

20 settembre 2013

INCONTRO DI STUDIO

presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri

“PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ DELLE GIURISDIZIONI SOVRANAZIONALI E
MARGINE DI APPREZZAMENTO DEGLI STATI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO”

Intervento del Giudice costituzionale Mario Rosario Morelli

“Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale”

Sommario: 1.- La tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo tra esigenze di uniformità e rispetto delle diversità sociali, etiche e giuridiche degli Stati membri. 2.- La “better position” dello Stato membro ed il “principio di prossimità”. 3.- Sussidiarietà e “margine di apprezzamento” come corollari del principio di prossimità. 4.- Il principio di sussidiarietà nella CEDU e nel Trattato UE. 5.- Il principio del margine di apprezzamento. Sua genesi in relazione all’art. 15 CEDU. Misure *derogatorie* consentite. Test di proporzionalità. 5.1.- Il successivo riconoscimento di un margine di apprezzamento anche in relazione a *misure interferenti* con i diritti di libertà di cui agli artt. 5ss CEDU. L’esistenza di uno *standard europeo* come suo criterio di misurazione. I casi *Handyside e Sunday Times*. 5.2.- L’elaborazione di un test ulteriore di “necessarietà in una società democratica”. Il caso *Dudgeon*. 6.- Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione a misure interferenti con le libertà di circolazione di persone e di merci. 7.- Una recente ridefinizione del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Il consentito scostamento dal *dictum* di Strasburgo ove questo abbia effetti sistemici negativi sull’ordinamento, complessivamente inteso, dello Stato membro.

1.- L’aspetto più significativo del Protocollo n. 15 - elaborato nella Conferenza di Brighton, nell’aprile 2012 (organizzata dal Regno Unito, durante la Presidenza britannica del Comitato dei Ministri Consiglio d’Europa) - è certamente quello della prevista inserzione nel preambolo della Convenzione del principio di sussidiarietà e della teoria del margine di apprezzamento come emersa progressivamente nella giurisprudenza della CEDU, in funzione di una più puntuale definizione del ruolo giudiziale della Corte stessa in rapporto alle giurisdizioni interne dei Paesi membri, ed a fini individuativi di una linea di confine tra la limitazione della sovranità, derivante dal recepimento della Convenzione, e la libera organizzazione degli

interessi interni di uno Stato membro sulla base delle decisioni democraticamente assunte dai Parlamenti nazionali.

2.- “*Sussidiarietà*” e “*marginale di apprezzamento*” sono due aspetti di un più generale “*principio di prossimità*”, che si porge - nel sistema di tutela dei diritti consacrati nella Convenzione europea ed in quello della *governance* multilivello dell’Unione europea - come complessivo canone regolatore del riparto di competenze tra giurisdizioni ed organi nazionali e corrispondenti autorità sovranazionali.

Il principio di “*prossimità*” trova la sua *ratio* nella considerazione che nella graduatoria degli interventi tra Stati nazionali e Corti europee, nelle materie di competenza comune, spetta agli Stati di intervenire in prima battuta, poiché sono questi che si trovano, rispetto a quelle Corti, in una *better position* ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell’intervento. E ciò in quanto - come si legge in motivazione della sentenza CEDU del 1976 sul caso *Regno Unito c. Irlanda* - sono, appunto, gli Stati ad essere, da un lato, *responsabili per la vita della nazione* e, dall’altro, in *continuo e diretto contatto con i bisogni della collettività* e in una posizione, quindi, *migliore* per apprezzarli.

3.- Dal principio di *prossimità* si dipartono, ed a quel principio si riconducono, quindi, i due corollari della *sussidiarietà* e del *marginale di apprezzamento*: espressione, il primo, di una *regola di precedenza* e, il secondo, di un *criterio di limite* (elaborato, per altro, quest’ultimo, in via di *self restraint* dalla stessa CEDU, e mutuato poi dalla Corte di Giustizia europea).

Ne discende così:

- per un verso, a monte, una opzione di preferibilità dell’intervento dello Stato nazionale, che si traduce, sul piano diacronico, nel riconoscimento del suo diritto a fare la prima mossa, con la conseguenza che, solo dopo l’esaurimento dei rimedi interni e in caso di non effettività o di non soddisfattività, degli stessi, intervenga in *sussidiarietà* l’autorità europea (così come le *subsidiariae cohortes* dell’esercito romano intervenivano in seconda battuta a *subsidium*, ove necessario, della prima *acies*);

- per altro verso, a valle (nella fase, cioè, del successivo controllo di adeguatezza dell’intervento interno attivata nella sede europea) l’emersione di una linea di confine (tracciata, per via di autolimitazione, dalle stesse Corti europee), che delimita una residua *zona franca*, un’area cioè di rispetto, all’interno della quale è riconosciuta allo Stato una non sindacabile discrezionalità di scelte.

Il che, con riguardo in particolare alla tutela multilivello dei diritti della persona, si risolve in un complessivo strumento di bilanciamento e composizione delle due contrapposte esigenze: da un lato, di *uniformità* della tutela di quei diritti nello spazio europeo e, dall’altro, di rispetto, appunto, delle *diversità* giuridiche, sociali e culturali dei paesi membri, attraverso un consentito margine di flessibilità nell’applicazione delle norme della Convenzione sulla base delle decisioni dei Parlamenti nazionali.

4.- Nella CEDU il principio di sussidiarietà si rinviene, in particolare, nell'art. 35, e si riflette nella, imposta, condizione di ricevibilità del ricorso (solo) previo esaurimento dei rimedi interni e dopo il decorso di un termine massimo di sei mesi dalla decisione definitiva.

Regola, questa, che va, per altro, coordinata con la previsione di cui al precedente art. 13, del *diritto del cittadino ad un ricorso effettivo* (*Akdivar e altri c. Turchia*, GC, sentenza 16 settembre 1996, *ex plurimis*), davanti ad una "istanza nazionale" (non necessariamente un giudice) "imparziale ed indipendente", con potere di disporre la cessazione del comportamento lesivo ed assicurare il risarcimento del danno che ne sia conseguito (*Saggio c. Italia*, sentenza 25 ottobre 2011).

Dal che, quindi, il consentito accesso *diretto* alla Corte di Strasburgo, *in deroga* al principio di sussidiarietà, nel caso di assenza, nell'ordinamento di uno Stato membro, di un rimedio effettivo ed accessibile al titolare del diritto leso (*Scordino c. Italia*, sentenza 29 marzo 2006).

Il concetto di sussidiarietà era già, per altro, entrato nella tradizione giuridica dell'Unione europea attraverso tappe successive ed il Trattato di Maastricht del 1992 gli ha conferito un tratto istituzionale, con l'attribuirgli il rango di norma positiva - di norma cardine, anzi, del sistema - volta a disciplinare la ripartizione di competenza tra gli Stati membri e la Comunità, con opzione di un criterio per cui le decisioni siano prese "il più vicino possibile ai cittadini" (art. 1, comma 2, *ex art. A*, comma 2) e la Comunità intervenga, appunto in via sussidiaria, "soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri".

Come è stato, per altro, in dottrina, acutamente osservato (*M. Carrer e S. Russi, La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione, Quaderni costituzionali, 2012, n. 2*), nell'orientamento dell'U.E., il principio di sussidiarietà tende ad assumere un rilievo più ampio: quello di suo *principio fondante*, nel senso di sancire la centralità del cittadino. Vale a dire che «il riferimento ripetuto alla *prossimità ai cittadini*, può essere colto non tanto e non solo in una dimensione spaziale o efficientistica e puramente soddisfattoria, bensì implica porre al centro i cittadini, e significa che la decisione deve essere presa secondo le modalità e con i contenuti più idonei a rispettare la loro libertà e a garantire la loro piena capacità di autodeterminazione e realizzazione».

5.- Il principio (se così può definirsi) del "*marginale di apprezzamento*" nasce, invece, in via pretoria, nel laboratorio della giurisprudenza della CEDU.

La prima sua sperimentazione avviene in sede di applicazione dell'art. 15 della Convenzione, della disposizione, cioè, che consente di *derogare* agli obblighi comunitari in caso di guerra o di altro pericolo pubblico o interna emergenza.

Nella sentenza *Lawless del 1961*, la Corte (sulla scia di una precedente, ancorché timida, apertura della Commissione di Strasburgo, nel caso *Grecia c. Regno Unito* del 1956) – nel decidere sul ricorso di un cittadino irlandese, vicino all'IRA, che era stato sottoposto a detenzione senza processo – esplicitamente, per la prima volta,

riconosce che lo Stato che adotta misure derogatorie, *ex art. 15 cit.*, ha “un margine di apprezzamento” in ordine sia alla ricorrenza di una situazione di emergenza (ravvisata nella specie, nell’esistenza di un gruppo di terrorismo armato, quale l’IRA), sia nella scelta delle «*misure strettamente richieste dalla situazione*».

In una successiva sentenza del 1976 (*Regno Unito c. Irlanda*, cit.) il margine di apprezzamento diventa, poi, “*ampio*” e se ne individua la *ratio* nella ricordata *better position* riconosciuta allo Stato membro, con la precisazione, comunque, che le misure derogatorie da questo adottate dovranno superare un *test di proporzionalità*, nella valutazione cui andranno successivamente incontro innanzi alla Corte (od alla Commissione): *test*, si ricorderà, non superato dalla Grecia dei colonnelli (nel risalente e noto caso *Greek colonels*, del 1969) con riguardo a talune (ritenute eccessive) misure tendenti ad aggirare, sulla base di un richiamo alla deroga *sub art. 15*, vari diritti (libertà di pensiero, di riunione, ad un processo equo ...) garantiti dalla Convenzione.

5.1.- Il riferimento al “margine di apprezzamento” non tarda, poi, a far breccia anche nella giurisprudenza relativa ad altre disposizioni della Convenzione, quali quelle relative ai diritti di libertà e di sicurezza personale (art. 5), al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), di espressione (art. 10), di riunione e di associazione (art. 11), al principio di non discriminazione (art. 14), al diritto di proprietà (art. 1 del I Protocollo).

Si tratta, in questi casi, di disposizioni che – diversamente dall’art. 15, formulato con diretta previsione di una facoltà di deroga, con indicazione dei correlativi presupposti e condizioni - sono viceversa strutturate in termini di tendenziale inviolabilità dei diritti e delle libertà da essi garantite.

Per cui il margine di apprezzamento, riconosciuto allo Stato membro, diversamente qui si declina non in funzione di consentiti *interventi derogatori*, bensì agli effetti di giustificate *misure interferenti* con diritti convenzionali.

In questo contesto, il criterio di misurazione del margine di apprezzamento è posto inizialmente in correlazione alla (rilevata) esistenza, o meno, di uno *standard europeo* uniforme, relativamente all’interesse o valore sottostante alla misura interferente *sub iudice*.

Paradigmatici sono, al riguardo, i due casi *Handyside* (del 1976) e *Sunday Times* (del 1979).

In entrambe le occasioni venivano in rilievo provvedimenti limitativi della *libertà di espressione*: nel primo caso, un sequestro di materiale considerato osceno, adottato a *tutela della morale*; nell’altro caso, la proibita diffusione di notizie giornalistiche sulla vicenda della presunta nocività di un farmaco (talidomide), volta a “garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario” (chiamato a pronunciarsi nei giudizi promossi, contro l’azienda farmaceutica produttrice, da parte di soggetti che si assumevano danneggiati dall’assunzione di quel farmaco).

Orbene, nel caso *Handyside*, la non ravvisata esistenza di uno *standard europeo* sul concetto di moralità, conduce la Corte a ritenere non violativo dell’art. 10 della

Convenzione il denunciato provvedimento di sequestro, per sua inerenza, appunto, al (più ampio) margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato membro (Gran Bretagna) in tema di tutela della moralità.

Nel caso, invece, del *Sunday Times*, la CEDU, rispetto ad una concezione della “autorità giudiziaria” sorretta da ampio ed uniforme consenso a livello europeo, ed al conseguente, più ristretto, margine di apprezzamento che residua allo Stato, considera non proporzionata la proibizione adottata dall’autorità, in quanto “non necessaria” a tutelare l’imparzialità dell’Autorità giudiziaria.

5.2.- In prosieguo, a partire dalla sentenza del 1981, sul c.d. caso *Dudgeon*, la valutazione del margine di apprezzamento viene poi a collegarsi ad un ulteriore «*test di necessità in una società democratica*» della misura in contestazione.

Nella fattispecie, provvedimenti di criminalizzazione di rapporti omosessuali svolti in privato tra cittadini adulti e consenzienti (adottati dal governo nordirlandese) vengono considerati violativi del diritto al rispetto della propria vita privata (*ex art. 8 CEDU*), in quanto, appunto, *non necessari in una società democratica*. La quale – secondo il modello (vale rilevarlo) disegnato dalla stessa Corte europea – si vuole tipicamente caratterizzata *dalla tolleranza e dalla apertura alla diversità*.

6.- Il concetto di margine di apprezzamento, come elaborato nella giurisprudenza della CEDU, transita, quindi, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea.

Ed anche in questo contesto viene utilizzato come tecnica giudiziaria e standard di revisione di misure nazionali, nella gestione di conflitti tra l’Unione e Stati membri, qui però venendo a delinearci in modo diverso, e speculare, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Dacché tali diritti mentre vengono a tollerare una flessione *in minus* in dipendenza dello spazio di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri dalla CEDU, con riguardo a misure interferenti, vedono, invece, ancor più rafforzata la loro tutela a fronte di misure, approntate in tal direzione, da quegli Stati, in deroga alle *libertà comunitarie di circolazione* delle persone e delle merci.

Valga, per tutti, al riguardo l’esempio, della sentenza 34/79, del 14 dicembre 1979, nel c.d. caso *Henn*.

La fattispecie portata, in quella occasione, al giudizio della Corte di Lussemburgo era per certi versi parallela a quella del già richiamata sentenza *Handyside*, della Corte di Strasburgo, ricadendo anche in questo caso il controllo su un provvedimento di sequestro di pubblicazioni considerate oscene, adottato a tutela della morale e di valori della Convenzione.

Ma il riconoscimento allo Stato (Regno Unito) di un autonomo spazio di valutazione (in ragione dell’assenza di uno standard europeo sul concetto di moralità) non incide, questa volta sulla libertà di espressione (in senso derogatorio o interferente rispetto alla prescrizione convenzionale di cui all’art. 10) bensì sulla libertà (comunitaria) di circolazione delle merci.

7.- La Corte costituzionale è di recente pervenuta ad elaborare, dall'interno, una propria peculiare lettura del "margine di apprezzamento".

E ciò è avvenuto in una occasione in cui era chiamata a risolvere un (apparente) contrasto tra una sentenza della Corte di Strasburgo ed altra precedente propria pronunzia, relative entrambe ad una medesima legge dello Stato. La quale, dopo aver superato indenne il vaglio di costituzionalità, era stata poi, nella sede europea, considerata invece violativa del diritto convenzionale al giusto processo (art. 6, § 1, CEDU); ed, in seguito a ciò, veniva nuovamente all'esame della Corte costituzionale, per denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in ragione dell'obbligo dello Stato di uniformarsi alla giurisprudenza della Corte europea.

Questa, in particolare, la vicenda normativa, sottostante a quel contrasto: una vicenda scandita in cinque *steps* e che ha visto impegnate in sequenza, in una singolare triangolazione, la Corte di cassazione, la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale.

L'*antefatto* è costituito da una serie di vertenze instaurate contro l'INPS da lavoratori italiani che avevano prestato parte della loro attività lavorativa in Svizzera, i quali pretendevano che la rispettiva pensione, in applicazione del d.P.R. n. 488 del 1966, fosse loro liquidata sulla base dell'ultima retribuzione percepita, ancorché i contributi versati in Svizzera (e poi trasferiti in Italia) fossero di gran lunga inferiori a quelli corrisposti, nel corrispondente periodo, dai lavoratori in Italia.

Per superare l'orientamento giurisprudenziale prevalentemente favorevole alla tesi dei lavoratori interviene - è questo *l'incipit* della vicenda - la legge n. 296 del 2006 che, all'art. 1, comma 777, in via di interpretazione autentica, e con effetto quindi retroattivo, dispone che la retribuzione pensionabile, nel caso di lavoro svolto all'estero, debba essere proporzionata all'entità dei contributi effettivamente versati.

Da ciò in progressione:

- la denuncia di questa legge alla Corte costituzionale, che con sentenza n. 172 del n. 2008 ritiene insussistenti i suoi denunciati vizi di incostituzionalità;

- la condanna dell'Italia da parte della corte EDU. La quale (con la sentenza *Maggio ed altri c. Italia*, dell'anno 2011) - pur respingendo la pretesa dei ricorrenti a vedere accertata anche la violazione dell'art. 1 del I Protocollo, sulla tutela della proprietà (nella specie, del credito al chiesto maggior importo pensionistico) - ritiene, comunque violato, dalla l. n. 296 del 2006, il principio del giusto processo (art.6, par. 1 CEDU), per il profilo del non consentito intervento del legislatore diretto a modificare, in favore dello Stato, l'esito di giudizi in corso tra questo e privati soggetti;

- la reiterata rimessione, da parte della Corte di cassazione, della questione di legittimità costituzionale della predetta legge n. 296, per contrasto, come detto, con l'art. 117 Cost.; e con assunzione, come norma interposta, dell'art. 6 §1 della CEDU, come appunto interpretato dalla Corte di Strasburgo, con specifico riferimento a quella medesima legge.

A questo punto la Corte costituzionale si trovava di fronte ad una (apparentemente) ineludibile alternativa:

- dichiarare l'incostituzionalità della legge 296 del 2006, in ossequio al pronunciato della Corte europea, con ciò smentendo la propria precedente sentenza;
- ovvero negare alla disposizione convenzionale il ruolo di norma interposta (in relazione al parametro dell'art. 117 Cost.), in ragione di un qualche ravvisato "controlimite", ostativo al suo ingresso nell'ordinamento interno, secondo lo schema collaudato delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007.

Con la sentenza n. 264 del 2012, la nostra Corte ha individuato, invece, una terza via. Ha ritenuto bensì, infatti, che il diritto al giusto processo (*ex art.6 § 1, CEDU*), nel suo contenuto ostativo alla retroattività di leggi incidenti in senso modificativo del correlativo esito, entrasse, nell'ordinamento interno (senza ostacolo di controlimiti) negli esatti termini risultanti dalla esegesi della Corte EDU, quale anche ribadita e puntualizzata con specifico riferimento al giudizio *Maggio c. Italia*, relativo alla stessa legge n. 296/06.

Ma ha considerato poi che, una volta penetrato nel nostro ordinamento, con assunzione di rango costituzionale (e non sub costituzionale come presupposto dalle già citate sentenze gemelle del 2007), quel diritto (di provenienza europea) dovesse comunque - al pari di ogni altro diritto / valore considerato nella Carta costituzionale - essere sottoposto ad un giudizio di *bilanciamento* con altri (eventuali) valori antagonisti, parimenti apicali.

Valori, questi ultimi che - previamente, nella specie individuati in quelli della eguaglianza e della solidarietà, all'interno del sistema previdenziale - sono stati ritenuti (nella richiamata sentenza) nel loro complesso prevalenti sul diritto al giusto processo, con conseguente reiterato esito di salvezza della legge 269.

Ed è appunto in questa finale operazione di *bilanciamento* - che la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 264, ha inteso puntualizzare che "*solo ad essa compete*" - che si realizza, nella delineata nuova sua accezione, il "margine di apprezzamento" che lo Stato reputa dover essergli riconosciuto.

Un bilanciamento in ragione e in esito al quale anche un diritto dato (in quel caso il diritto al giusto processo), la cui tutela risulti più avanzata nella disciplina posta dalla CEDU, può cedere alla sintesi assiologica, maggiormente apprezzabile, espressa *dal sistema* dei valori che vengono contestualmente in gioco nella materia in esame.

Ciò in quanto, come già adombrato nella precedente sentenza n. 317 del 2009, il riconoscimento dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel processo di assorbimento dei relativi strumenti di garanzia all'interno del sistema italiano di protezione dei diritti costituzionali, deve condurre necessariamente «alla massima espansione delle garanzie»; e in tale massima espansione deve essere «compreso il *necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela».

- Vale a dire che, nella dialettica tra Corte nazionale e Corte europea, il margine di apprezzamento consentito alla prima deriva dalla necessità di comparare la tutela *frazionata*, accordata dalla Corte di Strasburgo nel concreto rapporto tra il titolare del

diritto e lo Stato che lo abbia in tesi violato, con la tutela necessariamente *sistematica* di quel diritto in relazione al complesso degli altri diritti fondamentali con cui interagisce.

La diversa aggettivazione dei diritti (esistenziali) della persona nella Convenzione – che li definisce “*umani*” – e nella nostra Carta – che li qualifica “*fondamentali*” – non è, del resto, priva di rilievo.

In quanto riflette il diverso ruolo che tali diritti giocano all’interno dei due rispettivi ambiti: in quello europeo come diritti di cui è portatore il soggetto nel concreto rapporto *sub iudice*; nell’ordinamento interno come diritti aventi radice in *norme* costituenti le *fondamenta* di una complessa architettura istituzionale in cui lo Stato è in funzione della persona, e non viceversa.

Il fatto, dunque, che la pronunzia della Corte costituzionale non si esaurisca nella decisione della fattispecie (in relazione al quale può anche essere già intervenuta sentenza della CEDU), ma si risolva in un *giudizio su norme*, postula, appunto, l’esigenza di un *margin* di apprezzamento, che consenta, a questa Corte, di discostarsi dal *dictum* di Strasburgo ove l’adesione a questo possa avere *effetti sistemici* negativi sull’ordinamento complessivamente inteso.

La riprova della necessità di un tal spazio di apprezzamento, ai fini della introduzione nel *sistema* ordinamentale di principi enunciati dalla Corte europea in un contesto di tutela parcellizzata [del singolo diritto], è offerta, all’evidenza, proprio dalla fattispecie interessata dalla richiamata sentenza n. 264.

Se, in quel caso, la nostra Corte, invece di respingerla, avesse riconosciuto fondata la questione di costituzionalità della legge 296, in adesione alla precedente sentenza *Maggio c. Italia* (che ne aveva rilevato il contrasto con l’art. 6 § 1 della Convenzione) e l’avesse, quindi, espunta dall’ordinamento, avrebbe con ciò negativamente inciso sul sistema pensionistico, contraddicendo non solo il *sistema* nazionale di valori interagenti, ma anche la sostanza di quella decisione CEDU, che aveva escluso il diritto dei ricorrenti ad ottenere il più favorevole criterio di calcolo da essi preteso: potendo, appunto, detta Corte, parcellizzando le proprie forme di tutela, riconoscere indennizzi per profili di contrasto di una data legge nazionale con singoli precetti della Convenzione, senza doverne, necessariamente, per ciò, pretendere la caducazione.