

Il sistema della Cedu e le resistenze nazionali: dal referendum svizzero un'indicazione in controtendenza

di Laura Montanari

Abstract: *The ECHR System and the national resistances: the case of Swiss referendum*

– The paper analyses the risks for human rights because of populist attacks. The Swiss referendum aimed at modifying the constitution to place Swiss legislation above international law and could have been the first step towards withdrawing Switzerland from the European Convention on Human Rights. Therefore, the paper underlines the reactions to the rejection of Self-determination Initiative (also known as the “Swiss law, not foreign judges” initiative) by Swiss voters.

Keywords: European Convention on Human Rights; International law; Swiss law.

1. Premessa

Il referendum con cui il popolo svizzero ha rigettato, lo scorso 25 novembre, la proposta di riforma costituzionale oggetto dell'iniziativa popolare «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)» avviata nel 2016 può offrire interessanti spunti di riflessione anche rispetto al (ai problemi del) funzionamento del sistema Cedu.

Le disposizioni di cui si auspicava l'inserimento nel testo costituzionale avevano, ovviamente, carattere generale e riguardavano i rapporti con il diritto internazionale pattizio. L'art. 5 sarebbe stato modificato con la riformulazione del primo comma nei seguenti termini «Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. La Costituzione federale è la fonte suprema del diritto della Confederazione Svizzera», mentre al quarto comma la previsione secondo cui «La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale» sarebbe stata integrata dalla precisazione che «La Costituzione federale ha rango superiore al diritto internazionale e prevale su di esso, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale». Sarebbe stato inserito un nuovo art. 56a, dedicato agli «Obblighi di diritto internazionale», secondo cui «1. La Confederazione e i Cantoni non assumono obblighi di diritto internazionale che contraddicano alla Costituzione federale. 2. In caso di contraddizione, adeguano gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, se necessario denunciando i trattati internazionali in questione. 3. Sono fatte salve le disposizioni cogenti del diritto

internazionale»¹. Si tratta di disposizioni volte a definire in modo espresso i rapporti tra le fonti e in particolare la collocazione del diritto internazionale pattizio. Si riafferma la prevalenza della Costituzione sui trattati, cui consegue nel caso di conflitto la necessità di «adeguare gli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale», sino a denunciare i trattati stessi. Una disposizione provvisoria avrebbe previsto l'applicazione delle nuove norme anche ai trattati già in vigore.

Tuttavia, se guardiamo al titolo dell'iniziativa popolare "Il diritto svizzero anziché giudici stranieri" emerge come l'obiettivo principale fosse quello di limitare l'incidenza di quegli strumenti internazionali che prevedono un organo di carattere giurisdizionale e, quindi, in ambito europeo innanzitutto della Cedu. In questa prospettiva, la vicenda svizzera richiama le resistenze che si stanno sviluppando in diversi Paesi parte della Cedu, che negli anni più recenti stanno mettendo in discussione l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. La formula prima richiamata si potrebbe utilizzare, ad esempio, per descrivere le riforme che tra il 2014 e il 2015 hanno introdotto in Russia un controllo preventivo sulle decisioni "di un organo intergovernativo per la tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo" al fine di verificare che rispettino la Costituzione. Tale nuova disciplina ha trovato immediatamente applicazione proprio con riferimento alla Cedu².

Il referendum svizzero può essere, perciò, l'occasione per riflettere sulla nuova situazione che si sta creando in Europa e che, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe mettere in crisi il sistema di tutela dei diritti creato con la Cedu. Come è stato ribadito nella "Copenhagen Declaration" del 12-13 aprile 2018, infatti, «[a] strong political commitment by the States Parties to execute judgments is of vital importance»³. In Svizzera, nonostante la proposta di riforma fosse sostenuta dal Partito unione democratica di centro (Udc) che gode di un ampio sostegno popolare⁴, il popolo ha rigettato con forza tale ipotesi. Per l'approvazione della revisione costituzionale era richiesto il voto favorevole della maggioranza dei cittadini e della maggioranza dei Cantoni⁵. Ebbene in nessun Cantone è stata raggiunta la maggioranza, segno di un'opposizione diffusa ad un

¹ Si deve precisare che il progetto di riforma prevedeva anche una modifica dell'art. 190, stabilendo che «ai giudici e alle autorità amministrative di applicare i trattati internazionali contrari alla Costituzione soltanto se il relativo decreto d'approvazione è stato sottoposto a referendum».

Si veda per la documentazione di riferimento il sito del Consiglio federale, all'indirizzo internet www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20181125.html

² Sul caso russo v. A. Di Gregorio, Russia. *Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*, in *federalismi.it*, n. 2, 2016 e C. Filippini, *Il diritto di obiezione della Corte costituzionale della Russia nei confronti dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2016.

³ La Dichiarazione è stata adottata al termine della Conferenza di Alto Livello che si è svolta a Copenhagen il 12-13 aprile 2018, reperibile all'indirizzo internet www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf

⁴ Si può ricordare che nelle ultime elezioni del Consiglio Nazionale del 2015 l'Unione democratica di centro aveva ottenuto la percentuale più alta di voti (29,4 % e 65 seggi). V. per i risultati www.swissinfo.ch/ita/liveblog/elezioni-federali-in-svizzera-2015-i-risultati-live

⁵ Per i caratteri del referendum, si rinvia a S. Rodriguez, *La mancata «Swissexit» tra spinte sovraniste, consultazioni referendarie e strappi (ricuciti?) con Bruxelles*, in questa *Rivista*, 1137.

testo che avrebbe indicato – quantomeno sul piano simbolico – una scelta di chiusura rispetto ad uno strumento internazionale di tutela dei diritti che anche in Svizzera svolge un ruolo essenziale.

2. La Svizzera e la Cedu

Nonostante la Costituzione attualmente in vigore, frutto della revisione globale intervenuta nel 1999 sul testo del 1874⁶, non preveda una specifica disciplina dei rapporti con il diritto internazionale pattizio, la Cedu - ratificata dalla Svizzera nel 1974 - è diventata progressivamente un punto di riferimento determinante in materia di tutela dei diritti. Come ha efficacemente ricordato Sergio Gerotto «non si può oggi guardare in Svizzera alla disciplina dei diritti fondamentali, o meglio alla loro garanzia, prescindendo dalla Cedu»⁷.

Si tratta dell'esito di un percorso interpretativo avviato durante la vigenza della Costituzione del 1874 e confermato sino ad oggi⁸. Anche tale testo non dava indicazioni specifiche circa la collocazione dei trattati internazionali. L'art. 113 attribuiva al Tribunale federale la decisione «sui ricorsi per violazione di diritti costituzionali dei cittadini, come pure su quelli dei “privati” per violazione di concordati e di trattati. [...]», precisando che «in tutti i casi [però] il Tribunale federale prenderà a norma le leggi emanate dall'Assemblea federale e le risoluzioni della medesima di carattere obbligatorio generale, come pure i trattati da lei ratificati». Quest'ultima previsione è stata alla base del riconoscimento dell'efficacia immediata dei trattati ratificati nell'ordinamento interno; più difficile è stato invece risolvere il problema della loro collocazione nel sistema delle fonti. La norma costituzionale poteva giustificare la prevalenza rispetto alla legislazione cantonale, mentre per le leggi federali si poteva pensare ad una pariordinazione. La questione era resa più complessa dalla limitazione del controllo di costituzionalità operato dal Tribunale federale alle sole leggi cantonali.

Tuttavia la giurisprudenza, in particolare con riferimento alla Cedu, ha assicurato in via interpretativa la prevalenza delle norme di derivazione internazionale, introducendo una forma di controllo di convenzionalità. In una decisione del 1991 si legge che «le Tribunal fédéral ne peut pas abroger une loi fédérale qu'elle contredit le droit international ; il pourrait tout au plus ne pas appliquer la norme concernée dans un cas d'espèce, lorsqu'elle apparaît contraire au droit international et pourrait conduire à une condamnation de la Suisse»⁹. Considerato che la Costituzione del 1874 non presentava uno specifico catalogo di

⁶ Cfr. A. Reposo (cur.), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, 2000 e S. Girotto, *Svizzera*, Bologna, 2011.

⁷ S. Girotto, *Svizzera*, cit., spec. 95.

⁸ Per un approfondimento su questi aspetti v. L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, spec. 66 ss., 224 ss.; M. Borghi, *Switzerland*, R. Blackburn, J. Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2001, 855 ss. e S. Girotto, *Svizzera*, cit., 98 ss.

⁹ Così la decisione del 15-11-1991 *in re Eidg. Steuerverwaltung c. Erben X. Un Verwaltungsgericht das Kantons Luzern*, citata da M. Borghi, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel triennio 1995/97*, in *Giur. cost.*, 1998, spec. 446; v. anche S. Gerotto, *Giurisprudenza costituzionale in Svizzera nel biennio 2002-2003*, in *Giur. cost.*, 2004, spec. 3655 ss. e 3669 ss.

diritti, la Cedu è diventata il riferimento fondamentale per la tutela del singolo anche nei confronti del legislatore. Nella prassi, dunque, la Convenzione ha assunto un valore sostanzialmente costituzionale. La particolare attenzione a tale strumento internazionale era confermata anche dalla previsione della possibilità di revisione delle decisioni giurisdizionali in caso di una sopravvenuta condanna da parte della Corte di Strasburgo¹⁰.

Con la Costituzione del 1999 è stato introdotto un articolato *bill of rights*, ispirato ai risultati conseguiti negli anni dalla giurisprudenza¹¹, ma non si è innovato – come già ricordato – quanto alla definizione dei rapporti con il diritto internazionale, così come per il controllo sul rispetto delle leggi federali. Merita di essere segnalata la nuova previsione, all'art. 5, c. 4, secondo cui «la Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale», che in un certo senso ha formalizzato la soluzione che era emersa grazie all'interpretazione del Tribunale federale; non a caso questa disposizione era oggetto della proposta di revisione costituzionale del 2016 al fine di integrarla con l'espressa affermazione della prevalenza della Costituzione in caso di conflitto.

Attualmente, dunque, i diritti stabiliti in Costituzione e quelli della Cedu concorrono, nel loro complesso, a definire la tutela del singolo. Non si possono però sottacere i profili di problematicità comunque presenti. Da un lato, non è previsto un controllo di costituzionalità sulle leggi federali, dall'altro, però, sulle stesse è possibile svolgere il controllo di convenzionalità. Non solo, i diritti della Cedu sono ulteriormente rafforzati dall'intervento della Corte di Strasburgo, che valuta nel complesso l'attività dello Stato, senza distinzioni per il fatto che la violazione dipenda dalla legislazione (anche costituzionale). Nella sua giurisprudenza il Tribunale federale ha potuto prendere come riferimento l'uno oppure l'altro catalogo, nella prospettiva di assicurare la maggiore garanzia dei diritti. Non sono mancate però situazioni problematiche, come la nota vicenda dei minareti. In questo caso la riforma, approvata nel 2009 direttamente dal popolo, ha introdotto all'art. 72.3 della Costituzione la previsione secondo cui «L'edificazione di minareti è vietata»¹², che risulta lesiva della libertà religiosa garantita dalla Cedu. Nel 2011 la Corte di Strasburgo ha dichiarato irricevibili due ricorsi in materia, ritenendo che non sussistesse la qualifica di vittima, precisando però che «De surcroît, et au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2010 (voir droit interne pertinent), la Cour est d'avis que les juridictions suisses seraient

¹⁰ V. l'art. 139a della Legge sull'organizzazione giudiziaria, modificato nel 1992, dove al primo comma si stabilisce che «La domanda di revisione di una decisione del Tribunale federale o di una istanza inferiore è ammissibile quando la Corte europea dei diritti dell'uomo o il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha accolto un ricorso individuale per violazione della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei suoi protocolli e la riparazione è possibile soltanto mediante una revisione».

¹¹ S. Ceccanti, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale federale*, in A. Reposo (cur.), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, cit., 47 ss.

¹² Accettato nella votazione popolare del 29 novembre 2009, in vigore dal 29 novembre 2009; v. su questo tema A. Baraggia, *Il referendum svizzero contro l'edificazione dei minareti*, in *Quad. cost.*, 2010, 126.

en mesure d'examiner la compatibilité avec la Convention d'un éventuel refus d'autoriser la construction d'un minaret»¹³.

3.L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo e l'emergere delle resistenze nazionali

L'esempio da ultimo richiamato mette in luce la complessità dei rapporti con la Cedu, soprattutto quando entrano in gioco materie sensibili. A questo si aggiungono le difficoltà che attengono lo stesso meccanismo di controllo internazionale. Il sovraccarico di lavoro della Corte di Strasburgo rende sempre più difficile rispondere in “tempi ragionevoli” alle richieste dei singoli e impone la ricerca di soluzioni tecniche per rendere più funzionale il sistema. Tale scopo è stato perseguito, da un lato, attraverso un irrigidimento delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi e, dall'altro, rafforzando l'esecuzione delle sentenze, che riveste – come si è detto – un ruolo essenziale: per soddisfare le domande dei singoli non è sufficiente la condanna dello Stato se a questa non fa seguito l'intervento concreto per eliminare la violazione. Ciò può significare il pagamento dell'equo ristoro stabilito dalla Corte, ma anche – laddove possibile – l'adozione di misure individuali che assicurino la *restitutio in integrum* ed eventualmente di misure di carattere generale se necessarie per risolvere problemi strutturali. Soprattutto con riferimento a quest'ultima ipotesi, la tempestiva attuazione delle decisioni dei giudici europei può avere anche un effetto deflattivo del contenzioso, evitando che vengano presentati ricorsi con un contenuto sostanzialmente analogo.

Com'è noto l'esecuzione delle decisioni spetta agli Stati sotto il controllo del Comitato dei Ministri. Dovrebbero essere gli Stati a scegliere, discrezionalmente, le misure che ritengono più opportune: «Gli Stati contraenti parti del caso sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza che constati una violazione. Tale potere discrezionale in ordine alle modalità di esecuzione di una sentenza implica la libertà di scelta in relazione all'obbligazione principale imposta dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantite (art. 1)»¹⁴.

Tuttavia, proprio nella prospettiva di facilitare l'esecuzione delle decisioni, la Corte di Strasburgo appare sempre più coinvolta in questa fase, sottraendo autonomia ai soggetti “politici”, cioè Stati e Comitato dei Ministri. La partecipazione della Corte al momento dell'esecuzione è stata prevista del Protocollo XIV, che modificando l'art. 46 della Convenzione ha introdotto la possibilità per il Comitato dei Ministri di rivolgersi ai giudici europei per chiedere una interpretazione della decisione di condanna oppure una valutazione

¹³ V. le decisioni sulla ricevibilità adottate dalla Corte di Strasburgo il 28 giugno 2011 nei casi: *Ouardiri c. Suisse*, ricorso n. 65840/99 e *Ligue des musulmans de Suisse et al. c. Suisse*, ricorso n. 66274/99. Per una ricostruzione degli aspetti positivi e delle difficoltà dei rapporti con la Cedu v. H. Both, S. Schlegel, *La Suisse a besoin de la CEDH – la CEDH a besoin de la Suisse*, Foraus, Papier de discussion du *foraus* - N° 05, reperibile all'indirizzo internet www.foraus.ch.

¹⁴ Così Corte di Strasburgo, Seconda Sezione, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*, ricorso n. 24638/94, p.to 34.

dell'attività di attuazione dello Stato¹⁵. Oltre a questo, tuttavia, la stessa Corte ha iniziato nelle sue decisioni a definire con sempre maggiore precisione gli interventi richiesti agli Stati. L'esempio più noto sono le "decisioni pilota" (ora disciplinate all'art. 61 dello Statuto della Corte), con cui viene rilevata una violazione strutturale e indicato il tipo di misure riparatorie richieste. Nelle sentenze più recenti la Corte ha dato indicazioni precise anche in relazione alle misure individuali, così limitando ulteriormente la discrezionalità astrattamente spettante agli Stati. Un esempio paradigmatico è il caso *Volkov v. Ukraine* del 2012, dove si legge che «by its very nature, the situation found to exist in the instant case does not leave any real choice as to the individual measures required to remedy the violations of the applicant's Convention rights. Having regard to the very exceptional circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violations of Articles 6 and 8 of the Convention, the Court holds that the respondent State shall secure the applicant's reinstatement in the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date»¹⁶.

Si è voluto richiamare questa attitudine della Corte perché la stessa ha contribuito, certamente insieme ad altri fattori, alle resistenze nazionali che negli anni più recenti sembrano voler mettere in discussione il funzionamento del sistema Cedu. Del resto lo stesso titolo dell'iniziativa svizzera appare indicativo: "Il diritto svizzero anziché giudici stranieri". Per tale ragione, può essere utile prendere in considerazione tre esempi di "resistenza nazionale", con caratteristiche non perfettamente sovrapponibili, ma che possono comunque essere comparati con il caso svizzero: il Regno Unito, l'Italia e la Russia.

In Regno Unito com'è noto ha sempre avuto un rapporto particolare con la Cedu (e più in generale con il diritto esterno): pur essendo stato il primo Paese a ratificarla, l'ha incorporata dopo oltre quarant'anni con lo *Human Rights Act 1998*¹⁷. Tale legge ha introdotto una procedura molto particolare, finalizzata a rafforzare la garanzia dei *Convention Rights*, nel rispetto però delle peculiarità dell'ordinamento britannico e soprattutto della sovranità del Parlamento. Innanzitutto si prevede che i giudici operino un'interpretazione conforme della normativa nazionale alla Cedu, tenendo in considerazione le decisioni europee. Qualora ciò non sia possibile, si deve adottare una dichiarazione di incompatibilità che però non incide sulla validità, sull'operatività e sull'applicabilità della

¹⁵ Si vedano in particolare art. 46.3. «Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato» e 46.4. «Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1».

¹⁶ Così Corte di Strasburgo, Quinta sezione, 11 dicembre 2012, *Volkov v. Ukraine*, ricorso n. 21722/11, p.to 208.

¹⁷ V. per tutti V. Camilli, *La tutela dei diritti nei paesi "senza costituzione". Lo Human Rights Act del 1998*, in M. Patrono, *Studiando i diritti*, Torino, 2009, pp. 205-221.

normativa interna. L'ultima parola rimane, dunque, al Parlamento che è chiamato a modificare la legge per superare il contrasto. L'unica peculiarità è la previsione della possibilità per il Governo di intervenire, in caso di urgenza, attraverso un *remedial order*. Lo *HRA* introduce, dunque, un meccanismo che coinvolge tutti i poteri dello Stato al fine di assicurare il rispetto dei diritti previsti dalla Cedu. Nella prima fase del suo funzionamento i giudici britannici sono apparsi particolarmente attenti al nuovo ruolo della Cedu e della giurisprudenza di Strasburgo. Come accennato, l'art. 2 dello *HRA* stabilisce che le Corti britanniche, quando applicano i *Convention Rights*, debbano «tener conto» di ogni sentenza, decisione, parere, dichiarazione... adottati dagli organi di garanzia della Convenzione europea. I giudici hanno dimostrato da subito una particolare deferenza nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tanto che si è parlato di una sorta di «*mirror principle*». Si possono ricordare le parole di Lord Slynn, secondo cui «In the absence of some special circumstances it seems [to me] that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of HR»¹⁸. Negli anni più recenti però i rapporti del Regno Unito con la Cedu sono divenuti più problematici. Esempio è il caso *Hirst* relativo al diritto di voto dei carcerati, dove nonostante la sentenza di condanna della Grande camera dell'ottobre 2005 il Regno Unito si è rifiutato di intervenire¹⁹; nel febbraio 2011 la Camera dei comuni ha approvato, con i voti provenienti sia dalla maggioranza che dall'opposizione, una mozione in cui ribadisce l'esclusiva competenza del Parlamento, quale organo rappresentativo, a deliberare in questa materia, manifestando altresì l'intenzione di mantenere la soluzione in vigore. I Conservatori, al governo dal 2010, hanno reso più evidente questo conflitto, sia sul piano internazionale quando alla Conferenza di Brighton del 2012 sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno chiesto l'inserimento di un espresso riferimento al margine di apprezzamento nel testo della Convenzione²⁰, sia sul piano interno proponendo l'adozione di un *British Bill of Rights*, con conseguente abrogazione dello *Human Rights Act*. Riprendendo, in direzione opposta, lo slogan utilizzato dai Laburisti nel 1997, si afferma l'obiettivo «Bringing Rights Back Home». La vicenda della Brexit ha lasciato da ultimo un po' ai margini questa tematica, anche se non si deve dimenticare che nel dibattito relativo ai rapporti con l'Unione europea in molti casi viene presa in considerazione anche la Cedu. Infine, va segnalato che gli stessi

¹⁸ House of Lords, 9 maggio 2001, *R (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and other cases*, [2001] UKHL 23, par. 26. Per un approfondimento su questi temi 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*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 253 ss.

¹⁹ Corte di Strasburgo, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, ricorso n. 74025/01, cui ha fatto seguito la sentenza pilota della Quarta Sezione, *Greens e M.T. c. Regno Unito*, divenuta definitiva l'11 aprile 2011, ricorsi nn. 60041/08 e 60054/08. Per una ricostruzione della vicenda v. Camera dei Comuni, *Prisoners' voting rights*, Standard Note: SN/PC/01764, 4 luglio 2012, reperibile all'indirizzo internet www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764.pdf

²⁰ La soluzione finalmente approvata e inserita nel Protocollo XV, che ancora non è entrato in vigore, prevede che il riferimento al margine di apprezzamento, insieme al principio di sussidiarietà, sia contenuto nel Preambolo della Convenzione.

giudici hanno progressivamente modificato il loro approccio: Lord Mance, ad esempio, ha affermato nel 2013 che quanto è coinvolto un principio fondamentale «it could be appropriate for this Court [Supreme Court] to contemplate an outright refusal to follow Strasbourg authority at the Grand Chamber level»²¹.

Il tentativo di discostarsi della giurisprudenza di Strasburgo emerge anche nell'esperienza italiana; in questo caso al di là della discussioni politiche – per vero al momento ancora non particolarmente significative²² – è interessante considerare l'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte costituzionale²³. Com'è noto, i rapporti con la Cedu sono stati definiti, attraverso l'interpretazione dell'art. 117, c. 1 della Cost., nelle famose sentenze gemelle 348 e 349 del 2007. In tali decisioni la Corte ha qualificato la Cedu come norma interposta nel giudizio di costituzionalità, riservandosi in questo modo il sindacato sugli eventuali conflitti ed escludendo la possibilità di un controllo di convenzionalità da parte dei giudici comuni. La Corte ha definito una sorta di percorso operativo, che vede in prima battuta i giudici comuni chiamati ad esperire un'interpretazione conforme della norma interna alla Cedu; se tale interpretazione non è possibile gli stessi devono sollevare una questione incidentale di costituzionalità. La Corte costituzionale, verificato in via preliminare che la norma convenzionale rispetti la Costituzione, la applica come parametro interposto per il controllo sulla legge. I giudici costituzionali si riferiscono alla Cedu come interpretata del suo giudice, riconoscendo alla Corte di Strasburgo il ruolo di interprete eminente delle norme convenzionali²⁴. Negli anni successivi la Corte costituzionale ha cercato però di meglio precisare la propria posizione e, in particolare, di limitare l'incidenza delle decisioni europee. Si possono citare al riguardo due note sentenze. La prima è la n. 264 del 2012, sul caso delle c.d. «pensioni svizzere», dove la Corte costituzionale nonostante la condanna da parte della Corte di Strasburgo ha salvato la legge che era all'origine della violazione della Convenzione. Per giustificare tale scelta, i giudici costituzionali hanno cercato di differenziare il proprio compito rispetto a quello dei giudici europei, affermando che «la sentenza della Corte EDU, [che] è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in gioco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel

²¹ Corte suprema, 16 ottobre 2013, *Chester v. Secretary of State for Justice, McGeoch v. The Lord President of the Council*, [2013] UKSC 63, par. 25.

²² Non mancano comunque anche in Italia le prese di posizione polemiche: è il vice-premier Salvini ad affermare nel giugno 2018, dopo la decisione della Corte di Strasburgo sul caso di Punta Perotti, che «La Corte di Strasburgo condanna l'Italia e difende gli eco-mostri e la cementificazione selvaggia? Ennesima prova del fatto che certe istituzioni dovrebbero essere chiuse» (v. www.ilmessaggero.it/primopiano/cronaca/punta_perotti_demolizione_corte_europea_italia_condanna-3824238.html).

²³ Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. da ultimo R. Romboli, *L'influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 2018, III.

²⁴ Corte cost., n. 348 del 2007, p.to 4.6. del considerato in diritto; v. in generale L. Montanari, *Le Carte europee dei diritti: i rapporti tra i sistemi di garanzia*, Collana Europei unite Working Papers, n. 1-2015.

bilanciamento, solo ad essa spettante», valutazione che nel caso di specie permette di salvare la legge impugnata²⁵. Il secondo esempio è la decisione n. 49 del 2009, dove ancora una volta la Corte cerca di circoscrivere l'effetto vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, limitandolo alle “decisioni pilota” o a quelle che si caratterizzano come diritto consolidato²⁶. In questo caso, tra l'altro, la Corte al fine di limitare il ruolo dei giudici europei, di fatto amplia quello dei giudici comuni a discapito del proprio. L'ambiguità delle indicazioni formulate (cosa si intende con diritto consolidato?), infatti, allarga lo spazio di valutazione di questi ultimi nel decidere se sollevare o meno la questione incidentale.

I due sistemi appena analizzati, pur strutturalmente differenti, presentano una soluzione simile quanto ai rapporti con la Cedu, che vede un ruolo centrale dei giudici comuni chiamati ad operare l'interpretazione conforme delle norme interne rispetto alla Cedu, con la previsione di un organo di chiusura - rispettivamente il Parlamento e la Corte costituzionale – cui spetta risolvere gli eventuali conflitti²⁷. Negli anni più recenti entrambi sono stati caratterizzati dal manifestarsi di forme di resistenza rispetto alla Cedu, che nella dinamica della tutela multilivello stava diventando il riferimento fondamentale per la tutela dei diritti anche in ambito nazionale.

L'ultimo esempio che voglio citare è quello della Russia. Anche in questo caso il rapporto con la Cedu è stato negli anni soggetto ad un'interessante evoluzione. Sulla base dell'art. 15 della Costituzione russa, che disciplina i rapporti con il diritto internazionale, la Cedu (come gli altri trattati) assume una posizione superlegislativa, prevalendo sulle leggi in contrasto; l'art. 46 prevede poi espressamente il diritto di ricorrere agli organi internazionali di tutela dei diritti una volta esauriti i mezzi di ricorso interni. Inizialmente la Cedu ha assunto un ruolo di particolare rilievo per la tutela dei diritti fondamentali, non solo per l'alto numero di ricorsi innanzi alla Corte di Strasburgo, ma anche per l'attenzione che alla stessa hanno riservato i giudici nazionali²⁸. Sul piano dell'esecuzione delle sentenze, questa particolare apertura trova conferma nella possibilità - introdotta attraverso la riforma dei codici di procedura civile e penale - della riapertura dei processi a seguito di una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo. Tuttavia, anche in Russia negli anni più recenti il quadro si sta facendo più complesso. Va ricordato il noto caso *Markin*, del 2010, in materia di permessi parentali per i

²⁵ Corte cost., n. 264 del 2012, p.to 5.4. del considerato in diritto.

²⁶ Corte cost., n. 49 del 2015, v. il commento di V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202.2015_.pdf.

²⁷ Per una comparazione tra il caso italiano e quello britannico si rinvia a L. Montanari, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 459-478.

²⁸ La Corte suprema, con un decreto del 10 ottobre 2003, ribadiva che sulla base degli artt. 15, 17 e 46 della Costituzione i diritti dell'uomo conformemente ai trattati e ai principi di diritto internazionale sono immediatamente applicabili dai giudici. Ma non solo, nell'applicazione della Cedu, i tribunali devono tenere conto delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo per evitare ogni violazione.

militari, affrontato sia dalla Corte di Strasburgo che dalla Corte costituzionale²⁹. Quest'ultima, nonostante la condanna europea, ha ritenuto la legge alla base del ricorso legittima ed ha escluso la violazione dei diritti del ricorrente. La peculiarità dell'esperienza russa consiste nel fatto che tale resistenza ha trovato espressione anche sul piano normativo, con l'introduzione – attraverso le riforme del 2014 e del 2015 della legge sulla Corte costituzionale – della possibilità di richiedere ai giudici costituzionali un controllo preventivo sulle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, al fine di verificare che le stesse non siano in contrasto con la Costituzione³⁰.

4. Il caso della Svizzera in una prospettiva comparata: alcune riflessioni conclusive

I tre esempi appena ricordati affrontano – pur in contesti ordinamentali differenti – sostanzialmente lo stesso problema, che possiamo considerare intrinseco al sistema convenzionale di tutela dei diritti. Si tratta del rapporto della Cedu con la Costituzione, o comunque con i principi e i diritti fondamentali che connotano il modello nazionale, e corrispondentemente tra le Corti costituzionali e la Corte di Strasburgo. Gli stessi tuttavia presentano a mio parere un diverso grado di “irrigidimento”.

In Italia e nel Regno Unito, in assenza di una previsione specifica al riguardo, sono i giudici e i diversi organi costituzionali coinvolti a dover cercare un punto di equilibrio, rendendo così possibili aggiustamenti successivi. Ciò anche se non si può negare una generalizzata tendenza a “riportare a casa” la tutela dei diritti, che in questa fase storica sembra difficilmente superabile. Emblematica, con riferimento in questo caso al diritto dell'Unione europea, è la decisione n. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana, che si riserva – nonostante il valore riconosciuto dai trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – “l'ultima parola” sulle questioni relative alla tutela dei diritti³¹. In Russia l'affermazione della prevalenza della Costituzione e, soprattutto, le sue ricadute sul piano giurisprudenziale sono rese più evidenti grazie alla modifica della legge sulla Corte costituzionale. Sono gli organi politici a poter chiedere alla Corte di valutare la “legittimità costituzionale” delle sentenze di Strasburgo prima della loro esecuzione. La Corte costituzionale può cercare comunque una soluzione sul piano

²⁹ V. i cenni in A. Di Gregorio, *La Giurisprudenza della Corte costituzionale della Russia nel biennio 2010-2011*, in *Giur. cost.*, 2012, spec. 5017.

³⁰ Si rinvia ai lavori citati *supra* nota 3; v. anche B. Bowing, *Does Russia have a human rights future in the Council of Europe and OSCE?*, in D. Lettinga, Lars van Troost, *Shifting Power and Human Rights Diplomacy Russia*, Amnesty International Netherlands, marzo 2017, 53 ss. e Id., *Russian cases in the ECtHR and the question of implementation*, in L. Mälksoo, W. Benedek (eds), *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*, Cambridge, 2018, 188 ss.

³¹ V. tra i molti il commento di L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018.

interpretativo, ma il suo ruolo diviene certamente più difficile e suscettibile di essere coinvolto nelle dinamiche politiche³².

La proposta di revisione della Costituzione svizzera si poneva in questa seconda prospettiva, dando luogo ad un irrigidimento ancora più forte, in quanto l'affermazione della supremazia della Costituzione veniva inserita direttamente nel testo costituzionale. Nonostante, a differenza di quanto indicato nel titolo della proposta, non vi fosse nell'articolato alcun riferimento espresso all'efficacia (alla limitazione dell'efficacia) delle sentenze europee, è evidente che la riforma avrebbe segnato un cambiamento significativo dei rapporti con il sistema di Strasburgo con possibili ricadute a tutti i livelli.

Vero è che la soluzione più diffusa tra i 47 Paesi parte è quella che colloca le norme convenzionali sul piano superlegislativo, in alcuni casi anche con il riconoscimento espresso della prevalenza della Costituzione sui trattati internazionali (e quindi anche sulla Cedu)³³. Tuttavia nella valutazione della disciplina, anche costituzionale, non si può non tenere conto del contesto e delle modalità della sua adozione. Si è fatto brevemente cenno nel secondo paragrafo alla progressiva definizione della posizione della Cedu nell'ordinamento svizzero, che nelle ricostruzioni della dottrina viene ricondotta ad un'impostazione "monista" dei rapporti con il diritto internazionale. Al di là del significato che si può dare a questa lettura, che può essere limitata alle modalità di adattamento o interpretata come l'affermazione – anche sul piano teorico – della prevalenza del diritto internazionale rispetto al diritto interno, essa è comunque il riconoscimento della speciale apertura del diritto svizzero nei confronti del diritto internazionale. In questo quadro, la scelta di modificare la Costituzione nei termini proposti nell'iniziativa popolare, pur non creando una situazione eccezionale sul piano comparato, certamente avrebbe determinato una cesura nell'evoluzione del sistema nazionale. Per questa ragione, si è ritenuto di collocare la stessa tra gli esempi di resistenza alla Cedu, piuttosto che limitarsi a considerarla come una "precisazione" circa la collocazione delle norme di derivazione internazionale. Un intervento di questo tipo, infatti, per il momento storico in cui è stato promosso e per i contenuti del dibattito politico che lo ha accompagnato esprime qualcosa di diverso dalla pura esigenza di meglio definire i rapporti tra le fonti. Le nuove norme costituzionali avrebbero reso certamente più complessa l'azione del Tribunale federale, che con maggiore difficoltà avrebbe potuto, in futuro, muoversi tra i diversi cataloghi dei diritti alla ricerca della fonte che maggiormente assicura la tutela dei diritti in gioco.

³² Si può segnalare, come esempio, l'applicazione del "meccanismo di difesa" nel caso *Yukos*, collegato alla nota vicenda politico/giudiziaria Mikhail Khodorkovsky, oppositore del Presente Putin; v. I. Marchuk, Marina Aksenova, *The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court's Rebellion against the European Court of Human Rights*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2017.

³³ Si può citare ad esempio la nuova Costituzione della Serbia del 2006, dove all'art. 16, c. 3, si precisa che «Ratified international treaties must be in accordance with the Constitution»; anche in questo caso comunque non è mancata l'opinione critica della Commissione di Venezia (Opinion on the Constitution of Serbia, 19 marzo 2017, n. 405/2006, CDL-AD(2007)004).

In questa prospettiva sono molto interessanti le reazioni che l'iniziativa ha suscitato, non solo tra gli studiosi, ma soprattutto nella società civile. Sulla *Information Platform Human Rights* l'11 ottobre 2017 veniva pubblicata una nota significativamente intitolata "No to the Self-Determination Initiative, yes to human rights"³⁴, dove si proponevano una serie di ragioni per bocciare la proposta di riforma, collegate al tema della tutela dei diritti. Tra l'altro si poteva leggere che «the real aim of the SVP initiative is to make the European Convention on Human Rights Relative, and possibly to terminate it». Sempre a titolo d'esempio, si può citare la campagna di "Fattore di protezione D - i diritti umani ci proteggono" che ha coinvolto associazioni, organizzazioni non governative e forze politiche³⁵, cui ha aderito anche l'associazione "unitidaldritto", per il "no all'iniziativa autolesionista"³⁶, che operava nella Svizzera italiana. Anche il risultato del referendum è stato salutato innanzitutto come una vittoria della tutela dei diritti umani. In un comunicato stampa, l'associazione "unitidaldritto" ha riconosciuto che «Con questa importante vittoria popolare, le cittadine e i cittadini hanno riaffermato la volontà di mantenere il solido sistema giuridico attualmente in vigore. La bocciatura di questa iniziativa invia un messaggio di positività e apertura verso la comunità internazionale: significa che le cittadine e i cittadini svizzeri vogliono un Paese affidabile, che sappia rispettare gli impegni presi e che tuteli le libertà fondamentali dei suoi cittadini»³⁷. Nel sito di Amnesty International il voto viene segnalato come "A Success for Human Rights": «Swiss people vote to defend human rights in referendum»³⁸.

L'aspetto fondamentale, dunque, per cui è importante riflettere sul risultato del referendum svizzero è costituito dal rinnovato il sostegno popolare ad un modello di ordinamento giuridico aperto al diritto internazionale e in particolare alla tutela internazionale dei diritti umani. Si discute molto in questo momento storico, soprattutto dopo l'esito del referendum sulla Brexit, dell'opportunità/legittimità di sottoporre decisioni caratterizzate da complessi effetti sul piano tecnico al voto popolare. Non è questa la sede per affrontare una questione così importante, tuttavia quello che si vuole segnalare è come in Svizzera rispetto alla "retorica sovranista", che coinvolge oramai anche il tema della tutela dei diritti, abbia prevalso la volontà di rimanere all'interno di un sistema comune di tutela dei diritti. Questo non significa negare la possibilità che si verifichino dei contrasti, come la vicenda del divieto di costruire minareti ha dimostrato, ma esprime la volontà di mantenere comunque una prospettiva di più ampio respiro, che accetta la difficile ricerca caso per caso della soluzione più adeguata, invece di un semplicistico ritorno al solo diritto nazionale.

³⁴ V. www.humanrights.ch/en/switzerland/internal-affairs/law/determination-initiative-human-rights?search=1

³⁵ V. www.initiative-anti-droits-humains.ch/

³⁶ V. unitidaldritto.ch/

³⁷ Comunicato stampa del 25 novembre 2018 "un'importante vittoria popolare", reperibile all'indirizzo internet unitidaldritto.ch/wp-content/uploads/2018/06/COMUNICATO-25-NOVEMBRE-UNITI-DAL-DIRITTO.pdf

³⁸ V. www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/switzerland-defends-human-rights-in-referendum/