

Prefazione

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'evoluzione della sua giurisprudenza

L'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo si è rivelato, sin dalla sua istituzione nel 1959 e con il passare degli anni, sempre più influente sugli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa. La Corte di Strasburgo, che anima e orienta l'applicazione della Convenzione, ormai da più di cinquanta anni garantisce, con la sua giurisprudenza, l'essenza dei diritti fondamentali della persona (attualmente) in quarantasette Stati.

Per quel che concerne il nostro Paese, decisioni come *Lautsi v. Italia* (Seconda Sezione, 3 novembre 2009) – con la quale (prima del *revirement* operato dalla *Grande Chambre* a distanza di pochi anni) era stata ritenuta illegittima l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane – o ancora *Oliari e Altri v. Italia* (Quarta Sezione, 21 luglio 2015) – con la quale l'Italia veniva condannata per non aver (ancora) adottato adeguate norme ai fini di tutelare la vita familiare delle coppie dello stesso sesso – hanno avuto, per loro stessa natura, un grande impatto sulla vita quotidiana dell'individuo e, conseguentemente, sull'opinione pubblica nazionale ed internazionale.

A conferma della misura in cui l'operato della Corte di Strasburgo ha influenzato l'ordinamento nazionale va la struttura stessa di questo libro, che deliberatamente ricalda l'impostazione della Convenzione e indirettamente anche della Costituzione repubblicana, riportando le *concurring* e le *dissenting opinions* dell'Autore secondo un criterio di marcata socialità progressiva, partendo cioè dal più individuale dei diritti, il diritto alla vita, ed espandendo mano a mano l'ambito dell'analisi passando per la libertà personale, per la libertà di espressione, fino a giungere ai diritti esercitati collettivamente, quale il diritto di associazione. Si può quindi ben dire che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia agito trasversalmente sullo spettro dei diritti fondamentali, lasciando segni profondi su ogni aspetto della vita dell'individuo e addirittura delle formazioni sociali.

La Corte di Strasburgo è tuttavia spesso avvertita dal cittadino (ma anche dal politico, se non addirittura dal giurista) come un organo lontano e in un certo qual modo misterioso, le cui ingerenze nel diritto interno sono mal sopportate. Eppure questo organo, assumendo spesso le vesti del "censore", oltre a dichiarare la violazione di un diritto umano (alla luce della Convenzione), ha spesso offerto un utile paravento al legislatore nazionale per la modernizzazione della società e dell'ordinamento costituzionale stesso (o, quanto meno, della sua interpretazione), fornendo la spinta necessaria per l'attuazione di riforme altrimenti impopolari o altamente divisive che verosimilmente avrebbero

richiesto anni per vedere la luce (l'ormai celebre "ce lo chiede l'Europa", ad oggi usato indistintamente per gli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione e per le sentenze della Corte di Strasburgo). L'influenza che la Corte ha avuto sull'ordinamento costituzionale italiano è tangibile e immediata: basti pensare, per fare qualche esempio recente, alla legge Cirinnà o alla legge Pinto, leggi che hanno in parte scompaginato gli assetti dell'ordinamento interno e che sono state il diretto prodotto della lunga e caparbia erosione messa in atto dai giudici di Strasburgo a danno delle resistenze opposte dall'ordinamento nazionale.

L'accelerazione impressa dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007 (n. 348 e 349) ha peraltro contribuito a consolidare il ruolo assolutamente preminente assunto dalla Corte di Strasburgo negli ultimi anni, tanto che, nonostante alcuni successivi tentativi di frenata, la sua influenza è più che mai presente al legislatore da un lato, e ai giudici dall'altro. Una presenza che negli ultimi anni ha permesso ai giudici nazionali di sollevare questioni di costituzionalità anche estremamente innovative (per non dire, in alcuni casi, rivoluzionarie) sfruttando la porta aperta dalla Corte di Strasburgo ai fini di dare una nuova forma e una nuova modernità all'ordinamento italiano. Basti pensare, ad esempio, alla nota questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Torino nel 2011 (poi dichiarata infondata dalla Consulta con la sentenza n. 230 del 2012), con cui si denunciava la violazione mediata dell'articolo 117, comma 1, Costituzione (e quindi la violazione degli articoli 5, 6 e soprattutto 7 della Convenzione) da parte dell'articolo 673 del Codice di procedura penale, nella parte in cui esso consente la revoca della sentenza di condanna penale in seguito ad abrogazione o declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, e non invece in seguito ad un *revirement* giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in merito all'interpretazione della norma stessa. È del tutto evidente come una teoria siffatta (seppur respinta dalla Consulta), che avrebbe in sostanza equiparato nel nostro ordinamento la sentenza alla legge, sia stata resa possibile esclusivamente dall'adesione italiana alla Convenzione europea, e sarebbe stata del tutto impensabile soltanto fino a pochi anni fa.

Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo è pertanto un ruolo di innegabile importanza, che tuttavia necessariamente la espone al malcontento di parte dei cittadini degli Stati su cui gli effetti delle sue decisioni ricadono. Si consideri infatti che le corti nazionali sono, in linea generale, corti che applicano il diritto positivo espressione delle maggioranze: esse giudicano sulla base di leggi concernenti diritti approvate da maggioranze parlamentari e interpretate alla luce dell'*idem* sentire di una precisa comunità – tendenzialmente omogenea – di riferimento. La Corte di Strasburgo, al contrario, è evidentemente e sempre più corte dei diritti delle minoranze, alla quale i cittadini appartenenti a queste ultime possono rivolgersi per fare valere un'interpretazione di quegli stessi principi fondamentali e diritti diversa da quella a loro imposta dalla maggioranza nel rispettivo ordinamento costituzionale di appartenenza.

Il tema appena accennato si intreccia strettamente con un'altra annosa questione: la Corte di Strasburgo crea nuovi diritti, che vengono trapiantati in modo in qualche misura "spurio" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri? La risposta, come questo libro appare confermare, sembra dover essere negativa: basta una ricognizione dell'indice dell'opera per rendersi conto che ad essere innovativo non è tanto il *nomen*

del singolo diritto, quasi sempre già riconosciuto, se non espressamente dalle Costituzioni nazionali, quantomeno dalla giurisprudenza delle corti costituzionali, bensì il contenuto dello stesso. In altri termini, la Corte europea dei diritti dell'uomo non crea nuovi diritti ma mostra agli Stati quale sia la corretta interpretazione dei diritti che essi già riconoscono ai propri cittadini. Questa corretta interpretazione è, come si è detto, spesso elaborata su impulso dell'appartenente ad una data minoranza, che si è visto negato un diritto che gli andava invece riconosciuto nell'ordinamento di provenienza proprio in virtù di un'erronea attività interpretativa dei giudici nazionali.

2. Le dinamiche interne nella formazione delle decisioni della Corte di Strasburgo

Alla luce di queste brevissime considerazioni preliminari è dunque facilmente intuibile il merito di un libro come questo, un libro che si avventura, per la prima volta in Italia, nei meandri delle dinamiche interne alla formazione delle sentenze della Corte e finanche del convincimento del singolo giudice.

Riferendosi alla trasparenza del procedimento legislativo, Bismarck diceva che “meno le persone sanno di come vengono fatte le salsicce e le leggi e meglio dormono la notte”. Per quanto riguarda le corti in generale e la Corte di Strasburgo in particolare, invece, è forse vero l'esatto contrario, e dunque più si sa di come i giudici ragionano nel raggiungere le proprie decisioni, più queste ultime risulteranno comprensibili (o, si conceda il termine, accettabili) per il cittadino dell'ordinamento nazionale interessato, ora sottoposto ad una nuova ed eteronoma interpretazione di un proprio diritto costituzionalmente garantito. La scelta dell'Autore di raccogliere e divulgare le proprie opinioni, con le quali per l'appunto si esplicita il ragionamento giuridico che lo ha portato di volta in volta a sostenere o a criticare (a volte anche duramente) l'opinione della maggioranza della Corte può essere quindi letta come un importante passo in questo senso.

La scelta metodologica dell'opera si concentra dunque sull'analisi delle *dissenting* e *concurring opinions* del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, ed appare particolarmente adatta allo scopo, consentendo di aprire uno squarcio sulle dinamiche del dibattito interno che anima la Corte, e risultando innovativa sotto una pluralità di profili.

In primo luogo è opportuno rilevare come questo libro abbia ad oggetto principale uno strumento – le *opinions*, per l'appunto – storicamente estraneo alla tradizione giuridica italiana. Le opinioni dei giudici sono da decenni al centro di un serrato dibattito dottrinale: se da un lato esse presentano indubbi vantaggi, in termini ad esempio di trasparenza e di approfondimento della motivazione delle singole decisioni, è allo stesso modo indubbio come esse presentino altrettanti punti deboli dal punto di vista della frammentazione dei collegi giudicanti e della potenziale delegittimazione di decisioni contestate o adottate con maggioranze ridotte. Si tratta di un dibattito che non è ovviamente possibile affrontare in questa sede, nella quale basti quindi ricordare che l'ordinamento italiano non è stato, negli anni, del tutto immune al fascino dell'istituto dell'opinione dissenziente, della cui adozione si è discusso sia in sede di commissione bicamerale (di cui alla legge costituzionale n. 1 del 1997) sia in seno alla stessa Corte co-

stituzionale (una prima volta nel 1993 ed una seconda volta nel 2002), con esito tuttavia sempre negativo.

In secondo luogo, l'approccio metodologico risulta di particolare interesse se si considera che esso consente di fare luce proprio sul sopraccitato dialogo tra culture, giuridiche e non solo, che quotidianamente ha luogo all'interno della Corte: giudici, che sono espressione di tradizioni e scuole che presentano certamente delle somiglianze (ci si riferisce ai cosiddetti principi comuni della tradizione giuridica europea) ma che presentano altresì divergenze a volte anche molto marcate (basti pensare alla presenza di giudici provenienti da ordinamenti di *common law*, ed al relativo dibattito sulla natura del precedente, sottolineato dal Curatore dell'opera), devono fatalmente addivenire ad una posizione comune (o meglio, ad una posizione comune che possa raccogliere la maggioranza dei voti necessaria). Una posizione che è evidentemente il frutto di un dialogo e di uno scambio giuridico interculturale, presuppone un accordo su di un "minimo comune denominatore", sul contenuto oggettivo e sul nucleo incompressibile di un dato diritto.

Proprio in quest'ottica l'adozione dell'istituto delle opinioni dissenzienti (o concorrenti), escluso a livello nazionale, appare invece particolarmente felice se riferito alla Corte di Strasburgo: le *opinions* divengono quindi da un lato valvola di sfogo del sistema, tramite le quali le culture soccombenti nel confronto dialettico possono fare sentire la propria voce e riaffermare la propria identità, e dall'altro elemento di trasparenza, tramite il quale il cittadino può comprendere il percorso che ha portato ad una decisione a volte in contrasto con gli orientamenti storici del suo ordinamento di origine.

I giudici di Strasburgo dovranno pertanto decidere della natura più intima dei diritti, sfrondandoli di tutto ciò che non è necessario, tutto ciò che può essere (o può essere stato) soggetto a trasformazioni o a diverse interpretazioni secondo le diverse tradizioni giuridiche, per addivenire infine ad un contenuto minimo che, per quanto possibile, non sia soggetto ad interpretazioni divergenti. Le *concurring* e *dissenting opinions* aprono una finestra proprio su questo dialogo, consentendo al lettore di affacciarsi e comprendere il ragionamento che gli interpreti pongono alla base dell'individuazione del nucleo incompressibile di un dato diritto.

In terzo luogo, la metodologia imposta all'opera dal Curatore è interessante perché fornisce una sorta di cartina tornasole, una fotografia dello stato dell'arte, del *consensus* dei cittadini d'Europa (o quantomeno dei loro rispettivi ordinamenti costituzionali) sulle diverse tematiche affrontate. In particolare, le *concurring* e *dissenting opinions* dell'Autore, specie se lette in chiave sinottica con la ricostruzione del caso di specie che precede ciascuna delle stesse (riportando peraltro l'esito della votazione in seno al collegio), offrono spesso un'approfondita ed attenta analisi delle posizioni dei singoli ordinamenti nazionali sulle materie oggetto di discussione, consentendo al lettore di comprendere quali siano le divisioni e quali siano invece i punti di contatto nel processo di formazione ed identificazione del sospirato nucleo di principi costituzionali comuni della tradizione europea.

Del resto il dialogo, anche se tale termine non riveste un contenuto strettamente giuridico ma essenzialmente descrittivo di un confronto, è elemento imprescindibile della giustizia costituzionale nello Stato contemporaneo, pluralista e ormai sempre più multiculturale, dialogo che è in fondo frutto della natura intimamente compromissoria delle

Costituzioni democratiche. Ciò appare vero a maggior ragione con riferimento a convenzioni quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sono frutto del compromesso non già tra le componenti sociali di un dato ordinamento, bensì tra diversi Stati e diverse storie, tradizioni e culture giuridiche, nel tentativo di richiamarsi a valori universali.

L'impostazione scientifica, quasi accademica delle opinioni raccolte nella presente opera permette al lettore di orientarsi nel complesso panorama della tutela dei diritti fondamentali in Europa, fornendo le basi necessarie per la comprensione del percorso argomentativo che ha condotto ai risultati ai quali la Corte è infine addivenuta nei singoli casi esaminati.

3. La mission di Paulo Pinto de Albuquerque

Il Curatore dell'opera muove dalla premessa che Paulo Pinto de Albuquerque non è un giudice come tutti gli altri, e che forse è precisamente il suo percepire il proprio incarico come una vera e propria missione ad avere gettato le basi per la pubblicazione di questa raccolta di opinioni. Una raccolta in italiano, destinata quindi al lettore italiano, di opinioni di un giudice che vuole che la sua voce, sia essa critica oppure concorde, sia essa maggioritaria oppure minoritaria, raggiunga il cittadino. In un ordinamento come il nostro, dove come si è detto le decisioni dell'autorità giudiziaria vengono storicamente prese nel segreto della camera di consiglio, dove nel collegio non esistono maggioranze e minoranze ma solo decisioni unanimi, la missione dell'Autore rappresenta indubbiamente un elemento di rottura: un giudice che non solo accetta di buon grado, ma che anzi desidera essere giudicato per il proprio operato e per le proprie prese di posizione dai cittadini e dagli addetti ai lavori, e che con questo fine in mente redige le proprie opinioni, fondandole su di un solido e verificabile percorso logico-argomentativo.

Vale altresì la pena sottolineare come alcune di queste prese di posizione possano certamente risultare controverse. L'Autore si esprime, ad esempio, a favore non solo della legittimità, ma addirittura della necessità di introdurre, in Europa, un reato di "negazione di genocidio" (con l'opinione sul noto caso *Perinçek v. Svizzera*), in quanto la compressione che detto reato imporrebbe al diritto alla libera manifestazione del pensiero sarebbe giustificata da un lato dalla necessità di prevenire la commissione e la negazione di qualsiasi genocidio in accordo con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale convenzionale, e dall'altro dalla circostanza che non sussisterebbe alcun interesse pubblico a tutelare le dichiarazioni che "umiliano le vittime dei reati" o "discolpano i criminali". Ancora, l'Autore si è espresso a favore di una "obiezione di coscienza alla caccia", sulla base dell'argomento per cui l'articolo 9 della Convenzione non includerebbe solo la "libertà di agire in accordo con il proprio credo", ma anche "la libertà di non agire, di non associarsi e di non tollerare azioni di altri che contraddicano le proprie convinzioni personali" (con l'opinione nel caso *Herrmann v. Germania*).

Al di là del contenuto delle opinioni sopracitate, che potrà certamente essere di impulso al dibattito su temi ad oggi tutt'altro che pacifici nella dottrina nazionale ed inter-

nazionale, a venire in rilievo è la modalità con cui le stesse vengono presentate: il ragionamento di tipo scientifico-giuridico consente al lettore, ma anche allo studioso, di formarsi un'opinione realmente informata, alla luce della dottrina e del dato normativo (specie internazionale) nella materia di volta in volta trattata.

4. Alcune criticità della giurisprudenza europea

Non si può infine tacere come l'Autore, con le sue opinioni, mostri di dedicare una particolare attenzione al tema del c.d. "equo processo", tema che, come rilevato dal Curatore nel suo saggio, risulta particolarmente sensibile per la Corte (come del resto per l'ordinamento italiano in particolare), specie negli ultimi anni. È noto infatti come un numero elevatissimo di ricorsi (oltre il 90%) venga respinto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base di una motivazione estremamente scarna (per non dire inesistente), strettamente privata (tanto da venire resa nota al diretto interessato tramite missiva personale) e per giunta non impugnabile dal ricorrente. È altresì noto come la prassi della Corte, che giudica di fatto in contumacia nel caso di ricorrente detenuto, abbia dato e continui a dare adito a numerose critiche.

La Corte europea dei diritti dell'uomo quindi, su questo il Curatore ha ragione, è un organo ben lungi dall'essere perfetto: il mancato rispetto di alcuni degli *standard* procedurali minimi che essa invece richiede alle corti degli Stati membri salta all'occhio, unitamente forse ad un utilizzo in parte strumentale del c.d. "margine di apprezzamento" nei giudizi afferenti ad alcuni specifici diritti, verosimilmente a causa di rilievi attinenti alla sfera politica più che a quella strettamente giuridica (si pensi alle evidentissime compressioni del diritto alla libertà religiosa di cui all'articolo 9 che sono state avallate dalla Corte con riferimento, ad esempio, all'utilizzo del velo islamico, con le decisioni nei casi *Leyla Şahin v. Turchia*, Grande Camera, 10 novembre 2005 e *S.A.S. v. Francia*, Grande Camera, 1° luglio 2014). Del resto un certo margine di "calcolo politico" nelle decisioni della Corte di Strasburgo è, forse, tutto sommato ineludibile, se si considera che quest'ultima non ha, per ovvie ragioni, la forza di imporre l'*enforcement* delle proprie decisioni, essendo la partecipazione degli Stati membri al Consiglio d'Europa fondata su di una limitazione unilaterale e del tutto volontaria dei loro poteri (motivo per cui pare difficile immaginare, ad esempio, che nei confronti di paesi quali la Russia o la Turchia si generi, almeno nell'immediato futuro, una pressione paragonabile a quella generatasi nei confronti dell'Italia in seguito alla decisione del caso *Oliari*).

Nondimeno la Corte di Strasburgo ha degli indubbi meriti in termini di propulsione riformista e modernizzazione della tutela dei diritti umani negli ordinamenti nazionali, oltre che di salvaguardia e tutela del contenuto minimo dei diritti fondamentali della persona, meriti a cui si è già accennato e su cui non appare il caso soffermarsi oltre in questa sede.

Una Corte non perfetta quindi, ma certamente perfettibile, ed è proprio in quest'ottica che il lavoro compiuto dall'Autore e dal Curatore deve collocarsi trovando la sua giusta dimensione: soltanto la comprensione delle dinamiche interne alla Corte, dei dibattiti che la animano e che ne fungono da motore può consentire da un lato di avvicini-

narla al cittadino, e dall'altro di mettere a fuoco le criticità principali del suo operato, orientando eventuali futuri sforzi riformisti che, se è certo che non potranno raggiungere la perfezione, potranno almeno auspicabilmente contribuire a mantenere la Corte sul sentiero sinora percorso e a continuare, per usare le parole del Curatore di quest'opera, a rendere più umani gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

luglio 2016

PAOLA BILANCIA

Premessa

Questo libro ha richiesto un periodo di lavorazione non indifferente. Basta tratteggiarne le principali tappe. Innanzitutto, sono state necessarie diverse riunioni tra l'autore e il curatore per decidere quali opinioni separate pubblicare. La scelta è caduta sui casi di particolare interesse, alcuni dei quali aventi come parte resistente lo Stato italiano. Un doppio criterio, anche se a farla da padrone (non poteva essere altrimenti) è stata la significativa rilevanza del caso, indipendentemente dalla parte resistente. Una volta compiuta la selezione, il curatore e alcuni membri del progetto di ricerca entro il quale questa pubblicazione si inserisce hanno iniziato le traduzioni, tutte *ex novo*, la maggior parte delle quali dalla lingua inglese, anche se non mancano opinioni tradotte dal francese. Ci si è avvalsi di alcune regole. Quando nell'originale compariva un termine difficilmente traducibile, se ne è comunque tentata la migliore traduzione (quasi mai affidandosi alla lettera) e il vocabolo è stato collocato tra parentesi. Non si tratta di molti casi. Per non spezzare la continuità della lettura abbiamo tentato di ridurli al minimo. Inoltre, si è mantenuta inalterata la forma grafica dell'opinione: spazi, corsivi, grassetti, sottolineature, paragrafi, titoli e indici sono esattamente come compaiono nell'originale (comprese le note a piè di pagina). Concluse le traduzioni, sono ripresi gli incontri, tra Milano e Strasburgo, nei quali autore e curatore hanno sistemato in modo definitivo il lavoro, rileggendolo più di una volta parola per parola.

Come il lettore avrà modo di verificare, le opinioni del giudice Paulo Pinto de Albuquerque hanno almeno due caratteristiche che le rendono obbiettivamente particolari. Da un lato, sono redatte in molti casi come se si trattasse di saggi o articoli di dottrina. Dall'altro lato, contengono un numero consistente di citazioni e di richiami non solo ad una mole sorprendente di trattati, convenzioni, dichiarazioni, costituzioni, codici e leggi, ma anche alla dottrina che si è espressa sulla questione affrontata nel caso di specie (la perfetta padronanza di diverse lingue – inglese, francese, tedesco, italiano, spagnolo – ha facilitato l'introspezione nei dibattiti della dottrina interna, oltre ovviamente la migliore comprensione del significato delle disposizioni normative e delle decisioni dei giudici statali).

A fronte di siffatte opinioni, una delle principali preoccupazioni del curatore è stata quella di interferire il meno possibile nel contatto che il giudice ha voluto stabilire con il proprio lettore. Sappiamo bene che il traduttore non può mai essere realmente silente, tuttavia abbiamo voluto veramente intervenire il meno possibile, anche perché, ancora una volta per come sono redatte, le opinioni si riescono perfettamente a leggere con continuità, come parte di un tutto. Il lettore è letteralmente trascinato dai pensieri e dalle argomentazioni esposte dal giudice, il quale senza dubbio scrive anche per convincere i suoi diversi interlocutori.

L'unico intervento radicale è stato il seguente. Dopo gli estremi del caso (Grande

Camera o Sezione, nome, numero del ricorso, data della sentenza, eventuale data della sua definitività) e prima della opinione, si è ritenuto opportuno introdurre il caso con poche ma esaurienti informazioni, riguardanti i fatti e le circostanze, gli articoli della Convenzione alla cui violazione si rivolge la doglianza del ricorrente, la decisione della Corte (compresi i voti espressi dai giudici) e la sottolineatura di alcuni dei motivi che rendono il caso interessante, normalmente sviluppati dal giudice nella sua opinione.

Il lavoro nel suo complesso non è stato dunque semplice, ma è la Corte europea dei diritti dell'uomo a non essere un'istituzione qualunque. Anche il giudice Paulo Pinto de Albuquerque non è un giudice come tanti altri. Sicuramente interpreta il proprio ruolo in modo originale, in parte innovativo, spinto da curiosità e passione ma allo stesso tempo molto attento al meticoloso ragionamento razionale, pragmatico, giuridico. Non pensiamo di sbagliarci se diciamo che per Paulo Pinto de Albuquerque fare il giudice rappresenta una vera e propria missione, che implica, tra le altre cose, la maggiore diffusione possibile di ciò che si pensa, delle proprie opinioni, delle argomentazioni e delle riflessioni che si espongono sui fatti del caso concreto e sulle conseguenti generali e specifiche questioni giuridiche. In fondo, questo libro altro non aspettava che di essere scritto: rappresenta una coerente e logica continuazione della missione alla quale si sente legato il suo Autore.

La Corte di Strasburgo – come si è cercato di evidenziare nel saggio che precede questa raccolta di opinioni – non è un organo perfetto. La attendono riforme di fondamentale importanza, più che mai urgenti, sia da un punto di vista procedurale (specie per quanto riguarda il giudizio in sede di ammissibilità) sia da un punto di vista sostanziale (in merito alla difficile scelta, a volte però inevitabile, di rendere in taluni casi meno giusta giustizia al fine di incrementare il consolidamento giurisprudenziale). Parrebbe nondimeno obbligatorio convenire su una cosa: in una prospettiva di lungo periodo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, se si preferisce, la Corte europea dei diritti umani ha sicuramente contribuito a rendere più umani e quindi più democratici gli Stati membri del Consiglio d'Europa.

E questo è dipeso anche dalla determinazione (e dal coraggio) dei giudici che hanno creduto in questa avventura, tra i quali si può inscrivere a pieno titolo, ancorché a poco più della metà del mandato, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque, il quale non è un ottimista a tutti i costi, ma una persona molto scrupolosa e determinata, che fonda il suo lavoro (la sua missione) su una massima alla quale è particolarmente affezionato: *I do not like borders. I prefer bridges*. Non ama i confini, le delimitazioni, gli steccati. Preferisce i ponti, riconciliare, appianare le divergenze.

Convinto che i problemi della giurisprudenza eccessivamente casistica possano mitigarsi grazie al ricorso ai principi, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque è come se scorgesse in ogni singolo caso una potenziale opportunità per enucleare principi tendenzialmente universali. È come se fosse sempre alla ricerca di un nuovo *jus cogens*, interpretando quasi alla lettera l'insegnamento di un altro grande giudice dissenziente, Oliver Wendell Holmes, il quale – nel terminare *The Path of the Law* – sostenne che gli aspetti più remoti e generali del diritto sono quelli che gli conferiscono un interesse universale, riferendosi ai quali si riesce a collegare la nostra materia con l'universo, in questo modo cogliendo un eco dell'infinito, un barlume del suo insondabile processo, un cenno del diritto universale.

Questa è forse la caratteristica più significativa dell'intera attività svolta fino ad ora dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque: la ricerca – complessa ma inevitabile – di un diritto insieme certo e giusto, fondato su principi che aspirano ad essere universali e che presuppone l'esistenza negli altri di un pezzetto di noi.

È doveroso in questa premessa rivolgere anche un affettuoso ringraziamento a coloro che – nel corso di cinquantuno riunioni pomeridiane, iniziate nel dicembre 2015 e durate fino a luglio 2016, durate ciascuna almeno cinque ore – hanno contribuito alle traduzioni delle opinioni. In particolare, la Dott.ssa Sara Pelicci, il Dott. Giulio Pagano, la Dott.ssa Marta Stroppa, la Dott.ssa Cecilia Sabbadini e la Dott.ssa Ana-Maria Peneoasu, tutti con un piede in Italia e uno all'estero, in *hac juris Europa* così vicina e così lontana. Rappresentate il meglio che uno studioso possa augurarsi di incontrare, mossi come siete da curiosità e passione, le due cose che veramente fanno la differenza.

Infine, la nostra più sincera riconoscenza all'editore Giappichelli, in particolare Walter Piacentini dell'editoriale e Valentina Zaza della redazione.

Come sempre, al lettore la valutazione ultima del risultato.

luglio 2016

DAVIDE GALLIANI

“È più facile perdonare un nemico che un amico”.
La Corte europea dei diritti dell’uomo, la giusta giustizia,
la giurisprudenza consolidata, l’ordinamento italiano *

di *Davide Galliani*

RIASSUNTO. Il saggio si occupa dei rapporti tra le corti nell’ordinamento europeo, in particolare tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano. Si evidenziano alcune caratteristiche del metodo di lavoro della Corte di Strasburgo che hanno una significativa ripercussione sulla questione della giurisprudenza consolidata, alla quale di recente si è riferita la Corte costituzionale italiana per ridisegnare i rapporti tra i giudici statali e la giurisprudenza europea. Tra l’esigenza di rendere giusta giustizia nel caso concreto e la necessità di garantire comunque orientamenti più consolidati, il destino della Corte di Strasburgo è necessariamente legato anche alla necessità di autoriformarsi.

SOMMARIO: 1. Un tema tremendamente complesso. – 2. Il rapporto tra le corti: una vera e propria *never ending story*. – 3. La Corte di Strasburgo: qualche considerazione generale. – 4. Per chi lavora la Corte? – 5. Come lavora? – 6. La Corte al cospetto della sua Convenzione. – 7. La Corte e il suo equo processo. – 8. La Corte e la prevedibilità delle sue decisioni. – 9. La Corte e la sua giurisprudenza consolidata. – 9.1. Un giudizio concreto o astratto? – 9.2. L’assenza della inconvenzionalità. – 9.3. I rapporti con gli Stati. – 10. La giusta giustizia e il consolidamento giurisprudenziale.

*Il sogno ridicolo di una vita principesca
è tenuto in vita da persone affette da sonnambulismo etico*

R. DWORKIN, *Giustizia per ricci* (2011),
Feltrinelli, Milano, 2013, p. 478.

*Il giudizio non può dunque essere insegnato in termini generali,
ma deve esercitarsi caso per caso,
e in questo è piuttosto una facoltà analoga ai sensi*

H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960),
Bompiani, Milano, 2001, p. 85.

1. Un tema tremendamente complesso

Il tema dei rapporti tra le corti nell’ordinamento europeo è uno dei più attuali sul quale è chiamata a riflettere la scienza giuridica ed è incline a produrre una più proficua collaborazione tra discipline, in particolare, non solo ovviamente, tra costituziona-

* La frase tra virgolette nel titolo è di William Blake, poeta inglese.

listi e penalisti, la cui nuova stagione di dialogo è propiziata proprio dall'analisi della giurisprudenza sovranazionale.

La questione dei rapporti tra le corti è attuale, incline a favorire multidisciplinarietà, ma anche complessa, tremendamente complessa. Affrontare la questione del rapporto tra i giudici nell'ordinamento europeo significa discutere della tenuta di principi forgiati e seguiti in alcuni (e non in altri) ordinamenti, ora però tutti partecipi di una esperienza materialmente costituzionale più ampia, quella europea.

Sostenere che i giudici statali temono che parte del proprio ruolo venga meno per via dell'avanzata e dell'erompere della giurisprudenza sovranazionale è una comoda e superficiale scorciatoia per non affrontare il problema. Equivale a banalizzarlo. Tentare di sviluppare i rapporti tra i giudici nell'ordinamento europeo in un determinato modo e non in un altro significa invece prendere posizione su questioni importanti, basilari, realmente complesse.

Si consideri, solo per fare un esempio immediato, il valore da assegnare al precedente giurisprudenziale. Non è pensabile che un giudice statale intenda limitare il valore giuridicamente vincolante di un precedente giurisprudenziale europeo solo perché altrimenti diminuirebbe il proprio ruolo. Il problema, oltre a non essere questo, è obiettivamente molto più ampio.

I primi a esserne consapevoli sono gli stessi giudici statali, *in primis* quelli italiani¹. La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale italiana – per imprimere un nuovo corso ai rapporti tra giudici italiani e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio per quanto attiene al problema del valore da assegnare al precedente – ha fatto ricorso alla stessa nozione in precedenza utilizzata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (*Beschi*, 21 gennaio 2010, n. 18288), che avevano definito il diritto vivente alla stregua della giurisprudenza consolidata².

Nella sua decisione, tramite la quale si sono introdotti dei paletti alle iniziali e forti aperture alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana, richiamandosi ad una nozione precedentemente elaborata dalla Corte di Cassazione in riferimento ai giudici interni, ha per così dire fatto una scommessa. Se i giudici di merito italiani si stanno sempre più adeguando (o, visto retrospettivamente, si sono sempre più adeguati) al diritto vivente, consolidato, per quale motivo non immaginare che lo stesso possa avvenire, per tutti i giudici italiani, nei confronti della Corte di Strasburgo? Un approccio per così dire cauto, possibilista, attendista, al quale non può non aver contribuito la consapevolezza che a essere in discussione non è tanto la collocazione entro il

¹ Sui motivi di questo primato italiano si dirà nel prosieguo (§ 4).

² Questa è una delle possibili chiavi ricostruttive dell'origine del vocabolo utilizzato dal giudice delle leggi. Vi è chi ha ravvisato la paternità in uno scritto recente, del 2008, di un autorevole internazionalista, Luigi Condorelli: così G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. N. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, Forum, 7 dicembre 2015, p. 3, la quale, in ogni caso, evidenzia la stretta correlazione tra il termine utilizzato dalla sentenza n. 49 e il diritto vivente, anche se questo secondo concetto, per l'Autrice, parrebbe di proposito non essere stato menzionato dal giudice costituzionale resosi conto del fatto che, in sede convenzionale, non avrebbe senso discutere di diritto sulla carta e di diritto vivente. Sulla sentenza *Beschi* (e non solo), cfr. G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Il Foro italiano*, vol. 137, Parte Quinta, 2012, p. 305 ss.

sistema più complessivo del potere giudiziario, quanto soprattutto la tenuta di principi che hanno caratterizzato una (e non un'altra) determinata esperienza giuridica³.

Indirettamente, prima la Cassazione e ora la Corte costituzionale, riferendosi alla giurisprudenza consolidata, hanno anche tentato di favorire la crescita di una cultura del precedente, presente in alcuni ordinamenti e meno in altri, tra questi secondi quello italiano⁴. Peraltro, è evidente che, negli intenti del giudice delle leggi, un qualche peso abbia anche avuto la buona riuscita della dottrina del diritto vivente nel disinnescare i potenziali conflitti interpretativi tra giudici⁵.

Se poi si riflette sul fatto che, strettamente correlata alla questione del valore del precedente giurisprudenziale, vi è quella della legalità, dei margini di azione del giudice entro la cornice normativa, allora si comprende il motivo per il quale il problema dei rapporti tra le corti è in realtà drammaticamente complesso e che in questi ambiti banalizzare è l'ultima cosa utile da fare.

In definitiva, la premessa del nostro discorso è la seguente. Appare opportuno evitare qualsiasi banalizzazione poiché se davvero i giudici fossero attenti unicamente a non perdere pezzetti del proprio potere avrebbero gli strumenti utili per raggiungere questo scopo, i quali, non a caso, non sono mai stati seriamente utilizzati. Non vi è mai stato alcun ordinamento statale che abbia scelto di autoescludersi, senza se e senza ma, dall'ordinamento europeo considerato nel suo complesso, in particolare dall'influenza esercitata dai giudici sovranazionali. O non si entra o, una volta entrati, si passi la semplificazione, non è possibile erigere barriere insormontabili, con buona pace delle utili e comprensibili ma *de facto* pochissimo utilizzate (almeno per ora) teorie dei controlli-miti. La perdita di sovranità degli Stati riguarda pertanto anche il ruolo dei loro giudici: non esiste alcuna ragione per considerare superficialmente siffatta questione⁶.

³ Fatto salvo lo scarto sempre esistente, non eliminabile, tra un principio per come concettualmente e intellettualmente sviluppato e la sua concretizzazione nella realtà. Il riferimento ai principi, in questo specifico contesto, è atecnico, vanno quindi intesi come concetti, nozioni, categorie.

⁴ Alla necessità di una più consistente cultura del precedente è dedicato A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014. L'immediata questione che siffatto problema non può non far venire subito alla mente è l'esistenza o meno di questa cultura entro la Corte costituzionale, tema sul quale, tuttavia, qui non ci si può fermare. In ogni caso, come si dirà ampiamente nel prosieguo, la questione della cultura del precedente si presenta soprattutto oggi particolarmente ostica e complicata per via della necessità di tenere in considerazione anche le giurisprudenze sovranazionali, che per definizione possono anche riguardare (come avviene) casi accaduti in realtà molto distanti (non solo geograficamente) dalla nostra, per i quali una sorta di naturale esigenza di filtro appare logica e ragionevole, ancorché tutto tranne che semplice da definire in termini concreti.

⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 149 ss., in particolare, p. 162.

⁶ Sulla bibliografia è qui impossibile anche proporre una minima indicazione. Sono davvero moltissimi i commenti. Sia pertanto concesso indicare solo uno dei primi lavori collettanei (*La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di P. BILANCIA e E. DE MARCO, Giuffrè, Milano, 2004) e uno dei più recenti (*Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Giappichelli, Torino, 2015). Molto utili, costantemente aggiornati, il sito internet ufficiale del progetto di ricerca su "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo", coordinato da L. Cassetti (diritti-cedu.unipg.it), il sito di "Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa" (www.diritticomparati.it) e il sito "Strasbourg Observer" (www.strasbourgobservers.com).

2. Il rapporto tra le corti: una vera e propria never ending story

Se il tema è realmente complesso, appare opportuno premettere che le riflessioni che seguiranno avranno il solo scopo di offrire taluni spunti di valutazione. Non mancano certezze. È però utile che il lettore sappia anticipatamente che nel prosieguo potrà trovare al massimo singoli spunti di riflessione e non valutazioni organiche, che del resto non sarebbe questa la sede per esporre.

Un primo aspetto sul quale riflettere attiene alla possibilità di costruire un modello valido per sempre dei rapporti tra le corti nell'ordinamento europeo, in particolare per quanto riguarda il legame tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e i giudici statali, non solo quelli costituzionali.

Da questo punto di vista, si dovrebbe prendere atto dell'impossibilità di stabilire a priori quali debbano essere i migliori rapporti, il modello più adeguato. Sarebbe un tentativo perso in partenza. Questo per differenti motivi, anche se uno merita di essere sottolineato: i giudici, tutti i giudici, sono esseri umani che assumono le proprie decisioni in un determinato ambiente storico, politico, economico e sociale, dal quale non possono non essere influenzati. Di conseguenza, lo stare nel sistema da parte dei giudici dipende anche dal loro immergersi in una determinata realtà dalla quale sono influenzati. Non ci si riferisce alla realtà politico-partitica, poiché da questa i giudici, costituzionali, di legittimità, di merito (e di ogni ordinamento) dovrebbero stare il più possibile distanti. No, il riferimento è al contesto politico più generale, istituzionale, politico con la "p" maiuscola.

Se i giudici sono influenzati dalla situazione generale è evidente che ad essere condizionati saranno anche i rapporti tra giudici appartenenti a diversi livelli di governo e che, di conseguenza, sarebbe vana e persa in partenza la pretesa di rinchiuderli in modelli precostituiti validi per sempre⁷.

Questa prima considerazione trova chiaro riscontro nella realtà. Se si esaminano i rapporti tra la Corte di Strasburgo e i giudici statali – come forgiati dalle corti costituzionali, che non sono le uniche a modellarli, ma sono quelle più autorevoli⁸ – è facile

⁷ Da questo punto di vista, in particolare per quanto riguarda l'analisi della Corte di Strasburgo, non di poco conto appare sottolineare che, a differenza di quanto avviene di norma negli ordinamenti statali, in quel caso non vi è alcun altro potere dal quale è necessario essere separati. Da un certo punto di vista, questa rappresenta una delle più rilevanti particolarità della Corte in questione, che, in effetti, obbliga gli studiosi a guardare al contesto più generale entro il quale opera, avendo però come riferimento non i classici poteri (esecutivo, legislativo), ma Stati, altre corti, istituzioni *sui generis* come il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, per non parlare poi del fondamentale ruolo che ricopre, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non solo la comparazione realmente universale, ma anche l'analisi e il riferimento a tutta quella immensa mole di *soft law* prodotta tra gli altri dal Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e delle pene inumani e degradanti (CPT). Su talune delle questioni qui accennate, cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, Jovene, Napoli, 2008.

⁸ Sul fenomeno che ha visto la Corte costituzionale italiana diventare sempre più un giudice come tutti gli altri ed anche in questo modo cercare di contrapporsi alla deriva della giurisprudenza sovranazionale, cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Nel testo, quando ci si riferisce all'autorevolezza del giudice delle leggi, si vuole indicare la sua capacità di porsi come guida per i giudici rispetto alla giurisprudenza sovranazionale. Sicuramente è stata importante la rete collaborativa, complicata e fitta, ma altrettanto certamente è stato fondamentale il ruolo di guida del

evidenziare un andamento non rettilineo, non lineare, non uniforme. Ci sono stati periodi di parziale chiusura, cui sono seguiti periodi di aperture. Non sono mancati neppure forti aperture. Questo vale per tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e sicuramente per quanto riguarda l'Italia⁹.

Prima delle sentenze quasi gemelle della Corte costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), i rapporti tra i giudici italiani e Strasburgo erano pressoché stabili. *En tranchant*, si potrebbe sostenere che ciascuno coltivava il proprio orticello. Con le sentenze del 2007, si è assistito a una svolta, permessa (ancorché non immaginata) dalla riforma costituzionale del 2001. I rapporti sono stati impostati in una logica differente: a parte il caso di contrasto tra la giurisprudenza di Strasburgo e le disposizioni costituzionali italiane, il giudice delle leggi ha stabilito che i giudici italiani devono prestare fede alla giurisprudenza sovranazionale, *id est* applicarla *in toto*. Dopo questa rilevante apertura, sono seguiti momenti di assestamento, nei quali il giudice delle leggi ha cercato di porre alcuni argini alla svolta del 2007. Nel 2009 (sentenze nn. 311 e 317), la Corte costituzionale ha affermato che i giudici italiani devono adeguarsi alla sostanza della giurisprudenza di Strasburgo.

Fino al 2015, quando, con la già richiamata sentenza n. 49, la Corte costituzionale italiana sembra aver voluto fare un ulteriore e più deciso passo. In questa decisione il giudice delle leggi ha sostenuto che i giudici italiani devono rispettare la giurisprudenza di Strasburgo (solo) in determinati casi, vale a dire quando si tratta, come si è visto, di giurisprudenza consolidata, indicando taluni indici dai quali desumere il consolidamento. Qui non è il caso di soffermarsi ulteriormente sulla sentenza n. 49, che non ha avuto un seguito entusiasmante presso i commentatori, sebbene abbia affrontato, pur offrendo soluzioni discutibili, alcuni problemi invero esistenti e nonostante sia stata di recente confermata dallo stesso giudice costituzionale¹⁰.

Quello che interessa evidenziare è l'andamento sinusoidale dei rapporti tra i giudici. Prima del 2007 si sarebbe tentati di dire consistente chiusura, dopo il 2007 altrettanto decisa apertura, nel 2009 prima e nel 2015 relativamente forte chiusura, almeno, in merito a quest'ultima impressione, se si ragiona con gli occhiali del giudice europeo, che non ha mancato di sollevare perplessità rispetto alla nuova impostazione seguita dalla nostra Corte costituzionale¹¹.

giudice delle leggi, reso possibile non tanto grazie alla sua *potestas* ma soprattutto per via della sua *auctoritas*.

⁹ Come in generale per le tematiche affrontate in questo scritto, anche su siffatto problema sarebbe oltremodo complicato offrire una prima indicazione bibliografica, tanti sono i contributi, peraltro di differenti discipline. Ci si limita a citare due volumi nei quali (se non si erra, per la prima volta in veste monografica) si riflette, anche da un punto di vista metodologico, sui rapporti tra Corte di Lussemburgo, Corte di Strasburgo, giudici costituzionali e anche giudici ordinari: cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europea a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010 e G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011.

¹⁰ Si veda la sentenza n. 36 del 2016 della Corte costituzionale sulla legge Pinto (il § 8 del *Considerato in diritto*). Alla sentenza n. 49 è dedicata una parte monografica di *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, 2/2015, con contributi di M. BIGNAMI, G. MARTINICO, D. PULITANÒ, A. RUGGERI e F. VIGANÒ.

¹¹ Si leggano a tale proposito le osservazioni contenute nella congiunta opinione concorrente stesa da cinque giudici della Corte di Strasburgo nel caso *Parrillo* proprio in riferimento alla questione della limita-

In ogni caso, senza entrare nel merito delle singole sentenze¹², non sembra ci si possa meravigliare del fatto che i rapporti tra le corti siano in continuo divenire e questo proprio perché, come si diceva, le corti e i giudici sono influenzati dal contesto generale.

Contesto che è imprevedibile, non predeterminabile. E che va letto nella massima accezione possibile, ricomprendendovi non solo i principali accadimenti politici contingenti, le mutevoli condizioni economiche del periodo considerato, il contesto sociale più generale. Molto spesso sono importanti anche accadimenti a prima vista giudicabili di poco spessore per quanto riguarda la loro influenza nel mondo del diritto. Dichiarazioni pubbliche di un *Premier* o di un Capo di Stato. Pubbliche prese di posizione, formali e informali, da parte di autorevoli (e noti) magistrati, specie inquirenti. A proposito della Corte di Strasburgo, è capitato non poche volte di ascoltare il suo Presidente rilasciare interviste della cui importanza è difficile dubitare, anche per la non casuale cadenza temporale. Gli effetti più specificatamente giuridici, come sempre in questi casi, non sono facilmente quantificabili, ma questo non significa che non se ne possano scorgere e che non siano in talune circostanze anche di una qualche significativa rilevanza¹³.

Quello che si vuole dire, in fin dei conti, è che quando si discute di giudici e dei loro rapporti si sta pur sempre parlando di esseri umani, proprio per questo influenzabili dal mondo entro il quale operano, mai identico a se stesso, sempre in cambiamento. Una banalità? Certo, non si scopre niente di nuovo, ma meglio eccedere su talune ovvietà che cedere alla tentazione di costruire modelli astratti che aspirano a essere validi per sempre. Il che non vuol dire abdicare al compito di giuristi e appiattare il dover essere sull'essere. Significa, più semplicemente, rendersi conto che il dover essere è destinato ad avere una breve durata, una vita tormentata, a essere una vera e propria *never ending story*, il cui progredire può anche dipendere da fatti a prima vista di scarso rilievo per il giurista¹⁴.

zione dell'obbligo per i giudici statali di rispettare integralmente la giurisprudenza di Strasburgo, nel caso di specie per quanto incide sul previo esaurimento dei ricorsi interni. Si noti che la Corte costituzionale italiana, dopo aver sospeso il proprio giudizio, in attesa di quello di Strasburgo, una volta che questo è stato preso, con appunto talune critiche nei confronti della svolta del nostro giudice delle leggi, avrebbe potuto rispondere alla Corte europea direttamente nella sentenza n. 84 del 2016 che ha chiuso la questione, ma sul punto ha sopraseduto. In ogni caso, di *Parrillo* della Grande Camera in questo volume si può leggere la documentata e approfondita opinione concorrente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, che tuttavia si concentra sul problema sostanziale del divieto di donazione degli embrioni per fini di ricerca scientifica.

¹² Alle quali è d'obbligo aggiungere almeno il filone giurisprudenziale sulla massima espansione delle garanzie, inaugurato dalla sentenza n. 319 del 2009 della Corte costituzionale, confermata nella sentenza n. 264 del 2012 sulle pensioni svizzere, che aggiunge la necessità di tenere in considerazione l'equilibrio di bilancio previsto a livello costituzionale.

¹³ Gli esempi possono essere diversi, ma si vedano in particolare le non poche prese di posizione pubbliche da parte di Dan Spielmann, il quale, da Presidente della Corte di Strasburgo, ha più di una volta ammonito il Regno Unito (anche in interviste concesse a televisioni inglesi) circa le nefaste conseguenze di una sua fuoriuscita dal sistema convenzionale.

¹⁴ Si discuterà subito nel prosieguo di talune di siffatte questioni. Si pensi, in ogni caso, per meglio intendere il senso di questa considerazione, quanto possa essere importante la sempre più consistente e necessaria traduzione, nella lingua dello Stato resistente, delle decisioni rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non a caso molto sensibile su questo tema, il quale, invece di essere di poco spessore, è davvero di

3. La Corte di Strasburgo: qualche considerazione generale

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione, quando si valuta la giurisprudenza di una corte, di qualunque corte, apicale ma non solo, è la necessità di impostare un’analisi di medio-lungo periodo¹⁵. Il ruolo che una corte ha svolto nel concreto dipende non già da una singola sentenza, ma da un insieme di decisioni prese su diversi casi nel corso di un medio-lungo periodo¹⁶. La qual cosa, a ben vedere, rafforza quanto si è detto in chiusura del paragrafo precedente: come osservatori del passato, i giuristi possono dire certamente la loro; come analisti del presente, lo stesso; ma, quando si tratta di fare previsioni, è necessaria una massiccia dose di cautela, che, discutendo di giudici comunque di vertice, è un antidoto potente ed efficace per non perdersi nella “astrofisica dei valori”, campo abituale di lavoro dei giudici costituzionali e non di meno di quelli sovranazionali¹⁷.

Ora, se accendiamo i riflettori sulla Corte di Strasburgo, a parere di chi scrive, nel complesso, dall’istituzione (1959) a oggi, quindi nell’arco di più di mezzo secolo, la sua giurisprudenza ha contribuito a rendere più democratici gli Stati membri del Consiglio d’Europa. Ha sicuramente concorso a un innalzamento della garanzia dei diritti umani nel contesto europeo. Per una volta, pare opportuno sostenere che si sta meglio oggi di come si stava ieri!

La Corte europea dei diritti dell’uomo e la sua giurisprudenza hanno aiutato non poco la giusta giustizia a trovare maggior spazio concreto, effettivo, facendola uscire dalle nubi teoriche giusnaturalistiche, per farla atterrare e realmente operare sulla terra, tutti i giorni, negli svariati casi nei quali si è sentita e si sente l’esigenza di fare qualche cosa di più della giustizia (che si sarebbe dovuta fare a livello statale). Non se ne cercano i significati migliori, non si ricada all’indietro, tornando a concetti fumosi e distanti dal concreto. In realtà non ne esiste uno, ma tanti quanti sono i casi risolti ricorrendo ad una valutazione in definitiva più umana, più democratica. Giusta giustizia significa che se la Corte avesse deciso diversamente non sarebbe nato uno scandalo. È qualche cosa di più della giustizia – magari non necessario e poco opportuno – ma che molto ha contato e conta per il progresso più umano e in definitiva più democratico degli ordinamenti¹⁸.

Se una persona ruba un wurstel e un pezzo di formaggio per un totale di quattro eu-

rilevante importanza, se solo si considera il problema della certezza e della prevedibilità del diritto, evidentemente con questo strettamente correlato.

¹⁵ Sull’importanza dell’approccio diacronico, cfr. C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto pubblico*, 1/2015, p. 35 ss.

¹⁶ Cfr. M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, p. 33 ss.

¹⁷ Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 29.

¹⁸ Al termine giusta giustizia fa riferimento in particolare la letteratura di lingua inglese. In Italia, ne ha discusso, tra gli altri, A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consulta on line*, 9 ottobre 2013, in specie, p. 8. Giusta giustizia non va confuso con giustizia giusta, questo secondo sicuramente più riduttivo, parziale, ancorché non certo poco importante.

ro e sette centesimi per evidente necessità di sfamarsi, giustizia sarebbe condannarlo in modo lieve, giusta giustizia non condannarlo poiché il fatto non costituisce reato¹⁹. Sono casi come questi, riguardanti i più disparati diritti garantiti dalla Convenzione, che hanno popolato e tuttora affollano la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sicuramente, la Corte di Strasburgo è andata oltre agli scopi originari dei redattori della Convenzione. Nessuna sorpresa. Che siano sovranazionali, che siano statali, i giudici, per lo meno dalla fine della seconda guerra mondiale (le datazioni, in questi casi, sono complicate), hanno ovunque visto accrescere poteri, funzioni, ruoli. In moltissimi casi, oltre a quello che era l'*original intent* dei redattori delle costituzioni, dei trattati, delle convenzioni, tutti testi normativi presto descritti – dagli stessi giudici – come *living instruments*, per citare una dizione tra le più diffuse²⁰.

Si consideri l'articolo 3 della Convenzione, che vieta la tortura e le pene e i trattamenti inumani e degradanti. Se si leggono i lavori preparatori, in questa previsione si voleva ricomprendere sostanzialmente il divieto di punizioni corporali nei confronti delle persone private della libertà, detenute in un penitenziario o ristrette in qualsiasi altro luogo. Si fece anche sentire l'esperienza del nazismo, dei campi di concentramento, tanto è vero che la bozza di articolo 3 prevedeva espressamente il divieto di sperimentazione medica sulle persone senza il loro consenso. Oggi siamo andati molto più avanti e la Corte di Strasburgo – anche utilizzando il concetto *passerpartout* della dignità umana, richiamato per la prima volta riferendosi all'articolo 3 nel (lontano) 1978, in un caso storico, *Tyrer v. Regno Unito*, 25 aprile 1978 – ha sanzionato, solo per fare un unico esempio significativo, un poliziotto che, in fase di controllo dei documenti di identità di un ragazzino, si è lasciato scappare, in un contesto molto agitato, dovuto alla presenza dei familiari, un innocuo schiaffetto (*Bouyid v. Belgio*, Grande Camera, 28 settembre 2015). Dal divieto di punizioni corporali e da quello di sperimentazione medica sugli esseri umani, in effetti, di acqua sotto i ponti ne è passata molta, di giusta giustizia ne è piovuta in abbondanza.

Non serve scendere nel particolare dei singoli casi, di per sé però altamente indicativi, non solo (in positivo) per aver fatto giusta giustizia attraverso l'onnipotente dignità umana, ma anche (in negativo) per aver concorso al rischio di *trivialising* (banalizzazio-

¹⁹ Per una volta, anche nel nostro ordinamento si fa giusta giustizia e pertanto si rende *de facto* inoperante il beneamato ricorso a Strasburgo. Il riferimento è alle polemiche sollevate dalla decisione della Cassazione (V Sezione, sentenza n. 18248, 7 gennaio 2016) proprio sul caso di specie indicato nel testo, giudizio (di meno di due pagine) del giudice di legittimità peraltro richiesto dal procuratore generale della Corte di appello. In primo grado e in appello la persona era stata (incredibilmente) condannata a sei mesi di reclusione con la condizionale e ad una sanzione pecuniaria di 160 euro. Presentatosi alla cassa del supermercato, la persona, un *clochard* di origine rumena, aveva pagato solo una confezione di grissini e non il resto. D'altro canto, alla Cassazione il ricorrente (vale la pena di evidenziarlo nuovamente, era il procuratore generale della Corte di appello) aveva chiesto di modificare il capo di accusa, da furto a tentato furto, visto che la persona era stata bloccata prima di uscire dal supermercato. La Cassazione non è di questa idea: il reato non è stato tentato ma è stato consumato, tuttavia, è avvenuto per far fronte ad una immediata e imprescindibile esigenza di alimentarsi e pertanto vale lo stato di necessità. La decisione accoglie quindi la tesi sostenuta anche dalla procura della Cassazione. Ebbene, la Corte di Strasburgo si confronta quasi sempre con casi come questi, casi di giustizia e di giusta giustizia insieme.

²⁰ Cfr. P. BILANCIA, *The Dynamic of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Giuffrè, Milano, 2012, in specie, p. 141 ss.

ne, come si esprimono i giudici dissenzienti in *Bouyid* appena citato) della tutela offerta dalla Convenzione. Per non dire della difficoltà, per la stessa Corte di Strasburgo, di confermare in futuro questi arresti giurisprudenziali così giusti ma allo stesso tempo così esemplari, in sé difficilmente confermabili. Su questi aspetti si ritornerà nel prosieguo.

Si vuole solo evidenziare che la Corte di Strasburgo ha radicalmente ampliato il raggio dei propri interventi. Nessuno stupore, come si diceva. Così hanno fatto tutti i giudici e nello specifico le corti costituzionali statali. Si pensi alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Nemmeno vale citare il caso della Corte costituzionale italiana. Lo sviluppo del nostro ordinamento in senso più democratico, in materia di diritti più umano, si deve non solo ma certamente anche all’attivismo del giudice costituzionale, che spesso ha aperto la strada al legislatore e in diverse occasioni ha tolto dalla circolazione disposizioni legislative irragionevoli, limitative senza alcun senso di diritti costituzionali²¹.

Tornando alla Corte di Strasburgo, chi scrive è fermamente convinto che nel complesso e in un’ottica di medio-lungo periodo la sua giurisprudenza abbia garantito una maggiore tutela dei diritti umani. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha fatto crollare interi edifici non più in regola con le prescrizioni che devono essere rispettate in un sistema che voglia essere più umano e democratico. È riuscita a propiziare modifiche costituzionali, a stimolare cambiamenti legislativi, a modificare comportamenti e prassi, per non dire di quanto è riuscita ad influire nella giurisprudenza e prima ancora nel diverso modo di pensare dei giudici statali. Senza ovviamente considerare il beneficio diretto e indiretto del quale hanno potuto fruire coloro che si ritenevano vittime di una violazione di un loro diritto, ai quali nel tempo la Corte ha garantito una salvaguardia indiscutibile, costi quel che costi²².

Detto questo – dato a Cesare quel che è di Cesare – è parimenti innegabile che il sistema convenzionale di protezione dei diritti umani appare caratterizzato da significativi problemi, molti dei quali da risolvere urgentemente. A siffatte problematiche saranno dedicate le riflessioni che seguono. Non si approfondiranno tutte le complicazioni che affliggono il sistema convenzionale di tutela dei diritti umani, ma se ne sceglieranno alcune, la cui risoluzione appare oggettivamente indilazionabile. Anche perché in questi casi a essere in discussione è la credibilità che nel tempo la Corte è riuscita a costruirsi, almeno in alcuni paesi e con taluni inevitabili e spesso ragionevoli distinguo.

²¹ Un ordinamento, quello italiano, nel quale peraltro è sempre più necessario che i giudici valutino insieme le esigenze di unità e quelle di differenziazione, attraverso un bilanciamento che è di rilevante importanza in materia di diritti fondamentali: cfr. F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell’ordinamento complesso*, Giuffrè, Milano, 2003.

²² Sul tema dell’equa soddisfazione e dei risarcimenti in termini monetari ritorneremo. Qui basti solamente ricordare i molti casi nei quali la Corte ha accordato un risarcimento senza che il ricorrente lo avesse esplicitamente chiesto, quelli in cui il risarcimento accordato è stato più alto di quanto domandato e i casi di risarcimento simbolico (1 euro) comunque significativi. Senza dire del fondamentale “aiuto” che spesso la Corte ha fornito al ricorrente, riqualificandone *motu proprio* le doglianze e quindi individuando essa stessa il vero articolo della Convenzione che era stato violato (uno di questi casi è *Valiuliené* e lo si può trovare in questo volume). Ad ogni modo, cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, in *University of St. Gallen Law School. Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper no. 2016-05, May 2016. Allo stesso modo, si ritornerà nel prosieguo per valutare quanto la flessibilità dei procedimenti dinanzi alla Corte di Strasburgo sia in realtà quasi sempre “a favore” del ricorrente, ancora una volta per garantire in ogni caso i diritti convenzionali violati.

È già stato scritto non poche volte, ma vale la pena ripeterlo: la Corte di Strasburgo, se nell'immediato non si riforma (in modo ragionevole), rischia di rimanere vittima del proprio successo. Altro che essere paragonato al famoso giudice di Berlino immaginato dal mugnaio di Postdam!

4. Per chi lavora la Corte?

Si consideri subito questo aspetto. La Corte di Strasburgo è il giudice che vigila sul rispetto della Convenzione, sottoscritta e ratificata da tutti i quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa. Ebbene, dal 1959 al 2014, il 50% del totale delle sentenze (di violazione e di non violazione) ha riguardato cinque Stati. Tra questi, in prima posizione vi è la Turchia (circa 3.000 sentenze), seguita dall'Italia (circa 2.300) e dalla Russia (circa 1.600).

Non solo. Pendono alla Corte quasi 70.000 ricorsi, dei quali il 50% riguarda tre Stati: Ucraina (20%), Italia e Russia (entrambi al 15%).

È quindi un dato oggettivo: la Corte lavora *de facto* per pochi Stati, si potrebbe aggiungere, sempre i soliti e, dato non indifferente, l'Italia è tra questi²³.

Si consideri il 2014, anno sul quale esistono statistiche ufficiali²⁴. Sul totale delle circa 900 sentenze di violazione della Convenzione, il 25% riguarda l'articolo 6 sull'equo processo, ossia la previsione "maledetta" per il nostro paese, visto che quasi una violazione su due nei confronti dell'Italia riguarda proprio l'equo processo, più nello specifico la (non) ragionevole durata del processo²⁵.

La Corte di Strasburgo pertanto lavora sì molto – vale a dire, pronuncia un numero ragguardevole di sentenze se paragonato a quello di altre corti, *in primis* costituzionali²⁶ – ma il punto è che lavora per pochi Stati. La questione dei rapporti tra questa corte e i giudici degli Stati membri del Consiglio d'Europa non può non tenerne conto: più la Corte di Strasburgo si rivolge a un determinato Stato, più questo Stato dovrà affrontare il problema dei suoi rapporti con quella Corte. E se la Corte si pronuncia molto sull'ordinamento italiano, sembra davvero il minimo che in Italia (e non in Norvegia!) si discuta così frequentemente, con posizioni spesso molto differenti, di rapporti tra le corti. Non si tratta di un tema per così dire diventato di moda, al contrario richiede ancora maggiore e trasversale approfondimento.

²³ I dati riportati e quelli che si utilizzeranno sono tutti consultabili nel sito internet della Corte di Strasburgo, in particolare nella sezione *Statistics*.

²⁴ Quelle del 2015 sono ancora provvisorie, ma, ancorché indicano taluni miglioramenti, è evidente che non ci possono essere, nel giro di un solo anno, grandi rivoluzioni.

²⁵ Le recenti modifiche legislative alla Legge Pinto, al di là delle problematiche riguardanti la loro legittimità costituzionale, non sembrano idonee a semplificare la questione, al contrario.

²⁶ Si consideri la Corte costituzionale italiana. Secondo le statistiche ufficiali, pubblicate nel suo sito internet, nel 2014 ha reso 286 decisioni, un numero certamente più basso del valore medio degli ultimi venti anni (432). In ogni caso, si è ben al di sotto delle 900 sentenze del 2014 di Strasburgo. È evidente che il paragone tra la Corte di Strasburgo e le corti costituzionali è di per sé poco significativo, ma è altrettanto vero che è l'unico che merita un qualche riferimento, posto che sarebbe fuorviante confrontare le 900 sentenze rese da Strasburgo nel 2014 con ad esempio i circa 50.000 procedimenti definiti in udienza con provvedimento da parte della sola Cassazione penale italiana.