



Università degli Studi di Macerata
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato

W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale
17/12

ISSN – 2239-5083
Università degli Studi di Macerata
Piaggia dell'Università 8-11
62100 MACERATA
W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale

TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E GIUDICE EUROPEO (*)

SOMMARIO: 1. *Un diritto di fonte giurisprudenziale: implicazioni e profili di metodo.* – 2. *Lo “stile” delle sentenze.* - 2.1. *Corte europea dei diritti dell’uomo.* - 2.2. *Corte di Giustizia.* - 3. *Giudice europeo e precedente.* - 4. *I giudici italiani di fronte alla giurisprudenza europea.* - 5. *Qualche annotazione finale.*

1. Come è agevole constatare anche solo scorrendo i titoli delle relazioni delle varie sessioni in cui si è articolato il convegno, il tema che ci occupa si presta ad essere osservato e studiato a partire da molteplici prospettive e il giurista si trova di fronte ad una sfida interessante, perché sollecitato ad uscire dalla mera analisi di dati normativi, per proiettarsi in una dimensione più ampia, che tenga conto della pluralità di implicazioni del tema.

Le riflessioni che seguono prendono le mosse da un dato che mi sembra emerga con nitore e cioè che il fenomeno della tutela dei diritti umani in ambito europeo fa perno e si sviluppa su base essenzialmente giurisprudenziale: nessuno sottovaluta l’importanza dei due testi normativi fondamentali in materia, cioè la Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo e la cd. Carta di Nizza, recentemente “incorporata” nel diritto dell’Unione Europea da parte del Trattato di Lisbona. Ma lo sviluppo della materia poggia sulla applicazione concreta di questi testi da parte della giurisprudenza delle due Corti europee: la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Fino a non molto tempo fa il sistema di tutela dei diritti umani in ambito europeo sembrava agire su un piano parallelo e in qualche modo separato rispetto a quello sviluppato negli ordinamenti giuridici interni. Nell’ambito dei paesi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo il rango di semplice legge ordinaria, generalmente riconosciuto alla Convenzione nei vari stati aderenti, e il valore sussidiario della tutela della Corte di Strasburgo, chiamata ad intervenire solo in seguito all’esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, attribuivano al sistema europeo un ruolo di garanzia minima dei diritti umani. Del resto, l’obiettivo comune dei primi diciassette Stati aderenti alla Convenzione era di porre le basi per una solida convivenza pacifica, perché non si ripetessero gli orrori perpetrati contro i diritti umani durante la seconda guerra mondiale, mentre vi

era una forte divisione proprio sulla questione del *se* dare vita ad un sistema giuridico sovranazionale autonomo per monitorare e garantire l'effettiva tutela dei diritti, perciò la giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo venne limitata alla iniziativa volontaria degli Stati aderenti e sottoposta al vaglio preventivo della Commissione Europea sui Diritti Umani, un organismo istituito allo scopo di sottoporre i ricorsi ad un filtro di ammissibilità¹. Analogamente, sul fronte dell'Unione Europea, la Corte di Giustizia fin dalla sentenza *Stauer* del 1969 afferma che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, ma ciò riguarda ovviamente le sole controversie attinenti alle competenze dell'Unione e quindi ha effetti marginali sul sistema di tutela previsto nei diritti interni.

Se quello appena evocato era il quadro emergente fino a qualche anno fa, dagli anni novanta dello scorso secolo prende avvio un profondo mutamento di prospettiva, caratterizzato dal progressivo riconoscimento di una rilevanza sempre più estesa alla tutela dei diritti umani, che poggia sulla giurisprudenza delle due Corti europee.

Sarebbe impossibile ricostruire in questa sede i molteplici fattori alla base di questo sviluppo. Basterà ricordare che nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'approvazione del Protocollo n. 11, entrato in vigore il 1 novembre 1998, ha dato libero accesso ai ricorsi individuali e la cd. nuova Corte ha acquistato giurisdizione obbligatoria e vincolante su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Per effetto di questa riforma, l'attività giurisdizionale della Corte ha registrato un incremento considerevole, passando da 45.000 ricorsi per l'intero periodo compreso tra il 1955 e il 1998, quindi da una media di poco più di 1.000 casi all'anno, a ben 8.400 fascicoli nel solo anno 1999, che sono giunti a quasi 60.000 dieci anni dopo (nel 2009)²; nell'anno in corso, fino al mese di settembre

¹ (*) Il presente contributo riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione presentata in occasione del Convegno "Diritti fondamentali e diritti sociali" organizzato nell'Università di Macerata il 22 e 23 novembre 2011. Esso è dedicato alla memoria della carissima amica e collega Giuliana Ciocca.

D. SHELTON, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2002, n. 13, pp. 95 ss. La Commissione, che ha cessato la propria attività nel 1998, aveva il compito di sollecitare una composizione amichevole e, in caso di insuccesso, di formulare un parere sul merito, sottoposto poi all'esame del Comitato dei Ministri; nel caso di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte da parte dello Stato interessato, la controversia poteva finalmente giungere all'esame della Corte, ad iniziativa della Commissione o di qualunque altro Stato contraente. Inizialmente solo gli Stati erano legittimati ad adire la Corte, restando escluso invece l'accesso diretto ai singoli.

² I dati sono estratti dalle statistiche nei rapporti annuali pubblicati dalla Corte con regolarità dal 2001 consultabili all'indirizzo <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports>. E' interessante notare che il filtro di ammissibilità è rigoroso, giacché tra le 32.045 cause decise nel 2008 ben 30.164

erano quasi 52.000 e quindi il numero è in costante crescita. Ciò implica già di per sé che i giudici nazionali si trovano di fronte ad un massiccio corpo di regole giurisprudenziali elaborate sul piano internazionale.

Nello stesso tempo, in ambito di diritto dell'Unione, l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avvenuta nel 2000 a Nizza, ha innescato un processo di applicazione spontanea da parte della giurisprudenza, anche costituzionale, dei paesi membri, ben al di là del valore strettamente giuridico della Carta³, con un singolare rovesciamento tra valore formale dell'atto e sua applicazione pratica, che normalmente si verifica in direzione opposta nelle Carte dei Diritti, i cui principi solitamente, dopo la loro declamazione, non sempre trovano agevole riconoscimento effettivo nell'applicazione pratica⁴. Dal 1 dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵, la Carta di Nizza acquista lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) e trova così un riconoscimento solenne, seppure non privo di qualche ambiguità, dovuta alla preoccupazione circa i possibili effetti che l'applicazione della Carta potrà determinare sul riparto delle competenze tra gli Stati membri. Solo alla luce di questa preoccupazione è possibile spiegare perché il principio secondo cui le disposizioni della Carta non estendono «in alcun modo» le competenze dell'Unione definite nei trattati non solo viene fissato dallo stesso art. 6 TUE, ma è anche ribadito testualmente nel par. 2 della Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, sebbene figure già in modo chiaro nell'art. 51 della Carta («La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»). La ripetizione per ben tre volte dello stesso principio lascia aperto l'interrogativo se si

sono state dichiarate irricevibili (nella quasi totalità dei casi sulla base di decisioni assunte all'unanimità dai Comitati) e 1.881 sono state le sentenze di merito pronunciate dalla Corte.

³ Cfr. A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004), in *Giur. It.*, 2005, pp. 427 ss.

⁴ Lo rileva M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 221 ss., che richiama in proposito N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, 1990, Torino, p. 16.

⁵ Il «Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007», in GUCE C-306 del 17 dicembre 2007, costituisce il frutto dei negoziati condotti dagli Stati membri nell'ambito di una conferenza intergovernativa, ai cui lavori hanno partecipato anche la Commissione e il Parlamento europeo, che l'ha poi approvato nella seduta del 20 febbraio 2008, auspicandone la ratifica entro il 2008, per entrare in vigore il 1 gennaio 2009. L'effettiva entrata in vigore è poi avvenuta il 1 dicembre 2009. Il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) conoscono ora una nuova numerazione (cfr. art. 5 Trattato Lisbona) e il secondo prende il nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), cui si farà ovviamente riferimento nel presente contributo.

tratti di un eccesso di prudenza, o di un tentativo di frenare in anticipo un effetto pervasivo sul sistema delle competenze dell'Unione⁶.

Al di là di questi rilievi, comunque, si può serenamente affermare che ormai qualsiasi questione giuridica sollevata dinanzi ad un giudice nazionale in qualche modo presenta implicazioni a livello convenzionale o a livello di diritto dell'Unione e va letta attraverso la "lente" della tutela dei diritti umani; è stato recentemente notato che «La Convenzione ha rilevanza rispetto ad ogni settore del diritto»⁷, tanto che, negli ultimi anni, non mancano autorevoli critiche anche da parte di eminenti personalità del mondo giuridico inglese contro quello che viene definito un attivismo giudiziale della Corte dei Diritti dell'uomo. Il fatto, poi, che l'Unione, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «aderisce» alla Cedu (art. 6 TUE) comporterà ulteriori sviluppi anche nei rapporti tra le due Corti e la necessità di confrontarsi con problemi di coordinamento tra esse.

Se, allora, ci si trova di fronte ad un diritto essenzialmente giurisprudenziale, ciò ha una immediata implicazione metodologica, nel senso di additare come prima esigenza quella di acquisire una adeguata consapevolezza del contesto in cui questo diritto si forma. Nelle pagine che seguono, non sarà possibile occuparsi di tutti gli aspetti rilevanti (quali l'organizzazione delle due Corti, le modalità di reclutamento dei giudici), ma ci si concentrerà solo su alcuni di essi e, in particolare, sullo stile delle sentenze e sulle dinamiche relative all'uso dei precedenti, per poi verificare l'approccio dei nostri giudici alla giurisprudenza europea e svolgere, quindi, alcune annotazioni finali.

2. Con l'espressione "stile delle sentenze" si intende indicare, come è noto, una serie di caratteristiche, di aspetti morfologici delle decisioni, che costituiscono l'espressione di atteggiamenti profondamente radicati nel contesto di un'esperienza giuridica: la struttura, il linguaggio utilizzato dai giudici, se e come i fatti di causa sono presentati, le modalità con cui vengono affrontate le questioni da decidere, l'eventuale ricorso a digressioni o divagazioni teoriche, il riferimento a casi precedenti⁸.

2.1. Lo stile delle sentenze della Corte di Strasburgo è difficilmente inquadrabile nell'ambito dei modelli tradizionali, ma costituisce piuttosto una combinazione originale di elementi

⁶ M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, op. loc. cit.

⁷ Cfr. M. O'BOYLE, *The future of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, pp. 1862 ss., e p. 1865.

⁸ Cfr. in argomento il fondamentale contributo di G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, in *Quaderni de "Il Foro italiano"*, 1967, c. 313.

riconducibili ora all'uno, ora all'altro. L'art. 45 della Convenzione si limita a prevedere che tutte le sentenze (e le decisioni sulla ricevibilità) devono essere motivate e che ciascun giudice può redigere opinioni separate. Maggiori dettagli sono contenuti nell'art. 74 del Regolamento di Procedura da cui si apprende che ogni sentenza, tra l'altro, deve contenere l'indicazione del testo ufficiale (cioè della lingua della procedura) e l'indicazione del numero dei giudici che costituiscono la maggioranza⁹.

Questa ultima indicazione è particolarmente interessante, in quanto le sentenze della Corte di Strasburgo, pur ispirandosi al modello continentale (e quindi collegiali a testo unico), da esso si differenziano perché, prima del dispositivo, viene appunto indicato se la decisione è stata adottata all'unanimità o a maggioranza e i giudici, singolarmente o in accordo con altri, possono redigere eventuali motivazioni separate (*separate opinions*), che vengono riportate (e pubblicate) in calce alla sentenza.

Con la *separate opinion* il giudice può esprimere una posizione di dissenso (*dissenting opinion*), ovvero una adesione alle conclusioni della maggioranza, fondata però su un percorso motivazionale in tutto o in parte diverso (*concurring opinion*)¹⁰. Questa possibilità è ampiamente nota e diffusa nell'esperienza inglese e, in genere, dei paesi di *common law*, ma non può sfuggire una differenza sostanziale rispetto a quel modello. Infatti, anche quando le sentenze inglesi sono pronunciate da un *panel* di giudici (come avviene nella *Court of Appeal* e nella *House of Lords*), esse non sono collegiali: il principio di personalità della decisione implica che ogni giudice

⁹ Molto poco si conosce circa le modalità attraverso cui la Corte giunge alla decisione. Dall'art. 49 Reg. Proc. si apprende che rientra tra i compiti del giudice relatore ("*juge rapporteur*") chiedere alle parti informazioni relative ai fatti e il deposito di documenti utili alla trattazione del caso. Nella fase istruttoria, quindi, il ruolo del giudice relatore assume la massima importanza, anche ai fini della identificazione delle questioni maggiormente rilevanti. Nello svolgimento delle sue funzioni, ogni giudice si avvale dell'ausilio di consulenti legali (cd. "*registry lawyers*"), esperti nel diritto degli Stati aderenti alla Convenzione e che, in concreto, offrono un contributo essenziale nella preparazione del caso e anche nella redazione di una bozza preliminare della sentenza, che il giudice relatore sottopone alla sezione o, se del caso, alla Grande Camera; cfr. N. L. AROLD, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰ La possibilità di redigere *separate opinions* implica che la struttura della sentenza muta a seconda delle combinazioni che possono verificarsi. Sono identificabili almeno le seguenti tipologie: i) una sentenza adottata all'unanimità (dalla Grande Camera o da una sezione), ii) una sentenza accompagnata da un'opinione dissenziente di uno o più giudici, iii) una sentenza accompagnata da una opinione concorrente di uno o più giudici, iv) una sentenza accompagnata da opinioni concorrenti e dissenzienti, v) una sentenza accompagnata da opinioni solo parzialmente concorrenti o dissenzienti. Cfr. per questa ricostruzione R.C.A. WHITE, *Judgments in the Strasbourg Court: some reflections*, in corso di pubblicazione in M. ANDENAS, S. VOGENHAUER (a cura di), *A Matter of Style? The Form of Judgments in the United Kingdom and Abroad* e disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1435197>, p. 4.

pronuncia la propria *opinion* e spetta poi al lettore ricostruire la decisione della corte, attraverso la verifica di quanti giudici hanno concluso per l'accoglimento o per il rigetto dell'appello¹¹.

Gli studi condotti sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo mostrano che il ricorso alle *separate opinions* è molto frequente, tanto da costituire più la norma che l'eccezione: circa il 25% delle sentenze rese nel merito sono adottate all'unanimità, il 15% contengono almeno una *dissenting opinion* e il 60% almeno una *concurring opinion*¹². Del resto, la Corte è investita di un numero di casi molto ridotto rispetto ai ricorsi proposti, stante l'estrema selezione nella fase di deliberazione sulla ammissibilità; ciò implica che le questioni di cui la Corte è chiamata ad occuparsi sono generalmente di un certo rilievo e, come tali, aperte ad una molteplicità di soluzioni.

Il tema è quindi uno degli aspetti più interessanti del metodo decisionale della Corte, meritevole di attenta considerazione. Al di là del dato numerico, di per sé significativo, è infatti essenziale porre in evidenza l'importanza di uno studio della giurisprudenza della Corte che non si limiti a considerare solo la sentenza in quanto tale, ma che tenga nel debito conto le ragioni che hanno condotto uno o più giudici ad esprimere una *dissenting opinion*; ciò diviene addirittura imprescindibile ogni qual volta si tratti di trovare argomenti per sollecitare la Corte, in un successivo caso, a mutare la propria giurisprudenza¹³. Del resto, è interessante notare che, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le *dissenting opinions* non sono affatto redatte dai giudici provenienti dallo Stato membro coinvolto nel caso da decidere, che fanno parte di diritto del collegio e che quindi potrebbero essere portati a sviluppare argomenti "a difesa" del proprio ordinamento. E' stato dimostrato che le opinioni dissenzienti dei giudici nazionali sono molto poche (appena 42 nel quinquennio 1999-2004), sicché le ragioni che conducono ad esprimere un dissenso vanno ricercate nel diverso modo di percepire nel merito la questione oggetto di esame da parte della Corte¹⁴.

¹¹ Per ulteriori riferimenti sullo stile delle sentenze inglesi cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, 2005, Milano, pp. 378 ss.

¹² In argomento cfr. F. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges à la cour européenne des droit de l'homme*, 2004, Bruxelles; più di recente, cfr. F.J. BRUINSMA, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Juris*, 2008, pp. 32 ss. e R.C.A. WHITE-I. BOUSSIAKOU, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 37 ss. Sul ruolo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo v. anche J.G. MERRILLS, *The Development of International law by the European Court of Human Rights*, 2a ed., Manchester, 1993, p. 9.

¹³ R.C.A. WHITE-I. BOUSSIAKOU, *Separate opinions ecc.*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴ Rilievi in parte analoghi possono essere svolti con riferimento alle *concurring opinions*. Come si è visto, esse sono piuttosto frequenti, anche se variano profondamente nella forma: in alcuni casi si riducono ad un breve testo, che spesso non aggiunge molto a quanto già esposto nella sentenza; in altri casi, invece, si tratta di contributi pregevoli, che

A questo riguardo, per esempio, è particolarmente interessante la sentenza del 3 novembre 2011, resa nel caso *H.S. c. Austria* pronunciato dalla Grande Camera e che ha fatto già ampiamente discutere, in quanto relativa ad un tema di scottante attualità quale quello della fecondazione artificiale¹⁵. Ebbene, alla decisione della Corte, che come è noto ha ritenuto conforme alla Convenzione la legislazione austriaca che impedisce la fecondazione eterologa, sono aggiunte due opinioni separate particolarmente significative, che consentono di cogliere il punto centrale del dibattito, le concezioni che si agitano attorno al problema: alcuni giudici contestano alla maggioranza di aver lasciato troppo spazio al margine di apprezzamento, annettendo importanza al dissenso di alcuni stati; un altro giudice, al contrario, nella sua *concurring opinion*, pur avendo votato con la maggioranza, pone tuttavia una domanda centrale che si potrebbe riassumere così: se anche vi fosse il consenso tra gli Stati, questo basterebbe? Sarebbe sufficiente alla decisione della Corte? O non deve la Corte giudicare il caso sulla base del principio della dignità di ogni essere umano? Il criterio della maggioranza è sufficiente, in questioni come queste? La storia non mostra che proprio in Europa decisioni contrarie ai diritti umani sono state assunte a larghissima maggioranza?

Non è questa la sede per entrare nel merito, ma solo per segnalare che, come anche quest'ultimo caso dimostra, a dispetto dello scarso interesse della nostra dottrina e giurisprudenza per l'argomento, le *separate opinions* hanno un'importanza centrale nello sviluppo della giurisprudenza della Corte, non solo perché costituiscono voci "personali" che qualificano e arricchiscono il discorso "istituzionale" della Corte, ma anche perché correggono lo stile a volte burocratico delle sue sentenze, che si è particolarmente accentuato nell'ultimo periodo a seguito dell'impressionante incremento di casi da decidere, e quindi costituiscono spesso un elemento imprescindibile per la stessa comprensione della sentenza.

Non pare che da noi il problema venga percepito nella sua importanza.

2.2. Passiamo ora a svolgere alcune considerazioni sullo stile delle sentenze della Corte di Giustizia. Esse non contengono *opinions* dissenzienti o anche solo separate. La sentenza è collegiale e viene redatta nella lingua utilizzata nel processo; tuttavia, è noto che in camera di consiglio i giudici sovente discutono in francese e la minuta della sentenza è generalmente redatta in francese,

consentono di inquadrare la questione in una prospettiva diversa, anche in ragione della provenienza dei giudici che le redigono. In queste ipotesi, soprattutto quando più giudici si accordano tra loro per redigere un comune testo di *opinion* da essi condivisa, il loro studio costituisce un aspetto essenziale per ricostruire il reale orientamento della Corte.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *S.H. et autres c. Autriche*, sentenza del 3 novembre 2011, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

per poi essere tradotta. Ciò ne influenza lo stile, misurato e asciutto, sebbene il modo di argomentare sia meno succinto e criptico rispetto a quello francese, soprattutto da quando (nel 1979) la Corte ha abbandonato lo stile cd. a frase unica, fino ad allora seguito costantemente¹⁶.

La collegialità della sentenza e lo stile impersonale non consentono sempre una adeguata comprensione dei fatti e ciò è particolarmente evidente nelle sentenze rese in materia di rinvio pregiudiziale, ove sovente è molto succinto l'esame delle questioni alla base del caso pendente avanti al giudice nazionale. Inoltre, è spesso evidente la ricerca di un compromesso tra le varie posizioni dei giudici, a scapito di una completa intelligibilità della motivazione¹⁷.

Tuttavia, un significativo correttivo a questi limiti è costituito dalle conclusioni dell'avvocato generale che, come è noto, precedono la decisione di qualunque caso. Esse sono redatte in uno stile più disteso e contengono specifici riferimenti ai fatti di causa e a tutte le deduzioni svolte dalle parti. La sentenza della Corte e le conclusioni dell'avvocato generale si integrano dunque reciprocamente e, nel loro insieme, consentono l'esatta percezione dei temi alla

¹⁶ Cfr. per dettagli N. BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, cit., pp. 55. Ogni sentenza, dopo l'indicazione del numero della causa, delle parti e dei giudici del collegio, si articola in due parti principali, fatto e diritto, e si conclude con il dispositivo, cui segue la sottoscrizione di tutti i giudici che hanno preso parte alla decisione. Subito dopo il deposito, alcune copie della sentenza vengono messe a disposizione del pubblico nell'aula di udienza e il testo è anche diffuso sul sito della Corte, disponibile per l'accesso gratuito. Tuttavia, l'unica fonte ufficiale è la *Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, pubblicata in tutte le lingue dell'Unione. Il volume che viene pubblicato per primo è quello in francese, che di solito è disponibile circa sei mesi dopo quello cui si riferisce; in stretta successione vedono la luce le versioni nelle altre lingue. La pubblicazione ha cadenza mensile, per un totale di undici uscite (nel mese di agosto l'attività della Corte è infatti sospesa). Per completezza, è opportuno segnalare che con l'istituzione del Tribunale di primo grado (1989), il numero di ogni procedimento viene preceduto dalla lettera "C" (Corte di giustizia) e "T" (Tribunale) ed anche la Raccolta si articola in due parti: la prima (contrassegnata con "I") contiene le sentenze della Corte e la seconda (contrassegnata con "II") contiene le sentenze del Tribunale. Il metodo di citazione delle sentenze varia da paese a paese, sebbene ovunque viene indicato il nome delle parti. Ogni paragrafo della sentenza è numerato e ciò ne rende più agevole la consultazione (ed eventuale citazione di suoi punti). Sullo stile delle sentenze francesi cfr. ampiamente A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino, 2000, pp. 121 ss.

¹⁷ F.G. JACOBS, *Advocates General ecc.*, op. cit., p. 25 osserva che nella Corte siedono giudici provenienti da sistemi giuridici spesso profondamente diversi tra loro, sicché sarebbe forse stata impossibile la enucleazione dei caratteri di fondo dell'ordinamento dell'Unione se ognuno di essi avesse potuto esprimere la propria *opinion*. Invece, la necessità di raggiungere un accordo sulla motivazione di ogni caso ha condotto a ricercare punti in comune, percorrendo così in modo spedito la strada verso l'edificazione del diritto dell'Unione. Si tratta di osservazione comunque discutibile, alla luce di quanto osservato in precedenza sullo stile delle sentenze della Corte di Strasburgo.

base della decisione e una più consapevole comprensione delle scelte adottate dalla Corte¹⁸. E' allora evidente che lo studio di ogni sentenza della Corte non può prescindere da una attenta considerazione delle conclusioni dell'avvocato generale, al fine di individuare in modo realistico e completo la *ratio decidendi*.

Come si è avuto occasione di rilevare con riferimento alle sentenze della Corte europea, anche in questo caso è rarissimo che i nostri giudici tengano conto delle conclusioni dell'avvocato generale, prediligendosi, così, un atteggiamento "burocratico" alla giurisprudenza del Lussemburgo. Torneremo più oltre sulle conseguenze di questo approccio.

3. A dispetto dell'importanza della giurisprudenza convenzionale e di diritto dell'Unione, si ritiene comunemente che la (*una*) regola del precedente vincolante è estranea ad entrambi i sistemi, non esistendo alcuna norma, né della Convenzione, né dei Trattati, che imponga alle Corti di attenersi ai rispettivi precedenti nella decisione dei casi successivi¹⁹.

In realtà, vi sono elementi tali da giustificare quanto meno qualche dubbio al riguardo, sui quali qui non è comunque utile soffermarsi²⁰ perché, al di là della discussione – per vero piuttosto

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. M. BALCERZAK, *The Doctrine of Precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Polish Yearbook of International Studies*, 2004, p. 131, ma la questione sembra essere pacifica; cfr. da ultimo E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117 1° comma Cost.*, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 129. In ambito comunitario, cfr. A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, cit., p. 529, nonché D. CHALMERS-G. DAVIS-G. MONTI, *European Union Law*, 2a ed., Cambridge, 2010, p. 167.

²⁰ Basti ricordare, in ambito convenzionale, che il Protocollo n. 14, recentemente entrato in vigore, prevede che il Comitato (composto da tre giudici) può decidere direttamente il caso, senza rinviarlo alla sezione, quando la questione può essere risolta facendo applicazione di precedenti sentenze della Corte; sembra innegabile che ciò costituisca un riconoscimento piuttosto esplicito dell'esistenza di *una* regola del precedente nel sistema della Convenzione europea. Quanto al diritto dell'Unione, l'art. 104 § 3 del Regolamento di procedura della Corte prevede che "Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente". Esiste, dunque, una norma che attribuisce un valore giuridico preciso alle sentenze della Corte. Va ricordato, in proposito, che il Regolamento di procedura è previsto espressamente nel Trattato e, una volta approvato da parte del Consiglio (art. 223 TCE), contiene le norme processuali vigenti nel sistema giudiziario dell'Unione (secondo un principio di autoregolamentazione della procedura da parte dei giudici che ricorda molto da vicino quanto avviene nell'esperienza di *common law*, il cd. *rule making* power, su cui per ulteriori dettagli cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., pp. 392 ss. nonché ID., *I 'Regolamenti della Corte' nel quadro delle fonti della procedura civile inglese*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, pp. 967 ss.). Il Regolamento è stato adottato il 19 giugno 1991, in GU L 176 del 4.7.1991, pag. 7. Il testo ha subito poi numerose rettifiche ed

oziosa – se esista un obbligo delle Corti europee a seguire i rispettivi precedenti, ciò che emerge con evidenza è che difficilmente si discostano da essi.

La Corte di Strasburgo in una sentenza del 2002 pronunciata dalla Grande Camera afferma: «sebbene la Corte non sia formalmente vincolata a seguire i propri precedenti, è nell'interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e della uguaglianza di fronte al diritto che non deve discostarsi, in assenza di valida giustificazione, dai precedenti resi in casi già decisi»²¹. Questa formulazione è stata poi ripetuta in sentenze successive, pronunciate sempre dalla Grande Camera²², sicché se ne può trarre una conferma significativa del fatto che la Corte si ritiene vincolata ai propri precedenti, salvo che non ritenga sussistente una «valida giustificazione» («*good reason*», «*motif valable*») per discostarsene²³.

aggiornamenti. Per la consultazione dell'edizione consolidata, che tiene conto delle modifiche apportate da ultimo in data 15 gennaio 2008 (GU L 24 del 29 gennaio 2008, p. 39), con alcune novità per le domande di pronuncia pregiudiziale aventi necessità di una trattazione urgente, cfr. <http://curia.europa.eu/it/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf>. L'effetto della previsione contenuta nell'art. 104 Reg. proc. è da apprezzare non tanto per il numero delle ordinanze che la Corte ha effettivamente pronunciato, quanto per il fatto di aver scoraggiato i giudici nazionali a sottoporre questioni già risolte o, comunque, tali da poter essere ritenute sufficientemente chiare; per ulteriori dettagli, sia consentito rinviare a E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 41 ss.. Un'ulteriore e definitiva conferma della natura vincolante della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo si trae ora dalla dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, in cui si dà formalmente atto che il principio della preminenza del diritto dell'Unione, affermato da una «giurisprudenza costante» della Corte di giustizia, «è insito nella natura specifica» dell'Unione e il fatto che esso non sia previsto in modo espresso nel Trattato di Lisbona «non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Christine Goodwin c. United Kingdom*, sentenza dell'11 luglio 2002, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc: «*While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases*» (n. 74).

²² Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Mamatkulov and Askarov c. Turkey*, sentenza del 4 febbraio 2005, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc e *Vilho Eskelin and Others c. Finland*, sentenza del 19 aprile 2007, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

²³ Cfr. in argomento J. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 179 ss. Tali motivi si riconducono essenzialmente a tre ordini di considerazioni: l'esistenza di un'incertezza interpretativa nella giurisprudenza della Corte, l'esigenza di rispondere ad una crescita del contenzioso rispetto ad una determinata problematica e, infine, la necessità di modificare l'interpretazione della Convenzione per rispondere alle nuove istanze della società. Un esempio interessante relativo alla prima ipotesi è costituito dal caso Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pellegrin c. France* (Grande Camera), sentenza dell'8 dicembre 1999, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc. Tuttavia, proprio gli sviluppi che ne sono seguiti mostrano fino a che punto il motivo connesso alla necessità di superare le

Quanto al diritto dell'Unione, è noto che la maggior parte dell'attività della Corte è assorbita dalla giurisdizione in sede di rinvio pregiudiziale²⁴, che assume uno specifico interesse ai nostri fini in quanto la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale è vincolante per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto dell'Unione interpretata dalla Corte²⁵: è a questo livello che sorge il problema di stabilire entro quali limiti le decisioni della Corte costituiscono dei precedenti vincolanti.

Sin dal caso *Cilfit*²⁶ la Corte di Giustizia ha chiarito che il giudice nazionale non è tenuto al rinvio quando «la questione sollevata sia *materialmente identica* ad altra questione, sollevata in

incertezze nella giurisprudenza della Corte costituisca un criterio sfuggente e suscettibile di un uso distorto. Infatti, nel recente caso *Vilho, cit.*, la Grande Camera ha dovuto prendere atto che la sentenza *Pellegrin* aveva in realtà creato altre incertezze, tanto da doverne pronunciare un esplicito *overruling*. Come esempio della seconda categoria di casi, può citarsi Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Kudla c. Poland*, sentenza del 26 ottobre 2000, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc. Quanto all'ultimo ordine di ragioni che la Corte è solita addurre a sostegno di un *overruling*, possono citarsi le seguenti sentenze della Grande Camera: *Selmouni c. France*, del 28 luglio 1999, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc, in cui è stata estesa la classificazione di atti di maltrattamento tali da costituire "tortura" in sede di interrogatori da parte della polizia; *Goodwin, cit.*, in cui è stato interpretato in modo rigoroso il diritto al rispetto della vita privata con riferimento al riconoscimento di identità in seguito a mutamento di sesso; *Demir and Baykara c. Turkey*, del 12 novembre 2008, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc, in cui è stato riconosciuto che il diritto di un sindacato alla contrattazione collettiva va riconosciuto come un elemento essenziale del diritto alla libertà sindacale. In tutti questi casi, la precedente giurisprudenza nelle rispettive materie è stata superata proprio alla luce della considerazione che la Convenzione è uno «strumento vivente che va interpretato alla luce delle condizioni attuali» (cfr. da ultimo *Beganovic c. Croatia*, del 25 giugno 2009, testo disponibile al sito www.echr.coe.int/echr/en/hudoc). L'esame della casistica più recente mostra che spesso i mutamenti di giurisprudenza creano più problemi di quanti intendono risolverne, sicché la Corte sembra ora decisamente orientata verso un approccio molto cauto nel modificare i propri precedenti. Lo rileva il giudice Zagrebelsky nella sua *separate opinion* relativa al caso *Demir and Baykara v. Turkey, cit.* (cfr. in specie n. 3).

²⁴ Cfr. i dati statistici che annualmente vengono pubblicati nelle relazioni annuali, consultabili all'indirizzo <http://curia.europa.eu/it/instit/presentationfr/index.htm>.

²⁵ Giurisprudenza costante: cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, causa C-52/76, *Benedetti c. Munari F.Ili sas*, in *Racc.*, 1977, 163 e 5 marzo 1986, causa 69/85, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania*, in *Racc.*, 1986, 947.

²⁶ Corte Giust., 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit srl e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della Sanità*, in *Racc.*, 1982, 3415. La controversia riguardava l'imposizione del pagamento di una somma in sede di importazione di lane, che era stata ritenuta contraria a quanto previsto in un Regolamento in materia. L'amministrazione statale non riteneva esistenti dubbi interpretativi, mentre i privati insistevano che essendo stata posta la questione di un contrasto con il diritto comunitario la Corte di cassazione – trattandosi di un giudice di ultima istanza – fosse obbligata al rinvio pregiudiziale.

analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale», sia quando esiste una «*giurisprudenza costante* della Corte che [...] risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere» (corsivo aggiunto). La Corte è dunque ben consapevole dell'importanza della stabilità dei propri precedenti, al fine di evitare «che si producano divergenze giurisprudenziali all'interno della Comunità»²⁷, ma è altrettanto consapevole che ciò non si può tradurre in una adesione acritica e pedissequa.

4. Da quanto precede possiamo trarre due spunti: i) un diritto giurisprudenziale implica la conoscenza del caso e, cioè, un esame che non sia limitato alla “massima” più o meno ufficiale tratta dalla sentenza, ma che si estenda ad uno studio approfondito delle opinioni dissenzienti, per quanto riguarda la corte di Strasburgo, e delle conclusioni dell'avvocato generale, per quanto riguarda la Corte di Giustizia; ii) la stabilità dei rispettivi precedenti è un valore che entrambe le Corti mirano a salvaguardare, ma ciò non si traduce mai in una pedissequa adesione a quanto già deciso.

Per avvedersi che i profili “di contesto” appena evocati sono molto più decisivi di quanto potrebbe apparire, è opportuno concentrare l'attenzione sull'approccio dei nostri giudici alla giurisprudenza convenzionale e dell'Unione. Ciò consentirà di mostrare che di fronte alle problematiche poste da un diritto che, come si è visto, ha natura essenzialmente giurisprudenziale, il giurista di *civil law* rischia di trovarsi poco preparato.

Guardiamo ad esempio alla terminologia utilizzata quando i nostri giudici applicano il diritto dell'Unione così come interpretato dalla Corte di Giustizia. La nostra Corte Costituzionale si esprime in termini di «efficacia diretta» o di «immediata operatività» delle sentenze della Corte del Lussemburgo: in una sentenza del 2007 si legge che «le statuizioni della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme dell'Unione direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni»²⁸; in una sentenza del 2010 si ribadisce che: «le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita,

²⁷ Il caso *Cilfit* ha inaugurato una serie ininterrotta di sentenze che si sono ispirate ad esso e che hanno precisato che le sentenze della Corte, oltre ad avere rilevanza nella controversia pendente avanti al giudice che ha proposto il rinvio pregiudiziale, spiegano i loro effetti in ogni caso analogo, per cui il giudice può «astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto comunitario che è stata sollevata dinanzi ad esso» (Corte Giust., 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën*, in *Racc.*, 2005, I-8151, che richiama Corte Giust., 17 maggio 2001, causa C-340/99, *TNT Traco Spa c. Poste Italiane Spa ed altri*, in *Racc.*, 2001, I-4109). Da ultimo, R. ADAM-A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 315 ritengono che l'efficacia *erga omnes* del principio di diritto enunciato dalla Corte costituisce ormai prassi consolidata.

²⁸ Così Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 4.

sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione»²⁹. Dal canto suo, la nostra Corte di Cassazione non esita a riconoscere «valore normativo» alle sentenze della Corte di Giustizia³⁰.

Questa terminologia, a ben vedere, è la stessa che la nostra giurisprudenza utilizza per riconoscere l'efficacia diretta e il primato alle fonti legislative dell'Unione (Trattati, regolamenti e direttive). Ciò, se da un lato mostra che i nostri giudici riconoscono ormai alla giurisprudenza della Corte di giustizia un valore particolarmente stringente e vincolante, dall'altro lato rivela anche che il diritto legislativo e quello (di fonte) giurisprudenziale vengono sostanzialmente equiparati, senza coglierne la diversa natura. Infatti, una sentenza non può essere mai, come tale, direttamente e generalmente applicabile, in quanto costituisce una decisione resa rispetto ad un caso concreto e l'enucleazione di una regola o di un principio non possono mai prescindere dalla esatta individuazione del *caso* che ne è all'origine. Se è vero che le sentenze della Corte di Giustizia "interpretano" il diritto dell'Unione, è altrettanto vero che l'interpretazione ha sempre alla sua base una fattispecie concreta, il cui esame è imprescindibile per coglierne l'esatta portata.

E' significativo osservare che una simile confusione di piani è presente nella nostra giurisprudenza anche rispetto alle sentenze della Corte europea. Già con le note sentenze parallele n. 348 e n. 349 del 2007³¹ la Corte Costituzionale, pur respingendo l'orientamento secondo cui il giudice può disapplicare autonomamente (e cioè senza ricorrere alla Corte) la normativa interna contrastante con la Convenzione, ha tuttavia affermato l'esistenza di un preciso obbligo di «interpretazione conforme» delle leggi nazionali rispetto alla Convenzione «come interpretata dalla Corte europea». Con la successiva sentenza n. 311 del 26 novembre 2009³², la Corte si è spinta fino a ritenere addirittura preclusa ogni possibilità di interpretazione della Convenzione europea, che sarebbe stata "delegata" in via esclusiva alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In un passaggio significativo di questa sentenza si legge: «questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve»³³.

²⁹ Corte Cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *www.giurcost.org*.

³⁰ Cass., sez. lav., 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095.

³¹ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475; Id., n. 349, *ivi*, p. 3535.

³² Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 164.

³³ In un'altra sentenza di poco successiva, Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *ivi.*, p. 181, si legge: «Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della Cedu a quella della Corte di Strasburgo, *con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione*».

Alcuni giudici di merito mostrano una certa diffidenza rispetto a questo criterio, affermando chiaramente che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la CEDU è divenuta direttamente applicabile nell'ordinamento interno, sicché al giudice sarebbe possibile disapplicare direttamente la normativa interna in contrasto con i diritti garantiti in sede europea³⁴.

Ma il punto su cui sembra opportuno attirare l'attenzione è, di nuovo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, come ogni giudice, decide *casi concreti* e l'interpretazione della Convenzione è sempre e comunque riferita a quei casi. E' illuminante, al riguardo, la testimonianza di Vladimiro Zagrebelski, per molti anni giudice italiano della Corte di Strasburgo, circa il metodo seguito dalla Corte: «il modo di ragionare della Corte, sia nella motivazione delle sentenze, sia nella discussione tra i giudici nella camera di consiglio, è fondamentalmente basato sui precedenti. Si parte dalla ricerca del precedente rilevante e, quando non esista un precedente specifico, la Corte si avventura negli interstizi lasciati aperti tra i precedenti giurisprudenziali pertinenti ma non specifici. Essa dunque procede distinguendo il caso da decidere da quello o quelli già decisi, per infine pervenire all'identificazione del precedente che indica la soluzione da adottare o alla conclusione che il caso da decidere non trova ancora riscontro nella giurisprudenza della Corte. In questo secondo caso si tiene conto di precedenti che esprimano una *ratio decidendi* comunque utile; infine, in mancanza anche di questo, si procede alla ricerca del senso da assegnare alle disposizioni della Convenzione con gli ordinari metodi interpretativi»³⁵.

Se questo è il modo di operare della Corte europea (peraltro molto simile a quello della Corte di Giustizia) è evidente che il giudice interno non può seguire un metodo diverso ed attribuire alle sentenze una portata che esse non possono avere.

³⁴ Cfr. ad es. Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it; nonché Tar Lazio, sez. IIa bis, 18 maggio 2010, n. 11984, ivi, ove dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si ritiene sostanzialmente superabile quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella propria giurisprudenza di cui alle sentenze n. 348 e 349 del 2007, nel senso di una «possibile disapplicazione, da parte di questo giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a maggior ragione quando, come in questo caso, la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione». V. anche Corte Conti reg., Friuli Venezia Giulia, sez. giurisd., in *Riv. Corte Conti*, 2010, p. 119.

³⁵ Così V. ZAGREBELSKI, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, relazione del 20 novembre 2009, in www.giurisprudenza.unimib.it/V2/DATA/bacheca/File/convegni%20locandine/2009-2010/Zagrebelsky.pdf.

5. E' giunto il momento di trarre qualche annotazione conclusiva dal discorso sviluppato sin qui. Esso ha preso le mosse dal rilievo che la tutela dei diritti in ambito europeo fa perno sull'attività delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo. Questo dato potrebbe essere ritenuto così evidente da non meritare particolari sottolineature. Esso sembra, invece, decisivo: quando si parla di tutela dei diritti umani in Europa si evoca un sistema di diritto a base essenzialmente giurisprudenziale e ciò ha un'immediata implicazione metodologica, nel senso di additare come prima necessità quella di muovere da una adeguata conoscenza e consapevolezza del contesto in cui questo diritto si forma.

Un sistema *europeo* di tutela dei diritti umani non potrà che poggiare su un giudice autenticamente europeo, intendendo come tale non solo quello che siede nelle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, rispetto al quale il giudice nazionale deve limitarsi a recepire i dettami, ma *ogni* giudice nazionale, in grado di padroneggiare gli strumenti e le dinamiche di un diritto giurisprudenziale e di essere protagonista di un dialogo tra diverse esperienze e diverse percezioni dei diritti, che sono la conseguenza di tradizioni giuridiche e culturali profondamente radicate e che sovente, ultimamente, sfidano la sua coscienza.

Gli esempi analizzati, invece, mostrano una fragilità culturale dei nostri giudici nel confrontarsi con l'uso del precedente: ciò che sembra contare è il "principio", consacrato da una "giurisprudenza costante", formulato in termini il più possibile avulsi dal caso concreto e, per tal via, applicabile anche ad altri casi. In questo contesto, ad esempio, l'affermazione della nostra Corte Costituzionale che il giudice interno non potrebbe neppure interpretare la Convenzione europea, perché questo compito non gli spetterebbe, essendo stato delegato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lascia quanto meno perplessi, perché il giudice non può delegare a nessuno il compito di svolgere un paragone serrato tra il caso concreto e la fattispecie decisa in sede europea, individuare la *ratio decidendi* della decisione, confrontarla con altri casi e, distinguerla, se necessario, da essi.

Beninteso, si tratta di una sfida che riguarda i nostri giudici tanto quanto quelli inglesi. A questo riguardo, quando nel 2010 un giudice della *Supreme Court* inglese ha affermato che «se Strasburgo parla, il caso è chiuso»³⁶, l'attuale Presidente della Corte, Nicolas Bratza, inglese anche lui, non ha mancato di rilevare che «non è questo il modo con cui io e i miei colleghi intendiamo i rispettivi ruoli delle due Corti»³⁷.

Sembra dunque chiaro che nessuno chiede al giudice di considerare la giurisprudenza delle Corti europee come una fonte legislativa da applicare in modo pedissequo. In tal senso, un segnale

³⁶ *Secretary of State for the Home Department v AF (No 3)* [2010] 2AC 269, par. 98, *per* Lord Rodger.

³⁷ N. BRATZA, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505.

di maggiore consapevolezza sembra emergere da una recente sentenza della Corte Costituzionale, laddove afferma che una pronuncia della Corte di Strasburgo, «ancorché tenda ad assumere un valore e generale di principio [...], resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio»³⁸.

Occorrerà verificare se a questa apertura della Corte farà seguito una maggiore consapevolezza dei nostri giudici di essere protagonisti di un dialogo che non ammette facili scorciatoie burocratiche. Altrimenti, è facile prevedere che la crescita a dismisura di cataloghi di diritti, unita alla proliferazione di istanze giurisdizionali preposte alla loro tutela, porterà ad un indebolimento dei diritti umani. Il segnale del disagio manifestato da alcuni stati – attestato dalle riserve del Regno Unito e della Polonia di cui al protocollo n. 30 del Trattato di Lisbona – mostra chiaramente la portata della posta in gioco.

³⁸ Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4142.