A12

Vai al contenuto multimediale

Vittorio De Bonis

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giusto processo tributario

Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2908-1

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: novembre 2019

Indice

9 *Introduzione*

Parte I
La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed i principi rilevanti nell'ordinamento tributario

13 Capitolo I
Origini e sviluppo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Premessa: origini e natura del Consiglio d'Europa, 13 – 1.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, 18 – 1.2. Il sistema di protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea: il ruolo della Corte Europea come modificato dal Protocollo n. 11, 21 – 1.3. L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani da parte degli Stati contraenti, 30 – 1.4. La riforma del funzionamento della Corte prevista dal Protocollo n. 14, 36.

39 Capitolo II
Tutela multilivello del sistema CEDU. Efficacia delle norme CEDU negli ordinamenti interni e sussidiarietà della tutela giurisdizionale sovranazionale

Premessa: l'efficacia delle norme e la tutela giurisdizionale sovranazionale, 39 – 2.1. L'efficacia diretta delle norme CEDU negli ordinamenti interni: l'efficacia diretta delle norme CEDU nell'ordinamento italiano, 44 – 2.2. Le norme CEDU quale parametro costituzionale interposto e l'obbligatorietà del vaglio di legittimità delle norme interne configgenti, 69 – 2.3. La "comunitarizzazione" delle norme convenzionali: il richiamo della CEDU nelle disposizioni comunitarie dopo il Trattato di Lisbona, 86 – 2.4. La tutela "verticale" della CEDU: il ricorso dinanzi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'efficacia delle sentenze nei confronti dello Stato, 110.

115 Capitolo III
La tutela del contribuente dinanzi la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'art. 6 CEDU, il giusto processo e le controversie in materia fiscale

3.1. Applicabilità dell'art. 6 CEDU alle controversie in materia fiscale: *civil rights and obligations*?, 116 – 3.2. Applicabilità dell'art. 6 CEDU alle controversie inerenti

sanzioni tributarie: il criminal head, 144 – 3.3. Il giusto processo tributario alla luce dell'art. 6 CEDU, 147.

151 Capitolo IV
La tutela del contribuente dinanzi la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'art. 1 Protocollo 1 CEDU, il diritto di proprietà e la posizione giuridica del cittadino contribuente

4.1. L'evoluzione della tutela del diritto di proprietà nel sistema CEDU, 152 – 4.2. La nozione di "bene" come contenuto autonomo della copertura convenzionale del diritto di proprietà, 166 – 4.3. Le deroghe alla tutela dei beni: privazione e limitazioni all'utilizzo dei beni nel criterio di proporzionalità, legalità ed utilità pubblica, 173 – 4.4. Applicabilità dell'art. 6 CEDU alle controversie in materia fiscale: civil rights and obligations?, 197.

Parte II
Il giusto processo tributario italiano alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

209 Capitolo I
Il giusto processo tributario. Tutela giurisdizionale del contribuente nell'ordinamento Italiano alla luce del sistema multilivello CEDU

1.1. I principi del giusto processo: garanzie formali e presidi di tutela nella dinamica processuale, 209 – 1.2. L'affermazione dei principi del giusto processo nella Carta Costituzionale: interpretazioni restrittive e tendenze espansive di tutela, 216 – 1.3. L'art. 111, comma 1, della Carta Costituzionale: l'unicità della giurisdizione nel processo regolato dalla legge quale affermazione del "giusto processo", 222.

231 Capitolo II
La tutela giurisdizionale del contribuente nell'ordinamento Italiano avverso gli atti istruttori

2.1. La tutela del contribuente avverso gli atti istruttori, 231 – 2.2. La tutela mediata del contribuente: l'inutilizzabilità degli atti istruttori, 239 – 2.3. La tutela mediata del contribuente: l'invalidità derivata dell'atto impositivo, 254 – 2.4. La tutela "immediata" del contribuente: l'autonoma impugnabilità degli atti istruttori, 261 – 2.5. L'autonoma impugnabilità degli atti istruttori quale precetto normativo di cui all'art. 6 CEDU: l'affermazione del principio di diritto della Sentenza Ravon e l'attuazione nella tutela "multilivello" CEDU, 280.

309 Capitolo III
La preclusione all'utilizzo della prova testimoniale. Pienezza del contraddittorio processuale ed attuazione del diritto di difesa alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

3.1. La testimonianza nel processo tributario: il diritto al contraddittorio processuale alla luce dell'art. 6 CEDU, 309.

347 Capitolo IV
Preclusioni probatorie in conseguenza dell'attività istruttoria dell'Amministrazione Finanziaria. Dall'interesse fiscale al diritto al silenzio

4.1. Le preclusioni probatorie in sede procedimentale e processuale: il delicato equilibrio tra il principio di collaborazione e buona fede tra Amministrazione finanziaria e contribuente, il diritto di difesa in sede processuale ed il diritto al silenzio in sede amministrativa, 347 – 4.2. La natura giuridica delle preclusioni processuali: interessi tutelati e principi intesi a delimitarne l'operatività, 348 – 4.3. Elaborazione giurisprudenziale dei limiti di efficacia delle preclusioni processuali e compatibilità con i limiti posti dalla Carta Costituzionale, 356 – 4.4. L'affermazione dei principi CEDU del diritto al silenzio e della parità delle armi in sede processuale: applicabilità dei principi del giusto processo al processo tributario e confliggenza con la previsione di preclusioni processuali assolute, 361.

367 Capitolo V
La ragionevole durata del processo tributario

379 Capitolo VI
L'indipendenza e l'imparzialità del giudice tributario. La struttura ordinamentale interna ed i connotati dello statuto del giudice europeo

Premessa: l'indipendenza e l'imparzialità come connotati dell'organo giurisdizionale "giusto", 379 – 6.1. L'evoluzione dei principi di indipendenza ed imparzialità dell'organo giurisdizionale nell'ordinamento nazionale, 380 – 6.2. La qualificazione dell'indipendenza e dell'imparzialità dello Statuto del giudice nella giurisprudenza CEDU, 387 – 6.3. L'evoluzione della Commissione Tributaria come giudice speciale nell'ordinamento interno, 399 – 6.4. L'attuazione dello statuto del giudice europeo nella declinazione dell'apparenza di indipendenza, 405 – 6.5. L'attuazione dello statuto del giudice europeo nella declinazione dell'imparzialità, 408.

415 *Bibliografia*

Introduzione

L'analisi dei rapporti tra il sistema di tutela approntato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il diritto tributario ha assunto rilievo nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ove si è manifestato un orientamento inteso ad affermare l'ampliamento della efficacia della tutela dei diritti fondamentali in ambito fiscale.

Con il presente lavoro si è intrapresa un'analisi della struttura e dei contenuti del sistema CEDU e dell'applicazione dei sistemi di tutela rivenienti dalla Convenzione in ambito tributario.

Segnatamente, l'analisi è stata diretta, dapprima, sulla genesi e sull'attuale assetto delle istituzioni e degli accordi internazionali nati nel seno del Consiglio d'Europa e, dunque, sul contenuto della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali incidente in materia fiscale nonché sulla struttura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La disamina dell'attuale vigenza dei rapporti internazionali regolati dalla Convenzione e dall'istituzione della Corte, alla cui giurisdizione sono obbligatoriamente soggette tutte le Alte Parti contraenti della Convenzione a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, nonché dell'insieme dei contenuti precettivi delle norme CEDU, per come interpretate ed attuate dalla Corte Europea, comporta la constatazione dell'intervenuta affermazione di un "sistema" di tutela CEDU.

L'affermazione della tutela offerta dal sistema CEDU è situata su di un multilivello che può distinguersi in "orizzontale" e "verticale". L'analisi delle forme di tutela "orizzontali" passano dalla valutazione della efficacia delle norme convenzionali per come assunte o recepibili all'interno dell'ordinamento nazionale: tale problematica è, ad oggi, ampliata dalla incidenza, nel rapporto tra norme convenzionali e norme interne, della riforma del titolo V della Carta Costituzionale che ha permesso l'affermazione della qualificazione del problema in termini di assunzione, da parte delle norme convenzionali, della natura di parametro costituzionale quali norme interposte all'art. 117 Cost.; ulteriormente, la problematica dell'efficacia delle norme convenzionali all'interno dell'ordinamento è ampliata dalla novellazione del Trattato istitutivo dell'Unione Europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, assumendo il richiamo alla CEDU direttamente nel trattato istitutivo dell'Unione Europea, ha determinato l'emersione del problema della cd. "comunitarizzazione" delle norme convenzionali. Dinanzi

alla menzionata pluralità di forme di tutela assunte all'interno dell'ordinamento nazionale si collega, nelle forme proprie di un rimedio sussidiario, la tutela "verticale" offerta dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, dinanzi alla quale è ammesso l'accesso alla tutela giurisdizionale da parte dei singoli cittadini degli Stati aderenti alla Convenzione.

Le forme di tutela offerte dal sistema CEDU si manifestano maggiormente vicine al cittadino/contribuente in conseguenza della graduale apertura della Corte Europea ad un interpretazione intesa ad affermare l'efficacia precettiva delle norme convenzionali anche in materia fiscale.

La principale affermazione di tale percorso di avvicinamento del sistema CEDU alla problematica fiscale riguarda l'attuazione dei principi del giusto processo, enunciati in sede convenzionale, al processo tributario, guadagnando progressivamente ambiti di estensiva applicazione. Da ciò consegue l'intervenuta importanza per il contribuente di avvalersi di forme di tutela giurisdizionale che, nelle modalità di attuazione della tutela "orizzontale" dei principi convenzionali, permettano l'affermazione dei principi del giusto processo, elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dinanzi al giudice nazionale. L'analisi delle forme di tutela apprestate dall'ordinamento, nell'adeguamento al sistema CEDU, permette una disamina dei singoli istituti del processo tributario nel prisma del giusto processo enunciato dalla Carta Costituzionale e, progressivamente, nel prisma dei principi CEDU, rilevandosi, in tal modo, un progressivo ampliamento dei principi di tutela del contribuente e di affermazione dei principi del giusto processo nonché un contestuale ampliamento e rafforzamento delle forme di tutela dinanzi ad istituti in parte confliggenti con i principi di natura convenzionale.

Parte I

LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO ED I PRINCIPI RILEVANTI NELL'ORDINAMENTO TRIBUTARIO

Capitolo I

Origini e sviluppo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

SOMMARIO: 1.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, 18 – 1.2. Il sistema di protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea: il ruolo della Corte Europea come modificato dal Protocollo n. 11, 21 – 1.3. L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani da parte degli Stati contraenti, 30 – 1.4. La riforma del funzionamento della Corte prevista dal Protocollo n. 14, 36.

Premessa: origini e natura del Consiglio d'Europa

L'era della tutela dei diritti umani e della condivisione e giustiziabilità comune dei principi di tutela della persona e delle formazioni sociali nasce dalle ceneri delle tensioni belliche che hanno segnato il continente europeo nel diciannovesimo secolo. La barbarie del secondo conflitto mondiale rese, con evidenza, presente alle coscienze ed al mondo politico la necessità di sottrarre alla sovranità delle singole formazioni statali la tutela dei diritti fondamentali e l'ulteriore necessaria tutela di affidare ad organizzazioni sovranazionali il controllo ed il potere giudiziario in ordine alle materie che comportassero una implicazione in tema di garanzia e lesione dei principi assunti come fondamentali. Si può rinvenire, storicamente, quale primo passo[1] nella suindicata

1. Cfr. sul tema J.A. Carrillo Salcedo, *Algunas reflexiones sobre la subjetividad internacional del individuo y el proceso de humanizacion del derecho internacional*, in R. Zerbini Riberio Leao, A.A. Cancado Trinidade, A. Drzemczewski, *Liber Amicorum Cancado Trinidade*, Porto Alegre 2005, p. 279 ss. In sintesi, la ratio della enunciazione delle carte dei diritti e dell'afflato alla creazione di istituzioni sovranazionali tese a ricondurre i popoli ad un comune processo di condivisione di valori comuni è enunciata con chiarezza dal Prologo della Carta delle Nazioni Unite, adottata il 26 giugno 1945: « Noi popoli delle Nazioni Unite, decisi a salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità, a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole, a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti, a promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà, e per tali fini a praticare la tolleranza ed a vivere in pace l'uno con l'altro in rapporti di buon vicinato, ad unire le nostre forze per mantenere la pace e la sicurezza internazionale, ad assicurare, mediante l'accettazione di

direzione l'enunciazione della tutela dei diritti fondamentali tra gli scopi delle Nazioni Unite[2]. La tutela dei diritti umani trova ampio accoglimento all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale con i successivi atti istitutivi delle organizzazioni internazionali che hanno segnato il cammino istituzionale e politico del continente europeo ovvero il Consiglio d'Europa e le Comunità Europee.

Il Consiglio d'Europa ha rappresentato la realizzazione in forma sovranazionale delle istanze europeiste germogliate nei primi del novecento[3]. Il percorso di costituzione del Consiglio d'Europa può essere individuato in una serie di tappe[4]. Dapprima, i movimenti che propugnavano la realizzazione di una unione europea convocarono una conferenza di carattere non governativo all'Aja dal 7 al 12 maggio del 1948. Ulteriormente, in seno all'Unione Europea Occidentale[5], il governo francese propose di delegare alla Commissione permanente la valutazione della possibilità di istituire un assemblea europea; in seguito il Consiglio consultivo dell'Unione Europea Occidentale istituì un Comitato di studio i cui lavori portarono alla valutazione dell'organizzazione chiamata Consiglio d'Europa.

Venne convocata, pertanto, una conferenza internazionale per l'elaborazione del trattato istitutivo del Consiglio d'Europa a Londra il 28 marzo 1949, la quale si concluse con la firma dello Statuto del Consiglio d'Europa il 5 maggio 1949[6]. Lo Statuto del Consiglio d'Europa è entrato in vigore il 03 agosto 1949 a

principi e l'istituzione di sistemi, che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nell'interesse comune, ad impiegare strumenti internazionali per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli, abbiamo risoluto di unire i nostri sforzi per il raggiungimento di tali fini ».

2. Dispone l'art. 1, par. 3 della Carta delle Nazioni Unite: « I fini delle Nazioni Unite sono: Conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale, culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione ».

3. Sul tema U. Leone, *Le origini diplomatiche del Consiglio d'Europa*, Milano 1965. L'impegno europeista può essere rinvenuto in atti istituzionali sin dal termine del primo conflitto mondiale. In tal senso di concreta importanza le attività del conte Coudenhove–Calergi che nel 1923 creò il movimento Paneuropa, preconizzando la creazione di una federazione europea. Ulteriormente, nel 1929 Aristide Briant presentò alla Società delle Nazioni un memorandum sulla unione federale Europea. Allo stesso tempo, le istanze di matrice europeista non provenivano unicamente dalla società civile, sostenute quindi dalla ricerca di una base comune di sentimenti civili, ma anche dalla politica e, segnatamente, dalla volontà degli Stati Uniti d'America di creare un sistema unitario e coeso in Europa idoneo a contrastare il blocco sovietico. Le istanze di natura politica alla creazione di una struttura istituzionale europea sono ben sintetizzate nell'intervento di W. Churchill al Politecnico di Zurigo ove affermò: « We must build a kind of United States of Europe ».

4. Cfr. V. Grementieri, (voce) *Consiglio d'Europa*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino 1989, III, p. 416 ss.

5. L'Unione Europea Occidentale (UEO) era un'organizzazione internazionale regionale di sicurezza militare e cooperazione politica ed è nata con il trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948, modificato il 23 ottobre 1954.

6. Lo statuto del Consiglio d'Europa è stato sottoscritto, in data 5 maggio 1949, dai Governi del Regno del Belgio, del Regno di Danimarca, della Repubblica Francese, della Repubblica Irlandese,

seguito della ratifica da parte di sette dei dieci Stati originariamente aderenti: l'Italia ha proceduto alla ratifica dello Statuto del Consiglio d'Europa con l. 23 luglio 1949, n. 433, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 168 del 25 luglio 1949. Dalla sottoscrizione originaria di dieci stati la forza propulsiva del Consiglio d'Europa ha segnato la successiva ratifica sino agli attuali 47 Stati[7] aderenti.

Le finalità del Consiglio d'Europa[8] sono « d'attuare un'unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale »[9]. Espressamente esclusa dal novero delle attività perseguite dal Consiglio d'Europa è la gestione di questioni inerenti la difesa nazionale e, dunque, la difesa comune degli Stati aderenti[10]: la ratio di tale esclusione è da rinvenire nella contestuale sottoscrizione del Patto Atlantico, istitutivo dell'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord (North Atlantic Treaty Organization, in sigla NATO) diretta alla tutela e cooperazione degli Stati aderenti in tema di difesa nazionale e cooperazione militare[11].

della Repubblica Italiana, del Gran Ducato di Lussemburgo, del Regno dei Paesi Bassi, del Regno di Norvegia, del Regno di Svezia e del Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord. Successivamente è stato emendato nel dicembre 1951, maggio 1958, novembre 1961, maggio 1963, maggio 1965, febbraio 1971, dicembre 1974, ottobre 1976, gennaio 1978, novembre 1978, novembre 1988, maggio 1989, novembre 1990, novembre 1991, maggio 1992, maggio 1993, giugno 1993, ottobre 1993, novembre 1994, febbraio 1995, novembre 1995, febbraio 1996, novembre 1996, aprile 1999, gennaio 2001, maggio 2002, aprile 2003, ottobre 2004, giugno 2006 e maggio 2007. Il testo del Trattato di Londra è pubblicato su: http://conventions.coe.int/treaty/ita/Treaties/Html/001.htm.

7. Ad oggi gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa sono: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaigian, Belgio, Bosnia–Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia,"Ex Repubblica jugoslava di Macedonia", Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Monaco, Montenegro, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Repubblica di Moldova, Romania, Russia, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Ungheria.

8. Cfr. sul tema, *ex pluribus*, G. Volpe, *Il Consiglio d'Europa*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1952, pp. 168–226; M. Udina, *Ordinamento del Consiglio d'Europa*, Padova 1954; L. Pettiti, *Le role acque du Conseil de l'europe*, in *Revue des sciences morales*, 1983, pp. 109–136.

9. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 1, par. a), Traduzione ufficiale della Cancelleria federale della Svizzera, in su: conventions.coe.int.

10. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 1, par. d): Le questioni attenenti alla Difesa Nazionale sono escluse dalla competenza del Consiglio d'Europa.

11. Il trattato istitutivo della NATO, il Patto Atlantico, fu firmato a Washington, DC il 4 aprile 1949 ed entrò in vigore il 24 agosto dello stesso anno. Il concetto informatore di questa Alleanza era quello della difesa collettiva, riportato nell'art. 5, che recita: « Le parti concordano che un attacco armato contro una o più di esse, in Europa o in America settentrionale, deve essere considerato come un attacco contro tutte e di conseguenza concordano che, se tale attacco armato avviene, ognuna di esse, in esercizio del diritto di autodifesa individuale o collettiva, riconosciuto dall'articolo 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti attaccate prendendo immediatamente, individualmente o in concerto con le altre parti, tutte le azioni che ritiene necessarie, incluso l'uso della forza armata, per ripristinare e mantenere la sicurezza dell'area Nord Atlantica ». Le trattative si svolsero tra i firmatari del trattato di Bruxelles (Regno Unito, Francia e Benelux), Stati Uniti, Canada, Norvegia, Danimarca, Islanda, Portogallo ed Italia, coincidendo ben otto Stati firmatari del Patto Atlantico con i firmatari dello Statuto del Consiglio d'Europa.

Lo statuto del Consiglio d'Europa abbraccia un ampio spettro di attività, finalizzate ad una cooperazione degli Stati aderenti nella realizzazione degli scopi nelle materie di cui lo Statuto si prefigge la tutela:

> Scopo essenziale del Consiglio d'Europa è di realizzare una più stretta unione tra i suoi 47 Stati membri, al fine di salvaguardare le libertà individuali, la libertà politica e la preminenza del diritto, principi che costituiscono i fondamenti di ogni vera democrazia e che interessano la vita di ogni cittadino europeo sotto ogni aspetto ».[12]

Segnatamente, dunque, la finalità principe del Consiglio d'Europa può essere individuata nel compito di affermare i principi dello "stato di diritto"[13], verificando che la tutela dei diritti primari sia garantita in tutti i paesi aderenti. Le attività d'azione possono sintetizzarsi in quattro punti[14]:

a) tutela dei diritti dell'uomo e protezione dei principi della democrazia pluralista;
b) valorizzazione dell'identità culturale europea attraverso la lotta contro ogni forma di intolleranza;
c) individuazione di soluzioni per i problemi sociali;
d) definizione di interventi a tutela dei diritti umani in collaborazione con i paesi aderenti, l'Unione Europea e le altre organizzazioni internazionali.

Il metodo di attività del Consiglio d'Europa è la cooperazione internazionale[15] che si attua nella elaborazione di convenzioni ed accordi di cui si rendono firmatari gli Stati membri, al fine di armonizzare le legislazioni nazionali negli ambiti e nelle materie oggetto di tutela in relazione agli scopi dello Statuto del Consiglio d'Europa.

12. T. Davis, *Il Consiglio d'Europa, 800 milioni di Europei*, Strasburgo 2007. L'attuazione dello scopo di armonizzazione delle Legislazioni nazionali e della cooperazione degli Stati membri nella tutela e nella promozione del patrimonio culturale e giuridico comune è determinata nelle materie riconosciute come preminenti nell'*idem sentire* dello Statuto ed enunciate dallo Statuto del Consiglio d'Europa all'art. 3: « Ogni Membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del Diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento dello scopo definito nel capo I ».

13. Cfr. G. Lucatello, *Il Consiglio d'Europa*, in *Quaderni del centro di documentazione e studi sulle Comunità Europee*, 1960, p. 1; H. Golsong, *Le Conseil de l'Europe et la souveraineté nationale*, in *Cahiers de droit européen*, 1965, p. 140.

14. Cfr. A. Sirotti Gaudenzi, *I ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Sant'Arcangelo di Romagna 2012, p. 26.

15. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 1, par. b): « Questo scopo sarà perseguito dagli organi del Consiglio mediante l'esame delle questioni d'interesse comune, la conclusione di accordi e lo stabilimento di un'opera comune nel campo economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo e mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ».

Il Consiglio d'Europa realizza una organizzazione internazionale finalizzata a concretizzare un accordo tra Stati aderenti che, pur tuttavia, mantengono la loro identità e sovranità[16].

La partecipazione al Consiglio è attribuita ai membri costituenti nonché agli Stati che vi abbiano successivamente aderito. Le modalità di adesione sono disciplinate dallo Statuto in una forma peculiare di cooptazione[17] che non fonda l'iniziativa sulla richiesta del singolo Stato, come ordinariamente previsto per le organizzazioni internazionali, ma attribuisce l'iniziativa al Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa che ha la facoltà di invitare lo Stato aderente. La qualità di membro può venir meno per recesso o per espulsione[18].

Il Consiglio d'Europa è costituito da due organi: il Comitato dei Ministri[19] e l'Assemblea.

Il Comitato dei Ministri[20] esamina, su raccomandazione dell'Assemblea Consultiva o di propria iniziativa, le misure idonee ad attuare lo scopo del Consiglio d'Europa, compresa la conclusione di convenzioni e accordi e lo stabilimento di una politica comune da parte dei Governi circa questioni determinate[21]. L'Assemblea Consultiva delibera ed effettua raccomandazio-

16. Il perseguimento degli scopi del Consiglio d'Europa con i metodi della cooperazione internazionale è stato individuato come un elemento di debolezza dell'organizzazione che non realizza una unione federale e sovranazionale degli Stati. Sul punto cfr. V. Grementieri, (voce) *Consiglio d'Europa*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino 1989, III, p. 416 ss.

17. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 4: « Ogni Stato europeo, che sia considerato capace e volonteroso di conformarsi alle disposizioni dell'articolo 3, può essere invitato dal Comitato dei Ministri a divenire Membro del Consiglio d'Europa. Ogni Stato, in tal modo invitato, acquista la qualità di Membro, tosto che in suo nome sia stato depositato presso il Segretario Generale uno strumento d'adesione al presente Statuto ».

18. L'unico caso in cui un membro è stato interessato dalla procedura di espulsione ha riguardato la Grecia nel periodo della rivoluzione dei "colonnelli". Il 12 dicembre 1969 la Grecia, difatti, notificò la decisione di recedere dal Consiglio di Europa. Contestualmente il Consiglio dei Ministri deliberò l'espulsione della Grecia per la violazione delle disposizioni di cui all'art. 3 dello Statuto, le quali erano state accertate in conseguenza dei plurimi ricorsi presentati nei confronti della Grecia da parte degli Stati Scandinavi che avevano accertato le violazioni dei diritti dell'uomo idonee a sostenere la decisione di espulsione.

19. Cfr. F. Jacobs, R. White, *The European Convention of Human Rights*, Oxford 2008, p. 494: « According to Article 14 of the Statute of the Council of Europe, each of the member states is entitled to one representative on the Committee, and each representative is entitles to one vote. In principle these representatives are the Ministers of Foreign Affairs of each member State, but the Minister themselves usually meet only twice a year. At the bimonthly meetings which the Committee devotes to its tasks under the Convention, the ministers act through their deputies, namely their Permanent Representatives in Strasbourg. The Committee is assisted by Secretariat provided by the Secretary–General of the Council of Europe ».

20. Cfr. sul tema A. Cassese, *L'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in « Rivista di diritto internazionale », 1962, p. 398; K. Schluter, *The Council of Europe, the standard Setter*, in M. Brosig, *Human Rights in Europe: a fragmented Regime?*, Frankfurt am Main 2006, pp. 30–56.

21. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 15.

ni su ogni questione conforme allo scopo e di competenza del Consiglio d'Europa, quali sono definite dallo Statuto nonché delibera ed effettua raccomandazioni su ogni questione che le è sottoposta per parere dal Comitato dei Ministri[22]. Conseguentemente a tale riparto di poteri, l'Assemblea rappresenta un organo di indirizzo, teso a discutere e deliberare i temi da sottoporre al Comitato dei Ministri che rappresenta l'organo esecutivo del Consiglio d'Europa ovvero l'organo deputato ad attuare le attività proprie del Consiglio per il raggiungimento dei propri scopi.

Lo strumento di azione principalmente utilizzato dal Consiglio d'Europa è la conclusione di accordi o convenzioni in diretta attuazione dell'art. 1, par. b) dello Statuto del Consiglio d'Europa.

Il risultato di maggior rilievo dell'attività del Consiglio d'Europa nonché la convenzione più importante, in ordine al sistema di controllo ed attuazione di tutela giurisdizionale che ha generato, è la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 04 dicembre del 1950.

1.1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

L'attività più incidente sugli ordinamenti giuridici degli Stati europei nonché sul sistema del diritto internazionale è rappresentata dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU)[23] adottata il 04 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953[24].

La CEDU rappresenta l'attuazione, da parte degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, degli scopi dello Statuto del medesimo Consiglio diretta alla tutela ed alla salvaguardia dei diritti e libertà fondamentali attraverso l'attua-

22. Statuto del Consiglio d'Europa, art. 23.

23. Nella vasta bibliografia in argomento si segnalano: S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001; L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (*sous la direction de*), *La Convention Europeenne des droits de l'homme*, Parigi 1995; P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn, L. Zwaak, *Theory and practice of the European convention of human rights*, Antwerpwn–Oxford 2006; M. De Salvia, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli 2000; M. Janis, *European Human Rights Law: Text and materials*, Oxford 2008; G. Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli 2008; A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human rights*, Oxford 2007; M. Pedrazzi, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il suo sistema di controllo*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano 2006; A. Viterbo, *Origini e sviluppo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova 2010.

24. L'Italia ha ratificato la CEDU con l. 4 agosto 1955, n. 848, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 221 del 24 settembre 1955.

zione di uno strumento pattizio di diritto internazionale. La Convenzione, pur tuttavia, perviene alla istituzione di un sistema di tutela ulteriore rispetto agli ordinari strumenti del diritto internazionale pattizio[25]. Non perviene, difatti, alla elaborazione di un "sistema morale senza sanzione"[26] ma, al contrario, elabora un "sistema giurisdizionale" di tutela dei diritti protetti dalla Convenzione. Il sistema CEDU rappresenta, pertanto, un ordine sovranazionale finalizzato a garantire coattivamente ai singoli Stati membri la tutela dei diritti Convenzionali[27] in modo da realizzare un « ordine pubblico delle libere democrazie d'Europa »[28].

La struttura del "sistema CEDU" si fonda sulla enunciazione e sul riconoscimento da parte degli Stati dei diritti sanciti dalla Convezione[29] nonché sulla contestuale subordinazione dei singoli Stati aderenti al medesimo sistema concretizzantesi nel riconoscimento di meccanismi di protezione giurisdizionale[30] che permettono ad ogni individuo soggetto alla giurisdizione di uno Stato, qualora lamenti una violazione da parte del medesi-

25. La Commissione europea dei diritti dell'uomo nel descrivere il sistema di protezione dei diritti dell'uomo ha affermato che « nel concludere la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi diritti ed obblighi reciproci utili al perseguimento dei loro interessi nazionali rispettivi, bensì realizzare gli obbiettivi ed ideali del Consiglio d'Europa, quali li enuncia lo Statuto, ed instaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di preminenza del diritto » (decisione 788/60, Austria c. Italia in Annuario CEDU, vol. IV, p. 117).

26. Tale espressione plastica è frutto dei lavori preparatori della Convenzione. Si veda, in tal senso, M. De Salvia, *La Commissione e la Corte Europea dei diritti dell'uomo: meccanismi e giurisprudenza*, in V. Grementieri (a cura di), *L'Italia e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano 1989, p. 27: « La Convenzione non è e non vuole essere una morale senza sanzione. È questa una espressione che è stata utilizzata nel 1949 per indicare lo spirito con cui i padri fondatori della Convenzione hanno intrapreso i lavori che dovevano condurre alla redazione della Convenzione e per precisare quali sono le differenze rispetto alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. E cioè che la Convenzione non è una semplice dichiarazione sprovvista di mezzi concreti per la realizzazione di ciò che viene proclamato. È attraverso una struttura essenzialmente giudiziaria che vengono garantiti i diritti riconosciuti dalla Convenzione europea a chiunque è soggetto alla giurisdizione dello stato contraente ».

27. In tal senso F. Matscher, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per opera dei suoi organi*, in V. Grementieri (a cura di), *L'Italia e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano 1989, p. 39: « A differenza di altri strumenti per la protezione internazionale dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea non si è limitata a predisporre un nuovo catalogo di diritti fondamentali che gli Stati membri si obbligano a garantire ma ha anche instaurato un sistema di procedura, con organi incaricati, come dice l'art. 10, di assicurare il rispetto degli impegni risultanti dalla Convenzione ».

28. Cfr. A. Sirotti Gaudenzi, *I ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Sant'Arcangelo di Romagna 2012, p. 33.

29. Dispone l'art. 1 della CEDU: « Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione ».

30. Dispone l'art. 19 della CEDU: « Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata "la Corte". Essa funziona in modo permanente ».

mo Stato ed abbia esaurito le vie di ricorso interno[31], di rivolgersi ad un organo sovranazionale con poteri giurisdizionali, ottenendo, in tal modo, un provvedimento giurisdizionale azionabile nei confronti dello Stato convenuto[32].

Originariamente il novero dei diritti tutelati dalla CEDU riguardava i diritti di cd. "prima generazione" ovvero i diritti civili e politici[33].

L'ambito di tutela è stato ampliato attraverso l'adozione di Protocolli che, seguendo il metodo pattizio, sono stati ratificati dagli Stati aderenti ampliando e rinnovando il testo ed il contenuto di tutela della CEDU: il testo della Convenzione è stato, dapprima, modificato conformemente alle disposizioni del Protocollo n. 3, entrato in vigore il 21 settembre 1970, successivamente in conformità alle disposizioni del Protocollo n. 5, entrato in vigore il 20 dicembre 1971 e del Protocollo n. 8, entrato in vigore il 01 gennaio 1990. Esso comprendeva inoltre il testo del Protocollo n. 2 che, conformemente al suo articolo 5, paragrafo 3, era divenuto parte integrante della Convenzione dal 21 settembre 1970, data della sua entrata in vigore. Tutte le disposizioni che erano state modificate o aggiunte dai suddetti Protocolli sono sostituite dal Protocollo n. 11 a partire dalla data della sua entrata in vigore, il 01 novembre 1998. Inoltre, a partire da questa stessa data, il Protocollo n. 9, entrato in vigore il 01 ottobre 1994, è abrogato.

I diritti enunciati dalla CEDU sono indivisibili ed interdipendenti[34], oltreché non comprimibili salvo deroghe[35].

31. Dispone l'art. 35 della CEDU: « La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se: a è anonimo; oppure b è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso inoltrato in base all.articolo 34 quando essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento ».

32. Dispone l'art. 46 della CEDU: « Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione ».

33. I diritti originariamente tutelati dalla CEDU sono: art. 2 – Diritto alla vita; art. 3 – Diritto a non essere sottoposti a tortura ed a trattamenti inumani e degradanti; art. 4 – Diritto a non essere ridotti in schiavitù e costretti al lavoro forzato; art. 5 – Diritti alla libertà e sicurezza personale; art. 6 – diritto all'equo processo; art. 7 – Principio di legalità e diritto alla irretroattività dei delitti e delle pene; art. 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare; art. 9 – Diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione; art. 10 – Diritto alla libertà di espressione; art. 11 – Diritto alla libertà di riunione; art. 13 – Diritto ad un ricorso effettivo.

34. Cfr. A. Viterbo, *Origini e sviluppo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova 2010, p. 78.

35. Dispone l'art. 15 della CEDU: « In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli