regola internazionale. Questi devono tenere dei comportamenti orientati alla realizzazione di un fine, espresso da tale regola. Nel distinguere gli obblighi di condotta da quelli di risultato, lo stesso Roberto Ago aveva sottolineato che «toutes les obligations internationales visent logiquement un but donné». V. R. Ago, Sixième rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II (1), p. 4. Ugualmente, un altro autore ha ben messo in rilievo che spetta allo Stato il compito di identificare l'organo per eseguire una regola internazionale che riconosce un diritto. In questo senso, si tratterebbe di una questione d'esecuzione e di riparto di competenze interne. Cfr. M VIRALLY, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes. *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris: Pedone, 1964, p. 498.

trattati)⁸ e della considerazione che la legge è un semplice «fatto» alla luce del diritto internazionale.⁹

Benché questi principi garantiscano la funzione del diritto internazionale sul piano dei rapporti tra Stati, in parte diverso si pone il problema per quanto ri-

⁸ Questo principio ha trovato solenne consacrazione in numerose sentenze ed opinioni della Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Si potrebbe ricordare, per esempio, la questione relativa agli impiegati ferroviari di Danzica assunti dalla Polonia, in relazione alla quale la Corte affermò che «le texte et la teneur générale du BEAMTENABKOMMEN montrent que les dispositions de cet acte sont directement applicables entre les fonctionnaires et l'administration» polacca. Cfr. *Compétence des Tribunaux de Danzig (Recours de certaines fonctionnaires ferroviaires contre l'administration polonaise)*, avis consultatif, *Série B*, n° 15, C.P.J.I. *Recueil des avis consultatifs*, 1928, p. 18. Questa perentoria affermazione fu la risposta della Corte all'obiezione della Polonia, la quale aveva sostenuto di non esser responsabile per non aver creato delle regole interne d'esecuzione, quindi per un proprio fatto normativo. In maniera molto chiara, la Corte proseguì specificando il principio dell'inopponibilità del diritto interno al diritto internazionale, una volta interpretato l'obbligo internazionale da un'istanza sovranazionale: «si [...] la Pologne soutenait que les tribunaux de Danzig ne peuvent appliquer les dispositions du *Beamtenabkommen* parce qu'elles n'ont pas été dûment insérées dans le droit national polonais, la Cour devrait faire observer que la Pologne, en tout cas, ne pourrait se prévaloir d'une objection qui, selon l'interprétation donnée par la Cour au BEAMTENABKOMMEN, équivaldrait pour la Pologne à se fonder sur la non-exécution d'une obligation qui lui a été imposée par un engagement international». Cfr. *Compétence des Tribunaux de Danzig, avis consultatif*, cit., pp. 26–27. Si veda, in relazione a questo caso e al principio ivi espresso, J. CRAWFORD, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture. Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, p. 8-9. La Corte Permanente ribadì successivamente tale principio. V., per esempio, *Affaire relative aux usines de Chorzów (fond)*, *serie A no. 17*, C.P.J.I. *Recueil des arrêts*, 1928, pp. 33–34 e *Question des «communautés» gréco-bulgares*, *Série B*, n° 17, C.P.J.I. *Recueil des avis consultatifs*, 1930, p. 32–33. Quanto alla Corte Internazionale di Giustizia, nel caso delle Pêcheries essa affermò che la «validité» di un atto interno di delimitazione degli spazi marittimi nei confronti di uno stato terzo dipende dal rispetto del diritto internazionale, il quale si pone quindi in una relazione di «superiorità» rispetto a questo. Cfr. *Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951: C.I.J. Recueil 1951*, p. 132. Va ricordato che, in una prospettiva rigorosamente dualista, far dipendere la validità di un atto interno dal diritto internazionale non sarebbe mai possibile, vista la separazione assoluta fra i due ordinamenti quanto ai soggetti e al contenuto cui le norme di entrambi si riferiscono. Cfr. D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni. Bologna: Zanichelli*, 1905 p. 45 e 66–71. Un riferimento al paradigma di superiorità del diritto internazionale rispetto al diritto interno, espresso dall'articolo 26 della Convenzione di Vienna, si ritrova in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, essa ha invocato contro la Russia tale principio, sottolineando che la classificazione in diritto interno di un atto come «segreto di Stato» – e quindi del divieto di diffusione che deriva dall'applicazione delle relative regole di diritto interno – è inoperante nei confronti dell'articolo 38 della Convenzione EDU. Cfr. *Janowiec et autres c. Russie*, nos. 55508/07 et 29520/09, § 104–107, 16 aprile 2012.

⁹ La Corte Permanente di Giustizia Internazionale sottolineò che, «au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives». Pertanto, «rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne». Cfr. *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, *arrêt, Série A*, n° 7, C.P.J.I. *Recueil des arrêts*, 1926, p. 19. (corsivo aggiunto).

guarda l'esecuzione interna di una regola internazionale, la quale è spesso ostacolata proprio dall'organizzazione gerarchica delle fonti di diritto interno. In effetti, l'impegno degli Stati di garantire un certo risultato, reso esplicito in una convenzione, una volta introdotto nell'ordinamento nazionale si scontra con altre regole, di rango superiore o di egual rango ma successive, che permettono o obbligano gli organi statali di tenere dei comportamenti che ostacolano o possono ostacolare l'esecuzione della norma internazionale. Spesso, la difficoltà di un corretto adempimento è determinata da una carenza o da un'inerzia del legislatore. E proprio su questo punto s'innesta il problema della diretta applicabilità: invece di creare o modificare le regole interne, che estendono la competenza degli altri organi, così da conferire loro il potere di tenere dei comportamenti che permettano il rispetto della regola internazionale, i Parlamenti restano inerti o adottano degli atti contrari. La non attivazione della procedura che permette di creare o modificare le fonti del diritto è talvolta aggirata dalle Corti supreme, all'interno del controllo di costituzionalità o di conformità rispetto alla Convenzione di una legge.

A questo punto, la distinzione fra obblighi di condotta e di risultato potrebbe costituire un utile quadro teorico per descrivere e sistematizzare la complessa relazione fra diritto interno e internazionale.¹⁰ Se l'obbligo di condotta identifica direttamente una specifica funzione statale, un «mezzo», e quindi un po-

¹⁰ Per quanto concerne questa distinzione, si fa riferimento al pensiero di Roberto Ago, espresso nei rapporti presentati alla Commissione di diritto internazionale durante i lavori di codificazione della responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito. Mentre lo Stato viola un obbligo di condotta tenendo un «comportement en tant que tel», nel caso di obbligo di risultato egli dovrà evitare o realizzare un evento «esterno». Cfr. R. AGO, Sixième rapport sur la responsabilité des États, cit., p. 9–11 e R. AGO, Premier rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II (1), p. 233–234. Nel caso di obbligo di risultato, la natura dell'evento da evitare o realizzare assume un carattere spiccatamente «materiale»: precisamente, nel caso della tutela dei diritti dell'uomo, il godimento di un certo vantaggio. Diversamente, l'obbligo di condotta imporrebbe di creare, applicare o non applicare determinate norme interne, rendendo molto semplice l'identificazione dell'organo o «funzione» statale a ciò preposta. Recentemente, sulla qualificazione di obbligazioni di comportamento determinato, di diligenza e di risultato, cfr. R. WOLFRUM, Obligation of Result Versus Obligation of Conduct. *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, ed. par M. ARSANJANI et al., Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2011, p. 373–376. Questo autore interpreta gli obblighi che si riferiscono al diritto interno precisando dei comportamenti specifici (come, ad esempio, la creazione di misure legislative o esecutive), come degli obblighi misti, essendo subordinati alla realizzazione di un ulteriore obbligo di risultato, che impone di realizzare un evento «materiale». Per una critica alla presunta distinzione fra obblighi di risultato e di condotta, considerata oramai superata alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. E. LAGRANGE, L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2011, vol. 356, p. 341–342. Preme tuttavia sottolineare che, nella prospettiva adottata, la distinzione fra obblighi di condotta e di risultato non viene ricondotta ad un rapporto di opposizione, ma permette di descrivere lo sviluppo lo-

tere o organo preciso, inibendo o prescrivendo un'azione, cioè l'esercizio o il non esercizio di una competenza precisa (paradigmatico l'esempio dell'immunità dalla giurisdizione civile, intesa come obbligo negativo di astensione del potere giudiziario), lo stesso non accade per gli obblighi di risultato. Questi ultimi, molto più numerosi nel diritto internazionale, sono formulati in maniera da garantire allo Stato nel suo insieme la facoltà di individuare i mezzi necessari (i comportamenti più appropriati) capaci di assicurare il rispetto dell'obbligo internazionale. Molto chiaramente, si tratta di un dovere piuttosto generico di conformarsi all'obbligo internazionale, essendo lo Stato obbligato a tenere o ad astenersi da *qualsiasi* tipo di comportamento che possa contribuire alla realizzazione dell'obiettivo specificato dalla regola internazionale. Di conseguenza, la funzione statale più appropriata per l'adempimento, e le regole interne che la disciplinano, non è espressamente individuata dalla regola internazionale, ma è lasciata alla discrezionalità del singolo ordinamento.

In questo punto di contatto, più spesso di contrasto, fra le esigenze di superiorità del diritto internazionale e i mezzi interni necessari alla sua esecuzione, si situa il contributo ermeneutico del giudice internazionale. Reinterpretando la norma internazionale alla luce del diritto interno, costui spesso rileva una «colpa» commessa dall'organo statale – il fatto generatore della responsabilità – che, rimanendo inerte o serbando un certo comportamento, ha reso impossibile la realizzazione della regola internazionale. In altri termini, l'organo statale viola la norma internazionale per il fatto di aver applicato il diritto interno, così ponendo in essere un preciso comportamento o rimanendo inerte, quando invece egli, per rispettare l'obbligo internazionale, avrebbe dovuto fare il contrario. Il fatto generatore è un errore nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto interno, nella misura in cui esso ha permesso di tenere un comportamento impeditivo all'effettiva esecuzione della regola internazionale.¹¹ Una volta accertata la violazione, i mezzi interni – cioè i comportamenti in concreto adottati sulla base delle norme nazionali – diventano «determinati» rispetto all'obbligo internazionale violato in qualità di fatti generatori della responsabilità. Questo processo di determinazione verte quindi su comportamenti statali, che da semplici mezzi generici per garantire l'osservanza di un obbligo internazionale, divengono «fatti» contrari a questo. Da questo punto di vista, il

gico-interpretativo (e, in ultima analisi, storico) che permette al giudice internazionale di «determinare» la struttura di un obbligo di risultato.

¹¹ Talvolta, come si vedrà in seguito, il fatto generatore è la stessa esistenza di una regola statale, qualora essa non lasci alcun margine di discrezionalità agli organi interni. Va a proposito rilevato che il giudice internazionale può liberamente determinare quale comportamento interno – e il fondamento normativo alla base di questo – sia il fatto generatore della responsabilità: il grado di pregnanza di tale analisi dipende dall'attivismo del giudice che rileva l'errore e dal contesto istituzionale in cui egli è inserito.

giudice internazionale contesta all'organo statale che avrebbe potuto rispettare il diritto internazionale se avesse applicato il diritto interno conformemente a questo, o se avesse applicato «direttamente» la regola internazionale. Com'è evidente, il controllo del giudice internazionale si pone su un piano di superiorità logica rispetto al diritto interno e alla sua interpretazione che, considerati nel loro insieme come semplici mezzi dalla regola internazionale, diventano gli elementi di una nuova regola di natura giurisprudenziale. Tra questi mezzi, rientrano anche i procedimenti essenzialmente intellettivi, come per esempio la valutazione dei fatti, e quindi la qualificazione che gli organi hanno dato a un evento della realtà che riguarda, direttamente o indirettamente, l'ambito di applicazione della regola internazionale.¹²

Queste considerazioni valgono anche nell'ipotesi in cui sia necessario dare esecuzione a una sentenza internazionale che non si limiti al mero accertamento di una violazione, ma che prescriva anche le misure per eliminare gli ostacoli a una corretta esecuzione dell'obbligo primario violato. E' proprio questo tipo di sentenza a mostrare l'internazionalizzazione del diritto interno, cioè la trasformazione dei semplici mezzi d'esecuzione del diritto nazionale in un nuovo obiettivo di carattere sovranazionale.

III. Il diritto interno come mezzo d'esecuzione della Convenzione europea

La ricca giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sviluppatasi sulla libertà d'espressione può esser un utile punto d'appoggio per trovare qualche conferma di quanto appena esposto. Procedendo da un'analisi testuale dell'articolo 10 della Convenzione europea, è facile notare che, mentre nel paragrafo 1 la libertà d'espressione è protetta tramite l'imposizione di un obbligo negativo, nel paragrafo 2 sono invece codificate le condizioni alle quali tale libertà può essere sottomessa a delle «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni» previste da una legge e necessarie alla protezione di altri valori «in una società democratica». Generalmente, la Corte europea accerta una violazione dell'articolo 10 quando le condizioni enunciate nel paragrafo 2 sono state vio-

¹² Già nei primissimi casi riguardanti la libertà d'espressione, la Corte europea ha avuto la premura di sottolineare che il suo controllo sarebbe «illusoire» se fosse limitato al vaglio delle singole restrizioni prese «isolément», invece di considerarle anche alla luce «de l'affaire, y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international». Cfr. *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 dicembre 1976, § 50, série A no 24. Evidentemente, la Corte ha precisato che il suo sindacato si rivolge anche ai giudizi intellettivi sul fatto, come appunto può essere l'interpretazione della manifestazione del pensiero oggetto della misura restrittiva.

late. Da questo punto di vista, lo Stato è allora obbligato a realizzare un fatto positivo – l'adozione di un comportamento (restrittivo) conforme alle regole convenzionali. Da ciò consegue che esso è in principio libero di scegliere se limitare questo diritto ma, una volta presa tale decisione, la conformità della restrizione alla Convenzione dipenderà dal rispetto del paragrafo 2 dell'articolo 10. E' per questo motivo che la Corte europea qualifica provvisoriamente come «ingerenza» qualsiasi comportamento statale censurato di fronte a lei *prima* di esaminare il merito del ricorso.¹³

Ciò che permette alla Corte di valutare l'ingerenza alla luce del paragrafo 2 è il controllo sui mezzi «interni» d'esecuzione della Convenzione.¹⁴ Non a caso, la Corte europea ha definito fin da subito quali sono questi mezzi, sostenendo che gli Stati, pur avendo un ampio margine di discrezionalità nel valutare la necessità di un'ingerenza, sono comunque soggetti al controllo successivo europeo, il quale è effettuato «à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent».¹⁵ Oggetto di sindacato giurisdizionale è quindi la compatibilità di un comportamento dello Stato ai tipi di restrizione previsti dal paragrafo 2 dell'articolo 10. Questo comportamento, a sua volta, è spesso la decisione di un or-

¹³ In dottrina è stata notata la tendenza della Corte europea a non definire in concreto la portata del diritto di cui il ricorrente lamenta la violazione, preferendo invece procedere alla valutazione della compatibilità alla Convenzione del comportamento statale limitativo della libertà e censurato di fronte a lei. V. J. GERARD ; H. Senden, *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*. International Journal of Constitutional Law, 2009, vol. 7, p. 622–623 et 630–636.

¹⁴ Tale aspetto non va confuso con il sindacato sulla proporzionalità della misura restrittiva. Questo è un criterio di natura essenzialmente politica, poiché consente alla Corte di valutare in maniera ampia se la misura specifica, adottata dagli organi statali, sia necessaria alla tutela in concreto di altri valori, enunciati nel paragrafo 2 dell'articolo 10. Come precisato, «il ne suffit pas que l'ingérence dont il s'agit se classe parmi celle des exceptions énumérées à l'article 10 par. 2 [...]; il ne suffit pas davantage qu'elle ait été imposée parce que son objet se rangeait dans telle catégorie ou tombait sous le coup d'une règle juridique formulée en termes généraux ou absolus: la Cour doit s'assurer qu'il était nécessaire d'y recourir eu égard aux faits et circonstances de la cause précise pendante devant elle». V. *Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1)*, 26 aprile 1979, § 65, série A no 30, corsivo aggiunto. Prova dell'ampio margine di apprezzamento della Corte sul criterio della proporzionalità è che esso varia in relazione al fine a cui la misura restrittiva è stata presa. Per esempio, in caso di comportamento statale adottato a protezione della morale o della religione, il controllo di proporzionalità è più limitato, perché la Corte censura solamente una «manifesta irragionevolezza» della misura litigiosa. Come è stato sottolineato, «si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique [...], les Etats contractants ont généralement une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou, plus particulièrement, de la religion»; in questo caso, pertanto, «seules des raisons sérieuses» potranno condurre la Corte a sostituire la propria interpretazione a quella delle autorità nazionali. Cfr. *Mouvement raélien suisse c. Suisse* [GC], no 16354/06, § 61,66 CEDH 2012. Dello stesso tenore, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58-63, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*.

¹⁵ V. *Handyside c. Royaume-Uni*, cit., § 49 e *Lingens c. Autriche*, 8 luglio 1986, § 39, série A no 103.

gano, adottata fondandosi su regole interne puntuali (la « legge »), quando esse non lasciano alcun margine di discrezionalità, oppure sull'interpretazione di queste. Nei paragrafi che seguiranno, si prenderà in considerazione l'oggetto del sindacato giurisdizionale: talvolta la Corte si limita a sanzionare una certa interpretazione del diritto interno, che ha permesso all'organo di adottare il comportamento oggetto della controversia (a); in altre occasioni, invece, il controllo è condotto direttamente sulla legge – quindi sulla norma – in quanto tale (b).

A. Il controllo sull'interpretazione e applicazione del diritto interno

Il procedimento logico seguito dalla Corte per esaminare la conformità di una misura statale rispetto alla Convenzione si svolge in più passaggi. Anzitutto, viene effettuata un'interpretazione autonoma dei fatti, in particolare della manifestazione del pensiero che ha determinato l'adozione della misura statale restrittiva. Spesso la Corte ha posto l'accento sull'importanza dell'analisi testuale e sistematica dell'espressione del pensiero portata alla sua attenzione, che la autorizza a verificare se gli organi statali hanno dato ai fatti un'interpretazione « accettabile ». ¹⁶ Con questa tecnica, la Corte svela rapidamente la mancanza di proporzionalità fra un comportamento statale e la specifica manifestazione del pensiero che ne è oggetto. ¹⁷

Numerosi casi mostrano l'importanza di questo passaggio. Per esempio, la Corte ha criticato la mancanza di una « analyse critique et circonstancielle de l'article litigieux », che aveva condotto i giudici a non prendere in considerazione « malgré les demandes expresses formulées [...] un élément de preuve », la cui importanza « ne saurait être exclue » nel caso specifico. ¹⁸ Ugualmente, la

¹⁶ Cfr. *Weber c. Suisse*, 22 maggio 1990, § 47, série A no 177. In maniera evidente, la Corte ha affermato di doversi convincere che « les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 (art. 10) et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents ». Lo stesso principio è stato affermato in altri casi: cfr., ad esempio *Jersild c. Danemark*, 23 settembre 1994, § 31, série A no 298; *Hertel c. Suisse*, 25 agosto 1998, § 48–50, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI; *Conceição Letria c. Portugal*, no 4049/08, § 41, 12 aprile 2011; *John Anthony Mizzi c. Malte*, no 17320/10, § 35–37, 22 novembre 2011.

¹⁷ *V. Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 78–95, 7 febbraio 2012.

¹⁸ *V. Cornelia Popa c. Roumanie*, no 17437/03, § 33,38, 29 marzo 2011. In un caso analogo, la Corte europea ha censurato la « strict interpretation » data dal consiglio dell'ordine dei medici polacco alle regole deontologiche della professione, che sanzionano « any critical expression in the medical profession » nei confronti di altri colleghi al fine di infliggere una sanzione disciplinare. Secondo la Corte, quest'organo avrebbe dovuto interpretare l'opinione oggetto della controversia in buona fede, perché diretta a tutelare « the ultimate goal of the medical profession – that is to protect the health and life of patients ». *V. Sosinowska c. Pologne*, no 10247/09, § 81–84, 18 ottobre 2011. Cfr. anche

Corte ha rilevato una violazione dell'articolo 10, constatando che l'opinione espressa non era «eccessiva», come invece avevano ritenuto le autorità nazionali per sanzionare l'autore di questa.¹⁹

Com'è agevole notare, in tutti questi casi l'omessa o non corretta valutazione dell'espressione del pensiero da parte degli organi statali ha determinato l'adozione di un comportamento restrittivo, in applicazione di norme interne che astrattamente conferiscono tale potere. L'interpretazione data dalla Corte europea alla specifica espressione del pensiero, censurando un errore di valutazione, consente di individuare, a sua volta, l'errore nell'applicazione delle norme interne che, nello specifico, hanno consentito di adottare il comportamento statale restrittivo o limitativo della stessa manifestazione del pensiero.

Il secondo passaggio riguarda l'interpretazione del diritto interno data dagli organi statali, considerata come una vera e propria «misura di esecuzione» della Convenzione. In effetti, dopo aver qualificato autonomamente i fatti, la Corte spesso vaglia l'interpretazione della legge interna fornita dall'organo nazionale, sulla base della quale la misura restrittiva è stata presa. Essa riesce così a valutare l'idoneità di tale comportamento a proteggere altri valori, operando un raffronto con la specifica manifestazione del pensiero così come riqualificata. Questo processo termina con un giudizio sull'attitudine di una precisa manifestazione del pensiero a ledere un altro valore.

Bergens Tidende et autres c. Norvège, no 26132/95, § 57-59, CEDH 2000-IV. In questo caso, la Corte ha censurato la motivazione data per l'applicazione di una sanzione disciplinare, poiché i giudici non avevano tenuto conto di altri fattori «equally relevant for determining whether or not the applicant had acted in good faith». V. anche *Bozhko c. Bulgarie*, no 3316/04, § 50, 19 aprile 2011; *Pinto Coelho c. Portugal*, no 28439/08, § 36-37, 28 giugno 2011.

¹⁹ Cfr. *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 febbraio 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I. Nell'affaire *Incal c. Turquie*, i giudici avevano condannato il ricorrente per aver diffuso un volantino riguardante il trattamento dei curdi dalle autorità di Smirne, ritenendo che esso incitasse all'odio. La Corte europea, reinterprestando il contenuto del volantino, ha negato che presentasse degli elementi «permettant de conclure à une quelconque responsabilité de M. Incal pour les problèmes que poserait le terrorisme en Turquie». Questo perché «lesdits appels ne sauraient néanmoins, lus dans leur contexte, passer pour une incitation à l'usage de la violence, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens». Cfr. *Incal c. Turquie*, 9 giugno 1998, § 50, 57, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV. Lo stesso procedimento logico si ritrova in tema di misure statali restrittive adottate per la protezione dell'altrui onore. La Corte reinterpreta la manifestazione del pensiero, escludendo che essa possa ledere l'onore di un'altra persona. V. *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 67-73, CEDH 1999-III e *Okçuoğlu c. Turquie* [GC], no 24246/94, § 46-48, 8 luglio 1999. V. anche *Dink c. Turquie*, nos 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, §133-136, 14 settembre 2010. Spesso, la Corte cerca di accertare la buona fede del ricorrente per escludere la lesione all'altrui reputazione. V. ad esempio *Niculescu-Dellakeza c. Roumanie*, n° 5393/04, § 63, 26 marzo 2013. Anche nel caso *Eon c. France*, al quale si è fatto cenno nell'introduzione, la Corte europea ha rilevato la mancanza dell'intenzione d'offendere, che al contrario era stata accertata dai giudici nazionali.

Numerosi esempi tratti dalla giurisprudenza sull'articolo 10 confermano questa considerazione. Una volta stabilito che il messaggio oggetto del ricorso «n'incite pas à l'usage de la violence, à la résistance armée, ou au soulèvement», essendo stato pronunciato «à un groupe de personnes assistant à une cérémonie commémorative», per questi motivi esso non può avere un «impact potentiel sur la <sécurité nationale>, <l'ordre public> ou <l'intégrité territoriale>». Di conseguenza, una condanna per «propagande contre l'unité de la nation turque et l'intégrité territoriale de l'Etat», presa sulla base dell'articolo 8 §1 della legge relativa alla lotta contro il terrorismo, non è a conforme all'articolo 10 della Convenzione europea.²⁰ Da ciò si può ricavare che la legge turca non rispetta la Convenzione europea se essa è interpretata e applicata dai giudici per qualificare come propaganda del terrorismo una specifica manifestazione del pensiero.²¹ Allo Stato sarà quindi vietato per l'avvenire di punire un fatto analogo al fine di proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico o l'integrità territoriale. Attraverso questo procedimento logico, la Corte interpreta, alla luce della Convenzione europea, le regole interne che permettono di porre in essere dei comportamenti per proteggere altri valori.

La presa delle pronunce della Corte europea sul diritto interno è quanto mai evidente perché, offrendo dei modelli d'interpretazione di questo, viene impo-

²⁰ *V. Gerger c. Turquie* [GC], no 24919/94, § 19, 50-52, 8 luglio 1999. Anche in *Faruk Temel c. Turquie*, la Corte europea ha stabilito che la dichiarazione in oggetto «lue dans son ensemble n'incite ni à l'usage de la violence ni à la résistance armée ni au soulèvement et – élément fondamental à prendre en considération [...] qu'elle ne constitue pas non plus un discours de haine. Le contenu de la déclaration n'était pas non plus susceptible de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées [...]. Il s'ensuit que la condamnation pénale du requérant ne répondait pas à un <besoin social impérieux>». Pertanto, «l'ingérence à laquelle a donné lieu l'article 7 § 2 de l'ancienne loi no 3713 ne peut être vue comme <nécessaire dans une société démocratique>». Nella specie, questo bisogno sociale imperativo era stato protetto con la condanna del ricorrente per aver commesso il reato di propaganda del terrorismo e incitamento all'odio. Cfr. *Faruk Temel c. Turquie*, no 16853/05, § 21, 61, 64, 1 febbraio 2011. V. anche *Fatih Taş c. Turquie*, no 36635/08, § 41, 5 aprile 2011.

²¹ Questi passaggi sono evidenti prendendo spunto anche da casi simili decisi dalla Corte in relazione all'articolo 10. Dopo aver specificato che le opinioni espresse in un colloquio, per il quale il ricorrente era stato condannato per propaganda contro l'unità della Turchia, «ne sauraient passer pour inciter à la violence, ni être interprétées comme susceptibles de le faire», la Corte passa all'analisi della norma. Nel caso di specie, si trattava dell'interpretazione data dal giudice penale turco all'articolo 8 della legge n. 3713 del 12 aprile 1991, che punisce «la propagande écrite et orale, les réunions, assemblées et manifestations visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat de la République de Turquie». Rilevando quindi che «la personne interrogée analysait cette situation, essentiellement d'un point de vue sociologique, face aux réactions de l'Etat turc», la Corte europea elabora una nuova regola, secondo cui non è conforme alla Convenzione qualsiasi punizione se essa è adottata per sanzionare un'analisi sociologica. Quindi, un'analisi sociologica non può costituire, di per sé, una minaccia alla sicurezza nazionale. *V. Erdoğan et Ince c. Turquie* [GC], nos 25067/94 et 25068/94, § 13, 19, 51–52, CEDH 1999-IV.

sto agli organi statali di conformarsi alla giurisprudenza europea per non violare la Convenzione in casi analoghi.²² Si tratta quindi di un vero e proprio processo di creazione normativa.²³ Dal punto di vista dei principi di diritto internazionale, la Corte europea non fa altro che opporre la propria interpretazione dei fatti e delle regole interne agli Stati tramite l'esegesi del disposto convenzionale: si tratta quindi della non opponibilità del diritto interno al diritto internazionale. In effetti, il processo decisionale dà per presupposto che l'esistenza e la portata delle norme nazionali dipenda dal rispetto della Convenzione europea, che fissa i limiti entro cui la restrizione di un diritto è lecita.

L'orientamento *pro futuro* delle sentenze della Corte europea si mostra con tutta evidenza anche esaminando altri casi, nei quali il controllo verte sul tipo di sanzione applicata in virtù del diritto interno per punire una certa manifestazione del pensiero. Su questo versante, la Corte scivola talvolta verso un controllo «secco» della norma, come si vedrà nel prossimo paragrafo.²⁴ Tuttavia, in linea di massima, il controllo è effettuato sull'interpretazione della legge data dagli organi statali, se questa garantisce loro un certo margine di discrezionalità. Si è così deciso che la pena detentiva per il reato di «*comptent of court*» è «*disproportionnée et de nature à produire un «effet dissuasif» sur les avocats dans les situations où il s'agit pour eux de défendre leurs clients*», considerato che il diritto interno turco conferiva ai giudici il potere di scegliere anche un altro tipo di sanzione. Ne risulta che questa scelta dei giudici, fondata su una certa interpretazione della legge, non è conforme alla Convenzione nel momento in cui essi applichino una pena detentiva per punire questo tipo di reato.²⁵

²² V. A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, cit., p. 140–142. Quest'autore sottolinea che il problema dell'effetto diretto, o della sua assenza, può essere risolto in pratica attraverso il principio dell'interpretazione conforme, dalla quale è difficilmente distinguibile.

²³ Si è rilevato che il bilanciamento di interessi in conflitto effettuato dalla Corte attraverso le sue tecniche decisionali sia fonte di diritto, dando luogo ad una nuova regola modellata sul caso di specie, diversamente dal processo legislativo, che invece crea norme generali e astratte. Cfr. R. KOLB, *Interprétation et création du droit International*. Bruylant: Bruxelles, 2006, pp. 93–103.

²⁴ Ad esempio, dopo aver rilevato che una condanna alla pena detentiva per la pubblicazione di un articolo sulla stampa è lecita solo in circostanze eccezionali, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto non conforme alla Convenzione la legge interna, applicata per proteggere la reputazione altrui, nella parte in cui prevede questo tipo di sanzione per punire una precisa espressione del pensiero. Questo accade perché «in the Finnish legal system, when a statement, whether qualified as defamatory or insulting by the domestic authorities, is made in the context of a public debate, the bringing of criminal proceedings against the maker of the statement entails the risk that a prison sentence might be imposed». *V. Reinboth et autres c. Finlande*, no 30865/08, § 90, 25 gennaio 2011.

²⁵ *V. Kyprianou c. Chypre* [GC], no 73797/01, § 180–183, CEDH 2005–XIII. In un caso in cui i giudici interni avevano condannato il ricorrente, senza dargli la possibilità di provare la verità delle sue affermazioni, la Corte ha accertato una violazione dell'articolo 10 perché essi non avevano risolto la questione di sapere se si trattava di un giudizio di valore o di fatto, tenuto conto che la legge consen-

In conclusione, le norme interne, che conferiscono agli organi dello Stato una funzione determinata, e l'interpretazione di queste, sono considerate delle misure d'esecuzione del paragrafo 2 dell'articolo 10 quando consentono alle autorità nazionali di adottare una restrizione alla libertà d'espressione. Diventano in questo modo oggetto del sindacato della Corte, che contribuisce alla consolidazione di un rapporto causa-effetto tramite la formulazione di una nuova regola: se gli organi statali adottano una precisa interpretazione della legge in relazione ad un fatto determinato, ponendo in essere una restrizione, violeranno così la Convenzione europea. Valutando la compatibilità dei singoli comportamenti statali alla Convenzione, la Corte definisce l'obbligo internazionale e la portata e i limiti delle funzioni statali esercitate per proteggere altri valori. In tal modo la Corte tende a creare obblighi di condotta.

B. Il controllo diretto della legge

Talvolta, la Corte europea non si limita a censurare l'interpretazione di una norma, ma si spinge all'analisi diretta di essa, che diventa in sé il fatto generatore di responsabilità. Questo approccio è dettato dall'esigenza di assicurare al diritto in questione un livello di protezione più avanzato e spesso si traduce nell'imposizione di un obbligo positivo a carico degli Stati.

In certi casi, il controllo diretto della norma è effettuato con la finalità di garantire, appunto, una tutela preventiva del diritto contro il pericolo di una restrizione. Per esempio, la Corte europea ha accertato una violazione dell'articolo 10 perché l'articolo 301 del codice penale turco sanzionava penalmente l'oltraggio alla «nazione turca» e allo «Stato della Repubblica di Turchia» senza specificare queste nozioni. Il ricorrente, da parte sua, non era stato né arrestato né condannato per questo reato, e neppure era stata aperta una indagine penale nei suoi confronti. Dopo aver rigettato l'eccezione preliminare sollevata dalla Turchia e affermato che la qualità di vittima ai sensi della Convenzione è «inextricably linked» con la questione di sapere «whether there has been an interference with the applicant's right to freedom», la Corte europea ha confermato l'esistenza di un interesse ad agire del ricorrente, in quanto egli rischiava di essere danneggiato da un'eventuale applicazione della norma in questione.²⁶ Come spesso accade anche a proposito dell'articolo 8 della Convenzione europea, la Corte ha sostenuto che l'esistenza di una legge minacciava in sé il ricorrente su un piano «psicologico». In questo modo, essa estende il

tiva di provare la verità dell'affermazione in tale circostanza, così impendendo l'irrogazione di qualsiasi sanzione. Cfr. *V. Siryk c. Ukraine*, no 6428/07, § 19, 46, 31 marzo 2011.

²⁶ *V. Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, no 27520/07, § 43–44, 51, 67–69, 92–96, 25 ottobre 2011.

campo di applicazione dell'articolo 10, fino ad includervi la protezione contro la minaccia derivante dall'esistenza di una norma generale ed astratta.²⁷

In altri ricorsi, la Corte ha rilevato una carenza della legge che non lasciava agli organi statali alcun margine di discrezionalità per tenere dei comportamenti conformi a Convenzione. Trovandosi l'errore nel punto in cui la norma non offre alcuna alternativa, in tali circostanze la Corte evidenzia una colpa dell'organo legislativo, che ha imposto in astratto di tenere o astenersi dal porre in essere un comportamento già determinato. In questi casi, è chiaro quindi un obbligo positivo gravante sull'organo legislativo. Ad esempio, nel risalente caso *Lingens*, la Corte europea ha censurato «le paragraphe 3 de l'article 111 du code pénal [austriaco, n.d.r.] combiné avec le paragraphe 2» nella parte in cui permetteva ai giornalisti di sottrarsi ad una condanna solamente provando la verità delle loro affermazioni. Essendo questa regola «irréalisable» per i giudizi di valore e considerato che, nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per diffamazione in ragione di un'opinione, che non può prestarsi ad una dimostrazione di veridicità, la Corte ha accertato una violazione dell'articolo 10.²⁸ Ugualmente, nel caso *Castells*, un senatore spagnolo era stato con-

²⁷ Quest'aspetto è stato messo in rilievo dalla dottrina, notando che talvolta una semplice legge, che non è ancora stata eseguita, potrebbe violare in sé un'obbligazione internazionale a causa del pericolo («in terrorem») di una sua eventuale applicazione. V. G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law. Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 1957, vol. 92-II, p. 89-90. Numerose sentenze della Corte europea, riguardanti la repressione penale dei comportamenti omosessuali, rivelano un'interpretazione ampia del diritto espresso dall'articolo 8. Ad esempio, la violazione di tale regola è stata accertata per la paura e l'angoscia nelle quali il ricorrente aveva vissuto dall'età di 17 anni, a causa dell'esistenza di una legge che puniva i comportamenti omosessuali, benché essa non fosse mai stata applicata. Cfr. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 ottobre 1981, § 40, 71, série A no.45. Così la Corte europea ha affermato che «par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1». V. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, § 41. Questa conclusione fu criticata dal giudice Walsh che, nella sua opinione parzialmente dissidente, sostenne che si trattava di una «action en justice de portée générale», perché nessun comportamento restrittivo era stato adottato contro il ricorrente. Cfr. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, «Opinion partiellement dissidente de M. Walsh», cit., § 5. V. anche, per un caso simile, *Norris c. Irlande*, 26 ottobre 1988, § 33, série A no 142 e *Modinos c. Chypre*, 22 aprile 1993, § 23, série A no 259. In tale circostanza, i giudici di minoranza fecero notare che la natura «psychologique» dell'interpretazione data dalla Corte all'articolo 8 l'avrebbe spinta a pronunciarsi «sur la compatibilité de législations nationales avec la Convention indépendamment de l'application effective de ces législations aux requérants, qui n'en seraient que de très potentielles et éventuelles victimes». V. *Norris c. Irlande*, cit., Opinion dissidente de M. le juge Valticos, approuvée par MM. les juges Gölcüklü, Matscher, Walsh, Bernhardt et Carrillo Salcedo. Quanto al problema della vittima «potenziale» nella giurisprudenza della Corte europea, v. F. SALERNO, *Sulle norme internazionali «terziarie» a tutela dei diritti umani. Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, vol. 2, p. 36-37.

²⁸ V. *Lingens c. Autriche*, 8 luglio 1986, § 45-47, série A no 103. V. anche *Oberschlick c. Autriche* (no 1), 23 maggio 1991, § 63-64, série A no 204 et *Schwabe c. Autriche*, 28 agosto 1992, § 34, série A no 242-B.

dannato per oltraggio al Senato a causa della pubblicazione di un suo articolo e i giudici non gli avevano permesso di provare la verità delle affermazioni ivi contenute, poiché la legge spagnola non ammetteva tale possibilità per questo specifico reato. La Corte europea ha constatato la violazione dell'articolo 10 nella misura in cui tale regola interna obbligava i giudici a non ammettere l'*exceptio veritatis*.²⁹ In un altro caso, gli articoli 14 e 49 della legge polacca sulla stampa sono stati ritenuti non conformi alla Convenzione nella misura in cui essi subordinavano la pubblicazione di un'intervista all'autorizzazione della persona che l'aveva concessa, dato che il ricorrente era stato condannato per aver pubblicato nonostante la mancanza di un tale consenso.³⁰ Nel suo controllo sulla proporzionalità della sanzione irrogata, la Corte ha direttamente criticato la legge interna che impone «de manière automatique à toute personne qui purge une peine de prison» il divieto di esercitare la professione di giornalista a seguito di una condanna per calunnia senza lasciare alcun margine di discrezionalità ai giudici interni per quanto concerne la sua necessità nel caso concreto.³¹

Recentemente, il controllo diretto sulla norma interna è stato condotto dalla Corte nell'ambito del sindacato sul requisito della natura «prevedibile» della legge. In tale circostanza, l'esigenza di una protezione più avanzata del diritto e la constatazione di una carenza della legge si sovrappongono. Ad esempio, l'articolo 96a del codice di procedura penale olandese è stato ritenuto non conforme all'articolo 10 della Convenzione europea nella misura in cui non prevedeva che un giudice indipendente potesse pronunciarsi su un sequestro penale di documenti giornalistici, tenuto conto del diritto di questi di mantenere segrete le fonti di informazione.³² Evidentemente, la Corte europea ha censurato una carenza della normativa, che non aveva predisposto una procedura per prevenire qualsiasi limitazione ingiusta alla libertà d'espressione. In un altro caso riguardante l'Italia, la Corte ha parimenti constatato delle carenze legislative. Nella fattispecie il ricorrente non aveva mai ottenuto l'attribuzione di tre radiofrequenze per la diffusione di trasmissioni televisive, di cui tuttavia aveva ottenuto la concessione nel 1999, a causa della non adozione di un piano ministeriale che gliel'attribuisse. La Corte ha rilevato una violazione dell'articolo 10,

²⁹ V. *Castells c. Espagne*, 23 aprile 1992, § 47–0, série A no 236.

³⁰ V. *Wizerkaniuk c. Pologne*, no 18990/05, § 16–19, 29, 84, 5 luglio 2011. V. aussi *Kaperzyński c. Pologne*, no 43206/07, § 72, 3 aprile 2012.

³¹ V. *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], no 33348/96, § 117, CEDH 2004-XI.

³² In tale occasione, la Corte ha sostenuto che «si le procureur, comme tout agent public, est lié par les exigences de l'intégrité ordinaire, du point de vue procédural il est une» partie «qui défend des intérêts potentiellement incompatibles avec la protection des sources des journalistes et il ne peut guère passer pour suffisamment objectif et impartial pour effectuer la nécessaire appréciation des divers intérêts en conflit.» V. *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], no 38224/03, § 30–34, 93, 100, 14 settembre 2010.

specificando che «la non-attribution de radiofréquences à la requérante a vidé la concession de tout effet utile».³³ Per giungere a questa conclusione, essa è risalita alla causa della privazione del diritto, e quindi alla colpa dello Stato di non aver messo in opera un «un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif dans les médias», benché nel caso di specie l'inerzia fosse principalmente imputabile al Governo. In effetti, il ricorrente aveva invocato numerosi comportamenti statali come fatti generatori di responsabilità («mesures législatives, administratives et judiciaires») ai sensi dell'articolo 10: in particolare, benché il Governo fosse stato condannato a risarcire il danno, il Consiglio di Stato aveva escluso di poter assicurare la realizzazione completa del diritto del ricorrente, affermando di non poter sostituirsi al Governo né di poter costringerlo ad agire.³⁴ A questo punto, la Corte avrebbe ben potuto sostenere che fosse la carenza di una procedura giudiziaria adeguata ad aver causato la violazione della libertà d'espressione nella misura in cui i giudici non disponevano di mezzi per costringere il potere esecutivo all'attribuzione delle radiofrequenze, così giungendo alla piena realizzazione del diritto del ricorrente. Invece, la Corte si è limitata a rilevare una generica «carenza» del quadro normativo e amministrativo, così omettendo di specificare i mezzi interni più appropriati per la realizzazione definitiva del diritto della vittima. Questo tema parzialmente introduce le conclusioni, perché tocca il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte. Va d'altronde notato che il ricorrente, nel caso di specie, non aveva invocato anche una violazione dell'articolo 13: probabilmente, questa circostanza avrebbe permesso alla Corte di identificare diversamente il fatto generatore della responsabilità.³⁵

Questi casi mostrano che talvolta la Corte conduce un vero e proprio controllo di «convenzionalità» della legge che, da semplice mezzo generico e indeterminato per garantire l'esecuzione dell'obbligo internazionale, diventa il fatto generatore della responsabilità e, di conseguenza, oggetto di un'obbligazione positiva. Questo esame diretto dipende da più ragioni: dal tipo di censura sollevata dal ricorrente, dal livello di tutela che la Corte europea intende garantire ad un certo diritto o dal fatto che la legge non lasci alcun margine di discrezionalità agli organi interni che la applicano per evitare la violazione della Convenzione.

³³ V. *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* [GC], no 38433/09, § 144–148, CEDH 2012.

³⁴ V. *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie*, cit., § 38–39, 113–148.

³⁵ Per esempio, nel caso *Kayasu c. Turquie*, nos 64119/00 et 76292/01, § 119–121, 13 novembre 2008, la Corte ha affermato che la procedura di opposizione ad una sanzione disciplinare era contraria agli articoli 10 e 13, non garantendo essa delle garanzie adeguate di imparzialità.

IV. Conclusioni

La Corte europea contribuisce alla consolidazione di una nuova regola, quando essa conduce un controllo diretto sulle norme interne e sulla loro interpretazione.³⁶ La premessa di tale sindacato è che gli organi tengono dei comportamenti, realizzando un evento nella realtà (l'apparente fatto generatore della responsabilità: la misura restrittiva) basandosi su una regola interna o su una certa interpretazione di questa (il « vero » fatto generatore della responsabilità). Come visto, rientra nella discrezionalità dell'organo internazionale il compito di individuare uno di questi come fatto che comporta la responsabilità dello Stato: talvolta, il controllo è più ampio, altre volte più stretto. Così facendo, la Corte comunque ridefinisce la portata della regola internazionale alla luce del comportamento statale che ne ha reso impossibile l'esecuzione.³⁷ Proprio per evitare futuri inadempimenti e per rispettare la nuova regola giurisprudenziale europea le Corti costituzionali spesso invitano i giudici interni ad applicare la Convenzione europea conformemente all'interpretazione datane dalla Corte.³⁸

Pur non essendo oggetto del presente contributo, il quale si focalizza sull'interpretazione delle norme primarie, va evidenziato che il problema della struttura delle norme secondarie è al centro dell'ampio dibattito sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea.³⁹ Se nella visione dei redattori della Con-

³⁶ Cfr. A. CALIGIURI, N. NAPOLETANO, The Application of the ECHR in the Domestic Systems. *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 20, 2010, pp.153–157.

³⁷ E' pertanto discutibile la conclusione formulata da chi ritiene che, in ultima analisi, sarebbe una questione interna determinare se una regola non è *self-executing*, in quanto non capace di conferire diritti e obblighi ai singoli direttamente applicabili da un giudice. V. T. BUERGENTHAL, Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties. *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 1985, vol. 235, tome IV, p. 368. Una tecnica molto diffusa nella giurisprudenza internazionale, alla quale anche la Corte europea si attiene scrupolosamente, è, ad esempio, quella del rispetto del precedente. Cfr. A. STONE SWEET, A. KELLER (eds.), The Reception of the ECHR in National Legal Orders. *A Europe of Rights: The Impact of ECHR on National Legal Systems*, Oxford: University Press, 2008, p. 14.

³⁸ Ad esempio, le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana (pubblicate in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91, p. 197 e 229). L'obbligo di interpretare il diritto interno alla luce dell'*acquis* giurisprudenziale elaborato dalla Corte europea è stato inizialmente introdotto nel Regno Unito con lo Human Rights Act 1998. V. R. SAPIENZA, Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi «to take into account» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, vol. 2, p. 255 e ss.

³⁹ Cfr. G. CATALDI, La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti interni *La tutela dei diritti umani in Europa*/ed. A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, Padova: Cedam, 2010, p. 57–589. Si è sostenuto che le regole di diritto internazionale generale, applicate dalla Corte europea quando essa indica l'evento da realizzare come obiettivo della norma secondaria, sono la cessazione del fatto illecito, in caso di misura individuale, o la garanzia di non ripetizione, nel caso di sentenze pilota. V. V. COLANDREA, On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks

venzione europea la violazione dei diritti ivi garantiti comportava unicamente la condanna dello Stato ad un'equa soddisfazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 41, da qualche tempo si assiste ad una tendenza, sempre più palese, di indicare nella sentenza, oltre all'evento da realizzare, anche i mezzi interni appropriati per pervenirvi. Questo implica che, in certi casi, lo Stato deve modificare una regola interna o esercitare delle funzioni o comportamenti determinati per eseguire correttamente la regola secondaria.⁴⁰ In effetti, è proprio la norma secondaria quella deputata ad assicurare la soddisfazione effettiva dell'interesse del ricorrente, derivando essa dalla violazione di una regola primaria che conferisce un diritto all'individuo. Si tratta quindi di stabilirne l'oggetto (cioè l'obiettivo posto allo Stato) e i mezzi interni necessari alla sua realizzazione. In altre parole, l'effetto utile dell'obbligo secondario dipende dalla precisione con la quale la Corte europea impone allo Stato di garantire *definitivamente* al singolo il vantaggio che gli deriva dalla Convenzione, specificando quanto più possibile l'obbligo secondario.

Il problema dell'esecuzione delle norme secondarie è mostrato da un recente caso, nato nel momento in cui i tribunali svizzeri hanno rigettato la domanda del ricorrente a riformare la decisione interna (il fatto generatore della responsabilità) che gli aveva impedito la diffusione di uno spot pubblicitario. Questa misura nazionale era stata ritenuta non conforme all'articolo 10 della Convenzione europea da una precedente sentenza della Corte. Introdotto un nuovo ricorso a Strasburgo, la Corte europea ha accertato la violazione di un obbligo positivo derivante dall'articolo 10, poiché i tribunali svizzeri, rigettando la domanda di revisione della decisione interna, avevano impedito la diffusione dello spot pubblicitario e reso impossibile la realizzazione *effettiva*

in Light of the *Assanidze, Broniowski and Sejdovic* Cases. *Human Rights Law Review*, 2007, vol. 7, p. 410–411. Va tuttavia rilevato che l'imposizione di un determinato obbligo secondario allo Stato non sempre coincide con la cessazione di un fatto illecito. Spesso, quando valuta l'incompatibilità con la Convenzione di un comportamento statale restrittivo, la Corte ordina una restituzione di natura «giuridica», nel senso dell'obbligo di eliminare la fonte del comportamento interno illegittimo, solitamente espresso da un atto giuridico. D'altra parte, la netta distinzione fra cessazione del fatto illecito e restituzione giuridica e materiale come forme di riparazione, codificate dall'articolo 35 del Progetto d'articoli sulla responsabilità degli Stati, è stata oggetto di contrasto nella Commissione di diritto internazionale e, per questo, non è stata tracciata in maniera definitiva. Cfr. V. G. ARANGIO-RUIZ, Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats, *Yearbook of the International Law Commission*, 1988, vol. II (1), points 40-41 et 80. V. aussi J. CRAWFORD, Third report on State responsibility, U.N. Doc. A/CN.4/507/Add.1, point 131.

⁴⁰ V. A. J. FROWEIN, The Binding Force of ECHR Judgements and its Limits. *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*/ed. da St. BREITENMOSER et al., Zurich/St. Gallen: Dike Verlag, 2007, p. 262–263.

della libertà d'espressione del ricorrente.⁴¹ Da ciò consegue che, attraverso la procedura interna di revisione della decisione (il «mezzo», cioè un nuovo esercizio del potere giurisdizionale e quindi una funzione statale ben precisa) che permetta la rimozione della misura restrittiva (il fine determinato), l'articolo 10 della Convenzione potrà essere rispettato.⁴²

⁴¹ *V. Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2)* [GC], no 32772/02, § 90, 98, CEDH 2009. In tale caso, la Corte ha specificato che «la réouverture d'une procédure ayant violé la Convention n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen – certes privilégié – susceptible d'être mis en œuvre en vue d'un objectif: l'exécution correcte et entière des arrêts de la Cour». La corretta esecuzione della sentenza della Corte europea richiedeva una revisione della misura interna che aveva impedito la diffusione dello spot pubblicitario e che era stata identificata come fatto generatore della responsabilità nel primo ricorso deciso dalla Corte.

⁴² L'applicazione del medesimo principio è stata talvolta estesa alla violazione di altri diritti. *V. M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], no 30696/09, § 399–402, CEDH 2011, per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di non aver garantito un ricorso effettivo contro il rigetto di una domanda d'asilo, quando il ricorrente potrebbe subire tortura nel caso in cui sia rimpatriato (articoli 3 e 13). Analogamente, *v. Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], no 27765/09, § 209–211, CEDH 2012. Per un'applicazione all'articolo 8, cfr. *Emre c. Suisse (no 2)*, no 5056/10, § 75–77, 11 ottobre 2011. In diritto internazionale, delle difficoltà d'esecuzione di un obbligo secondario degli Stati a favore degli individui si sono presentate nei casi *LaGrand e Avena*. Nella sentenza *LaGrand*, la Corte Internazionale di Giustizia non aveva precisato l'oggetto della regola secondaria di riparazione a beneficio dei fratelli LaGrand, poiché nel frattempo questi erano stati giustiziati. Tuttavia, nel dispositivo la Corte affermò la responsabilità degli Stati Uniti nei loro confronti per aver violato l'articolo 36 paragrafo 2 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Questa regola obbliga gli Stati a garantire il più ampio effetto ai diritti consolari espressi nel paragrafo 1. Nel caso di specie, la regola di «procedural default» aveva impedito l'applicazione di un rimedio, poiché essa non aveva consentito ai LaGrand di proporre in appello la questione della violazione dei diritti consolari, non sollevata in primo grado e quindi preclusa. Così facendo, gli Stati Uniti non avevano quindi garantito l'esplicarsi di una «piena efficacia» di tali diritti, richiesta dall'articolo 36 paragrafo 2, nella misura in cui il «réexamen et la révision des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et des leurs peines» alla luce dei diritti convenzionali non erano state condotte dai giudici americani. *V. LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C. I. J. Recueil 2001*, p. 498 punto 91 e pag. 515 punto 4. Va tuttavia notato che il riesame e la revisione non sono propriamente delle forme di riparazione « sostanziale », come invece potrebbe esserlo la pronuncia di annullamento di una sentenza o la conversione di una pena, bensì semplici « mezzi » di natura procedurale per giungere ad un certo risultato. In effetti, nella sentenza *Avena*, la Corte Internazionale di Giustizia avrebbe avuto l'occasione di specificare l'oggetto dell'obbligo secondario di riparazione gravante sugli Stati Uniti, poiché nel caso di specie le condanne a morte non erano ancora state eseguite. Tuttavia, essa si limitò a specificare il mezzo con cui giungere ad una possibile riparazione (una revisione di natura «judiciaire» e non clemenziale). In effetti, occupandosi di tale questione, la Corte affermò di non poter ritenere che «l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines constitue nécessairement le seul mode de réparation». *V. Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 60 punto 123. Così facendo, essa valutò solamente la procedura di clemenza nel frattempo attivata dagli Stati Uniti per la revisione delle sentenze, concludendo che «ce qui est crucial dans le processus de réexamen et de révision, c'est l'existence d'une procédure garantissant qu'il sera accordé tout le poids voulu a la violation des droits définis dans la convention de Vienne, quelle que soit finalement l'issue de ce réexamen et de cette révision». *V. Avena et autres ressortissants mexicains, arrêt, cit.*, p. 65 punto 139. Rispetto alla giurisprudenza della Corte euro-

Va d'altronde sottolineato che il ricorso all'obbligo positivo per specificare il rimedio e il mezzo con cui assicurarlo è stato finora utilizzato dalla Corte europea in modo piuttosto prudente, al di fuori dei «pilot judgments». ⁴³ Questo *self-restraint* trova giustificazione nella volontà di rispettare l'equilibrio istituzionale con il Consiglio dei Ministri, che è l'organo deputato a controllare l'esecuzione delle sentenze della Corte. ⁴⁴ La nuova procedura di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte, prevista dal Protocollo n. 14, ha conferito al Consiglio dei Ministri la facoltà di ricorrere alla Corte per chiederle di fornire un'interpretazione della propria sentenza, in caso di difficoltà nell'esecuzione, nonché la possibilità di attivare di fronte a essa una procedura per verificare il corretto adempimento delle sue sentenze. ⁴⁵ Nel futuro, quindi, per evitare l'attivazione di ulteriori processi, la Corte potrebbe sviluppare il suo potere di indicare le misure interne da prendere, attraverso la definizione di sempre più precisi obblighi secondari positivi. Lo strumento principale potrà essere una «riscoperta» dell'articolo 13, che è stato già interpretato sia come diritto d'azione individuale di fronte alle autorità nazionali per far constatare una violazione della Convenzione, sia come diritto ad una riparazione di natura «sostanziale». ⁴⁶

pea, queste due decisioni della Corte Internazionale di Giustizia mostrano la sua volontà di non voler definire l'oggetto dell'obbligo secondario, preferendo invece precisare il mezzo per giungere ad una possibile riparazione. L'ambiguo silenzio mantenuto su questo punto cruciale si è poi scontrato con la posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti, chiamata a pronunciarsi sulle modalità di esecuzione delle sentenze *LaGrand* e *Avena*. Nel caso *Sanchez-Llamas*, la Corte Suprema sottolineò che essa avrebbe ben applicato una riparazione, se questa fosse stata chiaramente prevista «in the treaty itself», precisando tuttavia di non potersi sostituire al legislatore per crearne una. V. *Sanchez-Llamas v. Oregon*, *International Legal Materials*, vol. 134 (2006), pp. 728–729. Successivamente, nel caso *Medellin*, questo principio è stato esteso a tutte le sentenze della Corte Internazionale di Giustizia. V. *Medellin v. Texas*, *International Legal Materials*, vol. 136 (2008), p. 702–705.

⁴³ Anche nell'ambito delle sentenze pilota molte sono le difficoltà incontrate per un corretto adempimento di queste. Si veda, per quanto riguarda la Russia, le considerazioni svolte da P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEPHENSON, *Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia*, *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10 352–357.

⁴⁴ V. *Liou c. Russie (no 2)*, no 29157/09, § 60-69, 26 luglio 2011.

⁴⁵ V. A. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, p. 336–339. Nonostante i grandi cambiamenti introdotti dal Protocollo 14, gli Stati rimangono tuttavia molto prudenti nell'allargare le competenze della Corte europea. In effetti, il Rapporto Ufficiale allegato al Protocollo specifica che la Corte dovrà limitarsi ad interpretare le proprie sentenze, senza poter valutare le misure d'esecuzione prese dallo Stato. Cfr. A. GATTINI, *Mass Claims at the European Court of Human Rights*, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, cit., p. 287–288.

⁴⁶ In effetti, l'articolo 13 ha una doppia funzione. Nella sua accezione procedurale, il ricorso effettivo è stato inteso dalla Corte europea come obbligo delle autorità nazionali di esaminare qualsiasi re-

In secondo luogo, va notato come, in particolare dalla conferenza di Interlaken del 2010 in poi, sia presa seriamente in considerazione la possibilità di emendare la Convenzione europea conferendo un potere consultivo alla Corte, alla quale le autorità nazionali potrebbero rivolgersi nel «contesto di una causa specifica a livello nazionale».⁴⁷ Questa proposta s'ispira chiaramente alla procedura pregiudiziale d'interpretazione garantita dai trattati sull'Unione europea, alla quale le autorità nazionali possono ricorrere qualora abbiano dei dubbi sulla compatibilità fra diritto interno e il diritto dell'Unione Europea.⁴⁸ Come è noto, è questo lo strumento che, dai tempi della sentenza *Van Gend & Loos*, permette alla Corte di Giustizia di identificare i comportamenti statali che ostacolano o possono ostacolare la piena realizzazione delle norme comunitarie. Marcata è quindi la sua presa sul diritto nazionale, perché il rinvio pregiudiziale consente di prevenire la violazione di una norma internazionale. Per questo motivo, tale procedura è vista in dottrina come un elemento che sancirebbe la svolta «costituzionale» del sistema di protezione dei diritti umani in Europa.⁴⁹

clamo fondato sulla violazione della Convenzione europea. Nella sua declinazione sostanziale, invece, il ricorso effettivo conferisce ai singoli il diritto a una riparazione, obbligando lo Stato a tenere un comportamento che elimini le conseguenze della violazione di un diritto convenzionale. Come recentemente sottolineato, «cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu d'un» grief défendable «fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié». *V. Bucur et Toma c. Roumanie*, no 40238/02, § 168, 8 janvier 2013.

⁴⁷ V. S. GREER, L. WILDHABER, Revisiting the Debate about «constitutionalising» the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 12, p. 661.

⁴⁸ Su questo aspetto, cfr. R. ST. J. MACDONALD, The Luxembourg preliminary ruling procedure and its possible application in Strasbourg. *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 593 e ss.

⁴⁹ V. A. SACCUCCI, Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione «sussidiaria» delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi. *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, vol., p. 273–275.