



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in diritti umani: evoluzione, tutela e limiti

Dipartimento di Giurisprudenza

Diritto internazionale - IUS/13

IL PRECEDENTE NELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

IL DOTTORE
SILVIA SPALLINO

IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ISABEL TRUJILLO

IL TUTOR
CH.MO PROF. MASSIMO STARITA

CICLO XXX
2018

Il precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

Indice

Introduzione	4
Premessa	11
Capitolo primo. Il ragionamento per precedenti	
1. <i>Introduzione</i>	18
2. <i>Il precedente. Nozione</i>	20
3. <i>Ratio decidendi e obiter dicta</i>	23
4. <i>Il ragionamento per precedenti</i>	28
5. <i>La forza o autorità del precedente</i>	32
Capitolo secondo. Contesto istituzionale e sistematico in cui i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sono usati	
1. <i>Introduzione</i>	37
2. <i>La Corte esercita una funzione costituzionale? Approccio individuale e approccio generale nella Corte europea</i>	38
3. <i>I caratteri della Convenzione europea</i>	48
4. <i>Dimensione della Corte. Il potere di selezionare i casi da decidere</i>	53
5. <i>Struttura interna della Corte. Articolazione in Camere e Sezioni</i>	56

5.1.	<i>La grande Camera</i>	60
6.	<i>Lo stile delle sentenze</i>	73

Capitolo terzo. Seguire il precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

1.	<i>Introduzione</i>	82
2.	<i>Precedente e ratio decidendi</i>	83
3.	<i>Ragionamento per precedenti. Tre modelli</i>	89
3.1.	<i>Il ragionamento per precedenti in senso stretto</i>	90
3.2.	<i>Il ragionamento analogico</i>	94
3.3.	<i>Il precedente come "fonte" di analogia</i>	101
4.	<i>Giustificazioni per seguire il precedente</i>	106

Capitolo quarto. L'autorità del precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

1.	<i>Introduzione</i>	109
2.	<i>Autorità di cosa giudicata e autorità di cosa interpretata delle sentenze della Corte europea. Effetti erga omnes ed effetti inter partes</i>	111
3.	<i>Forza giuridica non vincolante del precedente</i>	118
4.	<i>L'autorità del precedente</i>	120
5.	<i>Differente peso del precedente nel contesto giustificativo</i>	125

Capitolo quinto. Superare il precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

<i>1. Introduzione</i>	131
<i>2. Overruling. Definizione</i>	133
<i>3. Overruling. Procedure e giustificazioni</i>	137
<i>3.1. Interpretazione evolutiva</i>	142
<i>3.2. Interpretazione evolutiva e overruling nella giurisprudenza della Corte</i>	153
Conclusioni	162
Bibliografia	167
Indice della giurisprudenza	174

Introduzione

La Corte europea dei diritti dell'uomo¹ ha nel tempo consolidato la prassi di seguire i propri precedenti.

Che seguire i precedenti sia il modo ordinario di operare della Corte si ricava, oltre che indirettamente dai frequenti riferimenti alle proprie decisioni anteriori, anche da quanto esplicitamente riconosciuto dalla stessa a partire dal caso *Cossey c. Regno Unito*. Secondo una formula poi costantemente ripresa, la Corte ha, infatti, affermato che “essa usualmente segue e applica i propri precedenti, ciò essendo nell'interesse della certezza giuridica e dell'ordinato sviluppo della giurisprudenza della Corte”². In tal senso si esprime, peraltro, la dottrina pressoché unanime, la quale si è spinta sino a sostenere che la Corte di Strasburgo abbia sviluppato una “limitata dottrina stare decisis”³. Conferme di tale ruolo centrale del precedente nella prassi della Corte provengono, poi, dalle opinioni espresse extra giudizialmente da giudici o ex giudici della Corte di Strasburgo. Il modo di ragionare ed operare della Corte è descritto come fondamentalmente basato sulla ricerca del precedente rilevante rispetto al caso da decidere, esercitando, non solo l'accumularsi di precedenti, ma anche il singolo precedente un'autorità che non può considerarsi limitata al caso deciso⁴. Le discussioni in seno alla

¹ D'ora in Avanti, anche semplicemente “Corte” o “Corte EDU”.

² Corte EDU, 27 Settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, §35: “The applicant argued that, in any event, the issues arising under Articles 8 and 12 (art. 8, art. 12) deserved reconsideration. It is true that, as she submitted, the Court is not bound by its previous judgments; indeed, this is borne out by Rule 51 para. 1 of the Rules of Court. However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions (see, amongst several authorities, the Inze judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 18, para. 41)”. La stessa posizione è espressa quasi con le stesse identiche parole in numerose altre sentenze, tra cui Corte EDU, 18 Gennaio 2001, *Beard c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94, §81.

³ SUNDBERG, *The European experience of Human Rights Proceedings: The Precedent Value of the European Court's Decisions*, in *Akron Law Review* 629, 1986, pp 629-649, p. 631.

⁴ ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca. 19-20 Novembre 2009*, Giuffrè, pp.69-70.

Corte ruoterebbero, pertanto, sulla nozione di precedente, pur non mancando contrasti riguardo, ad esempio, cosa costituisca un precedente, come debba essere definita la *ratio decidendi* o se un precedente debba essere seguito o meno. Il precedente sarebbe di fatto seguito, a meno che non vengano in rilievo ragioni cogenti per non farlo⁵.

Parallelamente, la giurisprudenza della Corte, ovvero il complesso dei principi e delle regole ricavabili dalle sue decisioni⁶, è divenuta parte indispensabile del diritto europeo dei diritti dell'uomo⁷. Non sarebbe possibile conoscere quale sia il contenuto del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art 8 CEDU o del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione di cui all'art 9 CEDU, per fare solo alcuni esempi, senza fare riferimento all'ampia giurisprudenza della Corte in materia.

Simile pratica, così descritta, non è in realtà inusuale. È, difatti, comune pressoché a qualunque organo giurisdizionale, sia esso statale o internazionale, impiegare, anche solo implicitamente, decisioni passate, proprie o di altri organi giurisdizionali, così facendosi in qualche misura guidare da esse per la risoluzione di casi successivi. Allo stesso tempo, sarebbe impossibile conoscere quale sia il diritto effettivamente vigente in un dato ordinamento giuridico, ed in particolare nell'ordinamento internazionale, senza fare riferimento alla prassi applicativa⁸. In tal senso può sostenersi che tutte le corti tendano a seguire i precedenti e che il precedente rivesta un ruolo nella prassi giudiziale e nello

⁵ WHILDABER, *Precedent in the European Court of human rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER ET AL, *Protection des droits de l'homme: la perspective europeenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Carl Heymanns Verlag KG, pp 1529-45, p. 1530-1531.

⁶ In tal modo il "case law" è definito in CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit., 1991, p. 3.

⁷ Tra gli altri, MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993, pp. 12-16; POPOVIC, *The emergence of the European Human Rights Law*, Eleven International Publishing, 2011; SUDRE, *Droit europeen et international des droit de l'homme*, Press Universitaires de France, 2012, p. 135; LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 2008.

⁸ Con riferimento al ruolo della giurisprudenza in diritto internazionale, tra gli altri, JACOB, *Precedents: lawmaking trough international adjudication*, in *German Law Journal*, vol. 12 No 5 (2011), pp. 1005-1032, p. 1005, BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003; SHAHABUDEEN, *Precedent in the world Court*, Cambridge University Press, 1996.

sviluppo del diritto in tutti i sistemi giuridici moderni⁹. Ciò, quindi, indipendentemente dal fatto che ad essi sia riconosciuto formalmente il ruolo di fonti del diritto e forza giuridica vincolante, come storicamente è nei sistemi di *common law*, ovvero il ruolo di fonti secondarie (o ausiliarie) e forza meramente “persuasiva” (o vincolante “di fatto”) come è invece nei sistemi di *civil law* ed anche di diritto internazionale. La tradizionale distinzione secondo cui solo i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi no, non è ad oggi - se mai lo è stata - descrittiva¹⁰. Riferirsi a quanto deciso in passato risulta, infatti, caratteristico del ragionamento giuridico in generale e del ragionamento giudiziale in particolare¹¹. Ragioni di coerenza, uguaglianza davanti al diritto, prevedibilità, tutela delle aspettative, economia dei motivi, sono usualmente riconosciute a fondamento di tale prassi. Al contempo, la classica dottrina secondo cui il giudice non applica che il diritto già esistente e non crea mai diritto si è in pratica dissolta, essendo l’attività di applicazione e interpretazione del diritto riconosciuta parte indispensabile del diritto “vivente” in un dato sistema giuridico¹².

Ciò che varia, pertanto, non è il fatto di impiegare i precedenti e la giurisprudenza, prassi che riveste una certa importanza nella vita del diritto in tutti gli ordinamenti giuridici, ma il modo in cui tale prassi concretamente si realizza. In altre parole, se è vero che in quasi tutte le giurisdizioni i giudici tendono a decidere un caso nello stesso modo in cui casi simili sono stati decisi, la forza di tale tendenza e le modalità con cui essa si realizza possono variare in maniera considerevole¹³. Le decisioni precedenti possono essere, ad esempio, utilizzate dai giudici al momento di decidere una controversia solo implicitamente, oppure citate in modo esplicito e magari discusse ampiamente, distinguendone gli elementi

⁹ MACCORMICK, SUMMERS, *Further general reflections and conclusion*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 531-532; CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, 4 ed, cit., pp.3 ss.; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007.

¹⁰ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., pp. 7-8.

¹¹ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.

¹² SCHLESINGER, *Comparative Law*, 7 ed., Foundation Press, 2009, pp. 613 ss.

¹³ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit.

rilevanti. O ancora, possono essere impiegate nel contesto giustificativo come principale o unico argomento a fondamento di una data decisione, ovvero utilizzate a fini meramente esemplificativi¹⁴. Simili ed altre differenze sono riflesso delle diverse regole del precedente, o dottrine del precedente, accolte nei diversi sistemi giuridici, ovvero di quel complesso di istruzioni metodologiche circa il modo in cui i precedenti operano nella prassi e il ruolo che essi assumono nel sistema. Istruzioni che possono essere più o meno esplicite e possono mutare ed evolversi nel tempo. In tal senso, tutti i sistemi giuridici dispongono di dottrine del precedente, siano esse particolarmente dettagliate, come nei sistemi di *common law*, oppure scarsamente articolate, come in diritto internazionale¹⁵.

Si è soliti poggiare la già menzionata contrapposizione tra sistemi di *common law* e di *civil law* proprio sulla differente dottrina del precedente accolta nelle due famiglie. Se è vero che, come accennato, tale contrapposizione non può certo fondarsi sul fatto che solo i primi e non anche i secondi impieghino i precedenti, è allo stesso tempo incontestabile che le regole del precedente operanti nelle due famiglie sono differenti e che tale circostanza si riverbera sulla prassi quotidiana delle corti. Anche accogliendo le tesi secondo cui la differenza tra vincolatività *cd de iure* e vincolatività *cd de facto* sarebbe di grado, o addirittura non sussisterebbe affatto, e che tra sistemi di diritto continentale e anglosassone esisterebbero maggiori elementi di continuità che di discontinuità, non può farsi a meno di osservare che le due famiglie giuridiche sono caratterizzate da una differente prassi giudiziale con riferimento al precedente e alla giurisprudenza¹⁶. Prescindendo per il momento dall'analizzare il significato della distinzione tra fonti primarie e fonti secondarie o tra forza giuridica vincolante e forza meramente persuasiva, non può, in altre parole, non costatarsi che anche la sola circostanza che il giudice anglosassone si senta formalmente

¹⁴ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, pp. 437-460, pp. 454-457.

¹⁵ Utilizza tale nozione di "regola del precedente" o "dottrina del precedente" MACCORMICK, *Why cases have rationes and what they are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, Clarendon Press, 1987, pp. 155-182, p. 156.

¹⁶ MACCORMICK, SUMMERS, *Further general reflections and conclusion*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit.

vincolato a seguire le decisioni precedenti, mentre il giudice continentale no, ha determinato e determina quanto meno un differente approccio ai precedenti e alla giurisprudenza¹⁷.

In che modo la Corte europea dei diritti dell'uomo segua le sue stesse decisioni precedenti e quale forza vi attribuisca, nonché parallelamente quale ruolo le decisioni assumano nello sviluppo del diritto CEDU, sarà precisamente l'oggetto del presente lavoro. Campo specifico d'indagine sarà, dunque, il cd valore interno del precedente, ovvero il valore che rivestono le sentenze della Corte rispetto ai casi successivi che si presentino dinanzi alla medesima¹⁸. L'interesse per tale studio è evidente ove si consideri che, nonostante la riconosciuta importanza della prassi della Corte di seguire i suoi precedenti, nonché la centralità della sua giurisprudenza nello sviluppo del diritto europeo dei diritti dell'uomo, non è chiaro quali siano i principi o le regole in grado di descrivere ed eventualmente guidare tale prassi. In altri termini, non esiste, allo stato, una articolata dottrina del precedente relativa al contesto della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di un tema di studio che interseca - e quindi si presta ad essere utile rispetto all'analisi di - numerose questioni "classiche" di carattere più generale attinenti alla funzione giurisdizionale, in particolare internazionale. Si pensi al rilievo che il tema del precedente giudiziario riveste, ad esempio, rispetto alle fonti di diritto internazionale o, più in generale, al ruolo del giudice internazionale. Lo studio del precedente nel sistema di tutela della Corte europea dei diritti dell'uomo è strettamente connesso, inoltre, a varie problematiche relative a tale specifico sistema. Discussioni circa la funzione della Corte come giudice "costituzionale", o il suo ruolo "creativo", o, ancora, circa il problema relativo alla gran mole di ricorsi che essa si trova ad esaminare, presentano forti elementi di contiguità rispetto al tema del precedente.

¹⁷ MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988.

¹⁸ Tale nozione di "valore interno del precedente", riferita al contesto CEDU e contrapposta al cd valore esterno del precedente, cioè relativo agli effetti delle sentenze rispetto ai casi successivi che si presentino dinanzi alle corti domestiche, si ritrova tra l'altro in SUNDBERG, *The european experience of Human Rights Proceedings: The Precedent Value of the European Court's Decisions*, cit.; e ripresa in BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the international court of justice and the European court of human rights*, in *The polish yearbook of international law*, 27, 2004, pp. 131-145.

A tal fine, sono necessari due ordini di precisazioni. Deve, in primo luogo, osservarsi che, se la distinzione tra sistemi di *civil law* e *common law*, attraverso cui si è soliti analizzare la pratica relativa ai precedenti, coglie alcune delle differenze effettivamente esistenti in tale pratica, non esaurisce di certo le possibili variabili in materia. Innanzitutto, tra gli stessi Paesi che vengono ricondotti rispettivamente alla categoria dei sistemi di *common law* e di *civil law* possono riscontrarsi importanti differenze. Solo per fare alcuni esempi, i giudici inglesi sono in genere descritti come più rigidi nell'applicazione della regola *stare decisis* rispetto ai giudici statunitensi¹⁹, mentre tradizionalmente i giudici francesi sono più restii ad utilizzare in modo esplicito i precedenti rispetto ai colleghi di altri Paesi continentali²⁰. In secondo luogo, anche all'interno di uno stesso ordinamento giuridico, sia esso di *civil law* o di *common law*, possono esistere notevoli variazioni nell'approccio ai precedenti in relazione ad una molteplicità di fattori quali le competenze affidate alle corti, l'autorevolezza della corte da cui il precedente proviene, la circostanza che il precedente rappresenti o meno un trend, ecc. Infine, esistono sistemi giuridici che sfuggono alla suddetta classificazione, presentando caratteristiche ibride o distanti da entrambe le categorie. È certamente vano, per quel che qui interessa, tentare di ricondurre un organo giurisdizionale internazionale, come la Corte europea dei diritti dell'uomo, ad una delle due tradizioni giuridiche, non fosse altro che per il fatto che di esso possono fare parte tanto giudici continentali che anglosassoni. Per tali ragioni, il dualismo *civil law/common law* sarà utilizzato con cautela, nella misura in cui può fornire strumenti concettuali utili per l'analisi del precedente anche in un sistema non pienamente ascrivibile ad una delle due famiglie.

Deve, in secondo luogo, osservarsi che, per analizzare come i precedenti operino in un dato sistema giuridico, non può chiaramente farsi riferimento alle sole prescrizioni di diritto positivo esplicitate circa il modo in cui i precedenti debbano essere concepiti e usati. Oltre al fatto che prescrizioni del genere possono essere del tutto assenti, esse non sono

¹⁹ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit., pp. 3 ss; MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, cit.

²⁰ TROPER, GRZEGORCYK, *Precedent in France*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 103-141; CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit., pp. 10-15.

comunque sufficienti per descrivere il ruolo che le decisioni giudiziali assumono e il modo in cui esse sono impiegate dai giudici in un sistema. Anche altri fattori, o formanti, devono essere presi in considerazione. Tra questi, sicuramente: fattori sistemici o istituzionali, come il modo in cui le decisioni sono strutturate e rese conoscibili o le funzioni affidate alle Corti operanti nel sistema; fattori dottrinali, ovvero il complesso degli intendimenti teorici circa il concetto di precedente e i concetti chiave ad esso collegati (o teoria del precedente²¹); fattori giurisprudenziali, ovvero il modo in cui nella prassi i giudici trattano le decisioni precedenti²². Per ricostruire la dottrina del precedente operante nel contesto della Corte di Strasburgo dovrà, dunque, farsi riferimento, non soltanto e non tanto alle disposizioni convenzionali e di diritto internazionale applicabili circa il ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto e al valore vincolante o meno delle sue decisioni, ma anche e soprattutto allo specifico contesto istituzionale in cui la Corte si trova ad operare, nonché al modo in cui essa stessa adopera le proprie decisioni.

²¹ Fa riferimento a tale significato di “teoria del precedente” MACCORMICK, *Why cases have rationes and what they are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, cit., p. 157.

²² Fa riferimento a tali “formanti”, MATTEI *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, cit.

Premessa

Ci si può domandare per quale ragione e in quale misura sia giustificato limitare lo studio del precedente, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, alla sola Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tutti i giudici internazionali, infatti, - per tali intendendosi il complesso di corti e tribunali dotati del potere di risolvere in via giurisdizionale controversie giuridiche di carattere internazionale - usano citare continuamente decisioni anteriori, tanto proprie, quanto di altri giudici internazionali²³. È sufficiente leggere una qualsiasi decisione di una corte o di un tribunale arbitrale internazionale per avere contezza di tale fenomeno. Prassi che non sorprende, essendo in linea con la tendenza propria di qualunque organo giurisdizionale, cui si è fatto riferimento nell'introduzione, di riferirsi alle decisioni passate. Le stesse esigenze di coerenza, certezza e uguaglianza dinanzi al diritto che spingono, in vario grado, i giudici interni a conformarsi ai precedenti, rilevano anche con riferimento ai giudici internazionali²⁴.

Se tale tendenza risulta difficilmente contestabile, i caratteri propri dell'ordinamento internazionale, impediscono la possibilità di parlare di una vera e propria dottrina del precedente in diritto internazionale.

Non può farsi a meno di considerare, innanzitutto, che i precedenti non possono formalmente essere considerati giuridicamente vincolanti, né annoverati tra le fonti di diritto internazionale. Queste ultime trovano un riconoscimento positivo nell'art 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia che, nonostante si riferisca espressamente alle sole fonti applicabili dalla Corte internazionale di giustizia, è generalmente considerato una statuizione comprensiva delle fonti di diritto internazionale, essendo riflesso della prassi già

²³ ACQUAVIVA, POCAR, *Stare decisis*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1683?rskey=1uSMtC&result=1&prd=EPIL>.

²⁴ LAUTERPACHT, *The development of international law by the International Court*, Londra, 1958, p. 14.

applicata dai tribunali arbitrali internazionali²⁵. La disposizione in commento, dopo la consuetudine internazionale e i principi generali di diritto, fa riferimento alla giurisprudenza, insieme alla dottrina, come “mezzo ausiliario” per determinare le norme giuridiche di diritto internazionale nei limiti di cui all’art 59 dello stesso Statuto²⁶. La giurisprudenza è, dunque, qualificata come utile strumento per acclarare il significato ma non per produrre norme giuridiche di diritto internazionale e posta su di un piano parificato a quello della dottrina. L’art 59 dello Statuto, che presenta un contenuto simile ad analoghe clausole contenute in trattati (si veda l’art 46 della CEDU) e compromessi arbitrali, stabilisce, d’altra parte, che le sentenze della Corte sono obbligatorie solo per le parti in lite e rispetto al caso deciso²⁷. Tale disposizione è volta ad escludere, pertanto, che ai precedenti possa essere attribuita forza giuridica vincolante e non semplicemente a garantire che gli Stati terzi possano esercitare il diritto di intervento²⁸ – nel quale caso rappresenterebbe una superflua ripetizione della norma di cui all’art 63 dello Statuto medesimo²⁹.

Se tale è il quadro formale, è al contempo largamente condiviso, tuttavia, che le decisioni dei giudici internazionali non si limitino a chiarire il significato di norme di diritto internazionale, né che i loro effetti si esauriscano in quelli obbligatori e definitivi connessi

²⁵ PELLET, in ZIMMERMANN, TOMUSCHAT, OELLERS-FRAHM, *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2007, p. 677; CRAWFORD, *Brownlie’s principle of public international law*, Oxford University press, 2012, p. 22.

²⁶ Art 38 Statuto Corte internazionale di giustizia. “1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d. con riserva della disposizione dell’articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. 2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono”.

²⁷ Art. 59 Statuto Corte internazionale di giustizia “La sentenza della Corte è obbligatoria soltanto per le parti in lite e nel caso da essa deciso”.

²⁸ CRAWFORD, *Brownlie’s principle of public international law*, cit., p. 38.

²⁹ Art. 63 Statuto Corte internazionale di giustizia: “1. Ove si tratti d’interpretare una convenzione alla quale hanno partecipato anche altri Stati oltre le parti in causa, il Cancelliere li avverte senz’indugio. Componente di conflitti internazionali 14 0.193.501 2. Ognuno di essi ha diritto d’intervenire al processo e, quando eserciti tale diritto, l’interpretazione contenuta nella sentenza è obbligatoria anche in suo confronto”.

all'autorità di cosa giudicata della sentenza³⁰. Ciò risulta particolarmente evidente con riferimento alle decisioni concernenti l'applicazione e interpretazione del diritto internazionale generale o consuetudinario. Nella misura in cui enunciano il contenuto di una regola di diritto internazionale generalmente applicabile, simili pronunce, infatti, rilevano chiaramente anche al di là del caso concreto. Quando sono sufficientemente costanti, inoltre, possono imporsi - ovvero avere indirettamente effetti vincolanti - come elementi della consuetudine internazionale, riflettendo l'accordo generale degli Stati. Considerazioni in parte analoghe valgono anche con riguardo alle decisioni che interpretano regole contenute in convenzioni internazionali multilaterali. Anche in tale ipotesi deve riconoscersi che le decisioni, sebbene formalmente vincolanti solo con riferimento al caso concreto, esplicano effetti anche al di là di questo e non si limitano ad un mero chiarimento del diritto. Se così non fosse, dovrebbe ammettersi che la stessa convenzione possa essere soggetta ad interpretazioni distinte in ragione della sola differenza tra le parti in lite³¹. In linea con quanto si è accennato nell'introduzione, pertanto, che non si applichi una regola *stare decisis* e che la giurisprudenza non sia riconosciuta quale fonte del diritto, non esclude che i precedenti assumano nell'ambito del diritto internazionale un ruolo significativo, ruolo che va ben al di là di quello di strumenti ausiliari di interpretazione.

Né il tenore dell'art 59, e simili disposizioni, né quello dell'art 38 dello Statuto della Corte di giustizia impediscono, peraltro, di pervenire a simili conclusioni. Da una parte, l'art 59, nel limitare gli effetti obbligatori delle sentenze alle parti e all'oggetto della controversia, nulla dice circa la possibilità che le stesse esplicino effetti diversi anche oltre il caso concreto. La disposizione preclude, in altri termini, non che ai precedenti possano essere riconosciuti effetti, ma semplicemente che i precedenti siano trattati come strettamente vincolanti, rimanendo i giudici sempre liberi di discostarvisi³². Dall'altra, la stessa

³⁰ BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, cit.; JACOB, *Precedent: lawmaking through international adjudication*, cit.; BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the international court of justice and the European court of human rights*, cit.; SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, cit.

³¹ BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, cit.

³² BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, cit.

contrapposizione tra fonti formali, quali metodi di creazione di regole giuridiche generalmente applicabili e vincolanti, e fonti materiali, quali strumenti utili a fornire evidenza delle regole già esistenti, elaborata con riferimento agli ordinamenti statali, assume nel contesto del diritto internazionale un significato differente. La contrapposizione ha quale presupposto, infatti, l'esistenza di meccanismi centralizzati di produzione delle norme giuridiche e, conseguentemente, l'esistenza di una gerarchia ordinata di fonti del diritto. Simili meccanismi, tuttavia, non hanno, come noto, riscontro nell'ordinamento internazionale, caratterizzato dal decentramento dei mezzi di produzione del diritto. La consuetudine, le convenzioni, i principi generali, la dottrina e la giurisprudenza, elencati dall'art 38, oltre a non esaurire le fonti applicabili dai giudici internazionali – tra le quali, ad esempio, risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU – non si trovano in rapporto gerarchico tra loro, con l'eccezione di quelle norme che rappresentano lo *jus cogens*. Per tale ragione, si ritiene che la qualifica di una "fonte" come formale e la sua contrapposizione ad una fonte materiale sia difficile da mantenere in diritto internazionale³³.

Allo sviluppo, in diritto internazionale, di un sistema coerente di regole e principi che guidino l'uso del precedente sembra opporsi, invece, il suo carattere cd anarchico. Lo sviluppo di una dottrina del precedente appare, infatti, strettamente connesso alla presenza di una struttura gerarchicamente ordinata di organi giudiziari ove, indipendentemente dalla circostanza che sia accolta o meno una regola *stare decisis*, ci si attende che i giudici seguano le decisioni provenienti da giudici di pari o superiore livello gerarchico³⁴. Il peso attribuito al precedente risulta per lo più dipendente da fattori "estrinseci" allo stesso, come il tempo e, soprattutto, il rango gerarchico della decisione, tali per cui, in presenza di una pluralità di decisioni potenzialmente rilevanti, prevalga quella che, per ultima, sia stata pronunciata dal giudice gerarchicamente sovraordinato. In diritto internazionale, tuttavia, non esiste, come noto, una simile struttura, se non, in una certa misura, nell'ambito di

³³ CRAWFORD, *Brownlie's principle of public international law*, cit., pp. 20-21.

³⁴ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, cit.

sistemi regionali o specializzati, come la Corte europea dei diritti dell'uomo³⁵. Il progressivo affermarsi e "proliferare" di corti e tribunali internazionali, che ha caratterizzato la storia dei rapporti internazionali a partire soprattutto dagli anni '90 del secolo scorso, non è stato accompagnato dal parallelo affermarsi di una struttura centralizzata. Si sono sviluppati, al contrario, sistemi giurisdizionali autonomi, non legati tra loro da rapporti gerarchici, in ragione, oltre che di fattori strutturali, come il già richiamato carattere decentrato dei modi di produzione di diritto internazionale, anche dell'iniziativa stessa di alcune giurisdizioni internazionali, le quali sono andate di fatto atteggiandosi come sistemi indipendenti e autosufficienti³⁶. Si tratta di uno degli aspetti del processo di frammentazione del diritto internazionale, non certamente nuovo, ma che ha assunto nuovi connotati con il moltiplicarsi degli organi giurisdizionali internazionali³⁷. Nello specifico, il diritto internazionale risulta frammentato: per aree tematiche o materie – come quella dei diritti umani, del diritto internazionale dell'economia, del diritto ambientale, ecc. – spesso corrispondenti ad altrettante organizzazioni specializzate – si pensi all'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) o all'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) -; per aree geografiche, essendo l'ambito di applicazione territoriale di molte norme di diritto internazionale, anche riguardanti la stessa materia, non universale, ma limitato a specifiche aree o regioni; per la presenza, quale affetto dei primi due aspetti, di norme applicabili alla stessa materia o area geografica tra loro confliggenti. Il carattere frammentato del diritto internazionale interessa, tanto il profilo sostanziale, quanto il profilo procedurale, specie nel contesto di un assetto pluralistico di corti e tribunali internazionali. Questi sono andati, infatti, sviluppando differenti regole procedurali, ad esempio in materia di creazione, interpretazione ed esecuzione dei trattati³⁸. Proprio sotto tale specifico profilo, emergono

³⁵ FABRI, GRADONI, *La hiérarchisation des précédents*. in ALOUPI, KLEINER, *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*, Parigi, Pedone, pp. 191-211, p. 193.

³⁶ FABRI, GRADONI, *La hiérarchisation des précédents*. cit., pp. 197-198.

³⁷ Report of the Study Group of the International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*, Analytical study, 2006, UN doc A/CN.4/L.682.

³⁸ PAUWELYN, *Fragmentation of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406?rskey=y0XASA&result=1&prd=EPIL>.

regole differenti circa il modo di approcciarsi ai precedenti: se l'attitudine di tutti i giudici internazionali è quella di richiamare i precedenti, la tendenza e il modo in cui ciascuna Corte usa i precedenti sono differenti³⁹. L'assenza di una gerarchia di organi giurisdizionali e, parallelamente, il carattere frammentato del diritto internazionale inducono, pertanto, da un lato, a dubitare della possibilità di individuare un insieme di norme che regolano il precedente nell'ordinamento internazionale considerato nel suo complesso, dall'altro ad interrogarsi sulle specificità che in ciascun sistema giurisdizionale consentono, al contrario, di parlare di una dottrina del precedente.

Nel sistema della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, possono individuarsi diversi fattori che contribuiscono al contempo alla possibilità e alla necessità che si sviluppi un sistema di regole e principi che governi l'utilizzo del precedente, che saranno esaminati diffusamente nel presente lavoro. Tra questi, fattori formali. La CEDU stessa, come si è accennato sopra, ha dotato il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti della Corte europea di una struttura, in una certa misura, gerarchica, in particolare prevedendo che le decisioni concernenti importanti questioni interpretative o che rischiano di porsi in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte, siano sottoposte ad un più ampio e autorevole consesso di giudici, la Grande Camera, attraverso la rimessione o il rinvio di cui agli artt. 30 e 43 CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, per quanto unitaria, decide in una pluralità di composizioni: giudice unico, Comitati, Camere e, appunto, Grande Camera, come si vedrà approfonditamente nel capitolo seguente. Attraverso tale meccanismo è conferito peso alle decisioni della Grande Camera maggiore rispetto a quelle rese da una Camera semplice e, conseguentemente, è garantita una certa coerenza nella giurisprudenza della Corte. Particolare peso è, inoltre, formalmente riconosciuto anche ai precedenti che costituiscano una giurisprudenza consolidata della Corte. Il testo convenzionale prevede, infatti all'art 28, che i Comitati di tre giudici, chiamati in genere a giudicare solo sull'ammissibilità di un ricorso, possano decidere nel merito di questo quando la controversia è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. Deve,

³⁹ ACQUAVIVA, POCAR, *Stare decisis*, cit.

inoltre, osservarsi che la Corte europea, quale istituzione regionale e specializzata, nel decidere le controversie che le vengono sottoposte, interpreta e applica fondamentalmente un'unica fonte, la CEDU. Ciò costituisce una significativa differenza rispetto ad altri giudici internazionali, come la Corte internazionale di giustizia, chiamata a dare applicazione a fonti differenti, dalle norme di diritto internazionale generale, alle norme di diritto particolare di volta in volta rilevanti. Anche tale circostanza contribuisce allo sviluppo da parte della Corte di Strasburgo di una giurisprudenza che, nonostante presenti diversi elementi di complessità, si mostra tendenzialmente omogenea. Contribuisce, inoltre, insieme al significativo numero di ricorsi che, come noto, essa è chiamata ad esaminare, di gran lunga superiore a quello di altre giurisdizioni internazionali, alla possibilità che la Corte si confronti con due casi che possano essere considerati "simili" ai fini dell'applicazione del precedente. In via di prima approssimazione, può osservarsi, infatti, che il ragionamento per precedenti si fonda sulla presenza di elementi di somiglianza tra un caso anteriormente deciso e il caso successivo che il giudice si trova a decidere.

Simili e altri fattori, in definitiva, appaiono incidere fortemente sullo sviluppo nell'ambito del sistema di Strasburgo di una prassi che, per quanto variegata, presenta degli importanti elementi di costanza con riferimento ai precedenti e giustificano un'analisi del precedente limitata, nell'ambito del diritto internazionale, al solo contesto di questa.

Capitolo primo

Il ragionamento per precedenti

1. Introduzione

Si è osservato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha consolidato la prassi di seguire i propri precedenti, facendo ricorso ad una nozione piuttosto generica o a-tecnica di precedente, quale sinonimo di decisioni anteriori rese dalla Corte. Prima di analizzare il fenomeno del precedente nella Corte europea, occorre, dunque, precisare meglio cosa si intenda per precedente e in cosa consista il ragionamento per precedenti, offrendo una ricostruzione che possa essere descrittiva della sua prassi.

A tal fine, deve, innanzitutto, osservarsi che non esiste, come noto, una definizione condivisa di precedente, né dei concetti ad essa correlati, quali i concetti di *ratio decidendi* o di *obiter dicta*. Tanto a livello di elaborazione dottrinale, quanto a livello di prassi giudiziale, ci si usa riferire, infatti, a tali nozioni per intendere cose distinte, il che è frequentemente causa di fraintendimenti e ambiguità nei discorsi attorno al precedente. Contrapposte posizioni circa se un determinato giudice stia seguendo, applicando o semplicemente citando un precedente, ad esempio, sono in parte dovute ad un mancato accordo circa l'oggetto designato da tale espressione⁴⁰. Come si è osservato nell'introduzione, non esiste, parallelamente, un unico modo di impiegare i precedenti o, in altri termini, di ragionare a partire dai precedenti, né un unico modo di considerarli "rilevanti". Simile pluralismo si registra, non solo tra differenti sistemi o famiglie giuridiche, ma anche nell'ambito di uno stesso sistema o di una stessa famiglia. Differenze al riguardo esistono, ad esempio, non soltanto tra sistemi di *civil law* e di *common law*, ma anche nell'ambito di ciascuno di essi.

Procedere a dei chiarimenti concettuali non costituisce, dunque, un esercizio fine a sé stesso, ma è invece indispensabile per potere descrivere e analizzare con chiarezza il

⁴⁰ BRONAUGH, *Persuasive precedent*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, cit. pp. 218-219.

precedente in un dato sistema giuridico. Se è vero, infatti, che non esiste una concorde e univoca definizione di precedente, né un unico modo di considerarlo rilevante e di impiegarlo, circostanza che suggerisce di adottare un approccio “non monolitico” al precedente⁴¹, è al contempo impossibile analizzare il ruolo dello stesso senza dotarsi di un apparato concettuale che sia il più chiaro possibile. Qualunque domanda attorno al precedente – qual è il “valore” del precedente? Quando due casi sono considerati “simili” ai fini dell’applicazione del precedente? Qual è, se vi è, la parte rilevante di un precedente? Ecc. – non può trovare risposta senza un minimo di intendimento circa il concetto di precedente e i concetti chiave ad esso connessi. Qualunque “dottrina” del precedente, in altri termini, necessita, al fine di essere indagata - e anche attuata - di una teoria del precedente⁴².

In particolare si cercherà qui di dare una risposta a domande quali “che cosa è un precedente?”, “che cos’è la *ratio decidendi*?” o “in cosa consiste la rilevanza (o forza, efficacia, autorità ecc.) di un precedente offrendo, in primo luogo, una sintesi dei principali significati con cui, nei vari ordinamenti giuridici, esse vengono di fatto impiegate in letteratura e nella prassi giudiziale e individuando, in secondo luogo, il significato o i significati che, rispetto ad altri, rispondono alla finalità di una maggiore chiarezza nella descrizione del ragionamento per precedenti.

⁴¹PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479, p. 407.

⁴²MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp.155-182, p. 157.

2. Il precedente

Adottando tale prospettiva, può, in primo luogo, rilevarsi che il termine precedente, negli ordinamenti giuridici moderni, è utilizzato, spesso in modo indistinto, per lo meno secondo tre significati, che è invece opportuno distinguere⁴³.

In senso ampio, la nozione di precedente è utilizzata per riferirsi ad una sentenza intesa nel suo complesso, comprensiva, quindi, della narrazione dei fatti, della motivazione e del dispositivo, che sia stata pronunciata in un momento anteriore, che sia stata pubblicata e che presenti degli elementi di somiglianza rispetto ad una controversia successiva (precedente-sentenza o *advocate sense*)⁴⁴.

In senso più stretto, la nozione di precedente è impiegata, invece, per intendere la sola statuizione individuale, o dispositivo, corrispondente al risultato di una specifica decisione, che sia stata pronunciata anteriormente e che presenti elementi di somiglianza rispetto ad una controversia successiva (*sentenza-dispositivo* o *judge sense*).

Infine, la nozione di precedente è utilizzata per riferirsi, anche in questo caso in senso stretto, non alla sentenza nel suo complesso, ma più specificamente a quella parte della sentenza, usualmente denominata *ratio decidendi* e contrapposta agli *obiter dicta*, su cui si fonda la statuizione individuale per il caso concreto deciso e che presenta elementi di

⁴³ Classificazione proposta da CHIASSONI, *Il fascino discreto della common law. Appunti sulla rilevanza dei precedenti giudiziari*, in BIANCHINI, VIARENGO, *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 93-124, p. 94, e ripresa in CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, 2004, pp. 75-101, p.78., e in CHIASSONI, *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the philosophy of precedent*, Franz Steiner Verlag, Stoccarda, 2012. In senso analogo MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1977, pp. 503-517, p. 503.

⁴⁴ In tal senso, ad esempio, TROPER, GRZEGORCZYK, *Precedent in France*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. pp. 103-141, p. 11: "in a decision-making situation, a decision taken in the past in similar circumstances or in similar cases"; LAMOND, *Precedent*, in *Philosophy Compass* (2007) 2, pp. 699-711, p. 699: "A precedent is a court decision that settles some question of law raised by the case at end".

somiglianza rispetto ad una controversia successiva (*precedente-ratio decidendi* o *scholar sense*)⁴⁵.

Può evidenziarsi, inoltre, che nella maggior parte dei casi, quando si adopera l'espressione precedente, in uno qualsiasi dei tre significati ora evidenziati, lo si fa per riferirsi non ad una qualunque sentenza, un qualunque dispositivo o una qualunque *ratio decidendi*, ma, più specificamente, ad una sentenza, un dispositivo o una *ratio decidendi* che eserciti autorità, effetti, influenza, rilevanza, forza ecc. rispetto alla soluzione di un caso successivo⁴⁶. Con riferimento al rapporto tra precedente e risoluzione di casi successivi, possono in particolare individuarsi due accezioni parzialmente differenti con cui il termine è adoperato, che allo stesso tempo riflettono due dimensioni speculari caratterizzanti il sistema del precedente in qualunque ordinamento giuridico⁴⁷.

Da un lato, attraverso un precedente, si tende ad orientare la successiva applicazione del diritto. Da questo punto di vista, precedenti possono considerarsi quelle decisioni (o

⁴⁵ In tal senso, ad esempio, CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, 4 ed, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 40: "It is not everything said by judge when giving judgment that constitutes a precedent...among the propositions of law enunciated by him, only those which he appears to consider necessary for his decision are said to form part of the ratio decidendi and thus to amount to more than an obiter dictum"; TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion Pratica*, 6/1996, pp. 55-64. p.62: "una decisione anteriore da cui può essere tratta una regola giuridica in base alla quale può essere deciso un caso successivo uguale o simile...il nucleo del precedente è la ratio decidendi della decisione anteriore"; BANKOWSKI, MACCOMICK, MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 323: "...a 'precedent' in the narrower sense in only a relevant case that is binding, and only that part of the case or opinion that actually binds".

⁴⁶ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>. p. 2: "A precedent is the decision of a court (or other adjudicative body) that has a special legal significance. That significance lies in the court's being regarded as having practical and not merely theoretical authority over the content of law".

⁴⁷ Dà conto di un effetto del precedente che "guarda al passato" e un effetto del precedente che "guarda al futuro", MACCORMICK, *Introduction*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. pp. 1-17. In senso analogo AANRIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion Pratica* 1996/6, pp. 9-18, pp.11-12.

ratio decidendi o dispositivi) attraverso cui un giudice, guardando al futuro, tende a influirvi e ad anticipare le decisioni da rendere nei casi successivi⁴⁸.

Dall'altro lato, adottando una prospettiva inversa, nel precedente si ricerca una guida per l'applicazione del diritto. In tal senso, per precedenti possono intendersi quelle decisioni (*ratio decidendi* o dispositivi) che il giudice, guardando al passato, considera "rilevanti" e quindi utilizza come modello o criterio di decisione per la soluzione di casi successivi simili⁴⁹. È questa, in particolare, l'accezione che si utilizzerà quando si farà riferimento alla nozione di precedente senza ulteriori specificazioni.

⁴⁸ AANRIO, *I precedenti e la loro validità*, pp. 11-12 cit. "Il precedente è propriamente una decisione che anticipa le decisioni da rendere nei casi successivi".

⁴⁹ MACCORMICK, *Introduction*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. p. 1: "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions"

3. *Ratio decidendi e obiter dicta*

Anche la nozione di *ratio decidendi* risulta altamente controversa, ruotando attorno ad essa e alla distinzione con gli *obiter dicta* larga parte del dibattito sul precedente, specialmente negli ordinamenti di *common law*⁵⁰. Ciò poiché, in tali ordinamenti, simile distinzione rileva al fine di distinguere, nell'ambito della decisione precedente, gli elementi vincolanti da tutti gli altri elementi. Il giudice successivo è considerato, infatti, obbligato al rispetto, non di qualunque considerazione contenuta nella decisione precedente, ma di quelle sole considerazioni che ne costituiscano, appunto, la *ratio*. Gli *obiter dicta* possono essere anche essere seguiti – e questa è la prassi quando si tratta di *obiter dicta* contenuti in pronunce provenienti da corti particolarmente autorevoli, come le corti poste al vertice della gerarchia - ma il giudice non è a ciò obbligato. In tal modo si restringe il potere del giudice che per primo è investito di una data questione controversa di indirizzare il giudice che successivamente si trovi ad affrontare la medesima, non potendo le sue considerazioni incidentali considerarsi vincolanti⁵¹.

Non solo esistono molteplici concezioni, che vanno dalle più formalistiche - secondo cui esiste qualcosa identificabile come la *ratio decidendi* di una decisione – alle più scettiche – secondo cui, al contrario, il concetto di *ratio decidendi* è meramente illusorio – ma tutte presentano un inevitabile margine di vaghezza e talune sono tra di loro inconciliabili. Pur non potendosi, evidentemente, presentare tutte le possibili ricostruzioni concettuali, è possibile offrire per lo meno alcune classificazioni che aiutano ad individuare i principali modi, non scettici, di intendere la *ratio decidendi* e che riflettono altrettanti approcci al precedente⁵².

⁵⁰ MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit.

⁵¹ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit. pp. 39-43.

⁵² Classificazione proposta da CHIASSONI, *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the philosophy of precedent*, cit. pp. 17-20.

Quanto alla natura della *ratio decidendi*, è possibile distinguere tra concezioni cd normativistiche e cd argomentative della *ratio decidendi*. Secondo le prime, largamente maggioritarie, la *ratio decidendi* va intesa come la norma giuridica (regola, principio, criterio, premessa, ecc.) ricavabile dalla sentenza, sulla base della quale è stato deciso un caso, la si consideri in sé e per sé (concezione normativistica astratta)⁵³, ovvero unitamente agli argomenti che la sostengono e ai fatti concreti cui è applicata (concezione normativistica concreta)⁵⁴. Per le seconde, invece, per *ratio decidendi* deve intendersi, non una norma, generale o contestualizzata, ma una qualunque parte o un qualunque passaggio logico essenziale dell'argomentazione utilizzata dal giudice nella motivazione della sentenza per giustificare la decisione⁵⁵.

Anche quanto alla rilevanza della *ratio decidendi* rispetto alla decisione del caso, possono individuarsi una pluralità di concezioni. A fianco a definizioni generiche, che identificano in una norma o in un passaggio logico dell'argomentazione, l'oggetto della *ratio decidendi*, se ne possono, infatti, individuare altre che, con maggiore grado di specificità, precisano la rilevanza della *ratio decidendi* rispetto alla decisione del caso concreto. Può osservarsi, ad esempio, che, mentre alcuni autori qualificano la *ratio decidendi* come l'elemento necessario⁵⁶, altri come la norma sufficiente per la soluzione della questione di diritto controversa, due posizioni evidentemente tra loro inconciliabili⁵⁷.

⁵³ In tal senso, ad esempio, MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp.155-182, p. 156: "The *ratio decidendi* is the rule or principle of decision for which a given precedent is the authoritative source, whether that rule or principle of decision is then to be treated as binding or only as persuasive in some degree for other later deciders of similar questions. It is, of course, the rule or principle which is supposed to have in some sense governed or grounded the deciding of the case whose ratio it is".

⁵⁴ In tal senso, ad esempio, AANRIO, *Precedent in Finland*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. pp.65-101, p.80: "The scholars, then. Normally read the rubrication and the reasoning together, as a whole, trying to clarify the core of the information (the *ratio decidendi*)".

⁵⁵ In tal senso, ad esempio, LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit.: "The ratio is not to be regarded as a rule to be applied and presumptively followed in future cases, but as a set of conditions whose presence in the precedebt case justified the outcome".

⁵⁶ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, 4 ed, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 40, cit.

⁵⁷ MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, cit. p.170: "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of

È, infine, possibile tracciare una distinzione tra concezioni oggettive e soggettive della *ratio decidendi* a seconda che si attribuisca o meno rilevanza, nell'individuazione di questa, all'intenzione del giudice che ha pronunciato il precedente o ai successivi interpreti⁵⁸. Le prime, nel definire e conseguentemente identificare la *ratio decidendi*, fanno esclusivo riferimento al contenuto della sentenza, intendendo dunque la *ratio* come la norma che, alla luce dell'analisi testuale della sentenza, fonda la decisione del caso.⁵⁹ Le concezioni soggettive, invece, fanno riferimento all'opinione o del giudice che ha pronunciato la sentenza, o dei giudici successivi, o, infine della dottrina giuridica: la *ratio* è concepita, allora, come la norma che, secondo l'opinione del giudice che ha pronunciato la sentenza, o dei giudici successivi o, ancora, della dottrina, fonda la decisione del caso concreto⁶⁰.

Tenendo in considerazione le sole concezioni normativistiche della *ratio decidendi*, che si caratterizzano per un minore grado di indeterminatezza rispetto alle concezioni argomentative, si farà in tale lavoro riferimento alla *ratio decidendi*, per intendere, secondo una definizione operativa proposta da Chiassoni, quella norma, esplicita o implicita in una sentenza, che alla luce dell'analisi della sentenza (concezione oggettiva), o secondo l'opinione del giudice che l'ha pronunciata (concezione soggettiva) non possa essere espunta dalla motivazione senza privare la decisione della norma giuridica o delle norme giuridiche su cui si fonda⁶¹.

law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point of law on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case".

⁵⁸ Distinzione evidenziata anche da MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. p. 512.

⁵⁹ In tal senso, ad esempio, MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, cit. p.170; MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. p. 506: "A ruling in the light of material facts that a prior court (when the decision is analysed) is, as a matter of fact, laying down or following".

⁶⁰ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law, 4 ed*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 40, cit; MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit., p. 506: "A ruling that a subsequent court or courts say that an earlier court believed itself to be laying down in the light of material facts; or a ruling that a subsequent court or courts says that an earlier court was laying down or following in the lights of material facts; or even a ruling that a later court or courts ought (on a proper analysis by legal scholars) to have said that an earlier court was laying down or following in the light of material facts".

⁶¹ CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit. p. 87.

Come accennato sopra, alla *ratio decidendi* di una decisione si è soliti contrapporre, nella prassi e nella dottrina, gli *obiter dicta*. Oltre ad essere controversa la nozione di *ratio*, risulta problematica anche la sua distinzione dagli *obiter dicta*. Mentre è pacifico che la nozione si riferisca a tutti quegli elementi contenuti nella motivazione della sentenza che non rientrano nella sua *ratio decidendi*, simile definizione “in negativo” corrisponde, non sorprendentemente, ad una pluralità di modi differenti di caratterizzare gli *obiter dicta*⁶².

Parallelamente a quanto osservato con riguardo alla *ratio decidendi*, l’espressione *obiter dicta* può, innanzitutto, riferirsi ad oggetti differenti, potendo esprimere, alternativamente, una norma, l’interpretazione di una disposizione legislativa, un argomento, un’opinione ecc., formulate nell’ambito della motivazione di una sentenza. In particolare, il concetto di *obiter dicta* può includere considerazioni su questioni sollevate ma non decise nel caso in oggetto, o considerazioni su questioni o fatti ipotetici, o, ancora, considerazioni il cui ambito di applicazione sia più ampio rispetto al caso concreto.

In secondo luogo, l’espressione *obiter dicta* è impiegata per riferirsi ad elementi della motivazione la cui rilevanza rispetto alla decisione del caso concreto può essere differente. Può trattarsi, infatti, tanto di elementi del tutto irrilevanti rispetto alla definizione delle questioni sollevate nel caso in oggetto, quanto di elementi rilevanti, sebbene non necessari⁶³.

Infine, anche per quanto riguarda gli *obiter dicta*, possono distinguersi caratterizzazioni oggettive e soggettive degli stessi⁶⁴.

Ciò premesso, si farà nel prosieguo riferimento agli *obiter dicta* - anche in questo caso adottando una definizione proposta da Chiassoni - per intendere tutti quegli enunciati giudiziali che possano essere espunti dalla motivazione della sentenza senza privarla di una norma giuridica o un argomento essenziale su cui si fonda⁶⁵.

⁶² Classificazione proposta da CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit. p. 84-86.

⁶³ ITURRALDE, *Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective)*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the philosophy of precedent*, Franz Steiner Verlag, Stoccarda, 2012, pp. 105-119, pp.112- 113.

⁶⁴ CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit.

⁶⁵ CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit. p. 88.

Oltre ad essere controversa la nozione astratta di *ratio decidendi* - e correlativamente quella di *obiter dicta* - può osservarsi, inoltre, come risulti problematico anche il modo in cui procedere alla sua individuazione. Esistono, infatti, una pluralità di opinioni circa il corretto metodo da utilizzare per individuare correttamente la *ratio* di un precedente. È, così, ben possibile che sussistano opinioni differenti circa quale sia la *ratio* di un determinato precedente, oltre che per i motivi evidenziati sopra, anche in ragione del differente metodo che si impieghi per individuarla. Si possono, in particolare, distinguere un metodo oggettivo-soggettivo, o di Cross, e un metodo oggettivo o continentale⁶⁶. Può osservarsi come, indipendentemente dallo specifico metodo adottato, la *ratio* venga individuata, tra le possibili formulazioni della norma necessaria per fondare la decisione su un caso, come la più prossima ai fatti concreti di questo.

⁶⁶ Distingue tali metodi CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit. pp. 90-91. Il metodo soggettivo-oggettivo, o di "Cross", partendo da una definizione di *ratio* quale norma che il giudice che ha pronunciato un precedente ha ritenuto necessaria per la decisione, indica, tra i criteri per la individuazione della stessa: le parole utilizzate dal giudice; i fatti rilevanti della causa, assumendo che il giudice abbia inteso statuire per essi una norma adeguata, in quanto rappresentativi di classi di individuali; le pronunce antecedenti e successive su casi simili (CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, pp. 39-49). Il metodo oggettivo o continentale propone, invece, di riformulare la sentenza attraverso sillogismi normativi e di considerare *rationes decidendi* le norme che costituiscono premesse generali di questi. Può considerarsi *ratio decidendi* prossima, in particolare, la norma che costituisca la premessa del sillogismo decisionale, ovvero del sillogismo la cui conclusione sia rappresentata da una statuizione individuale. Il metodo permette di individuare *rationes* dotate di un livello di astrattezza diverso utilizzate dal giudice. Per selezionare quale, tra queste, costituisca la *ratio decidendi* si può fare riferimento a criteri diversi, tra i quali, come nel metodo oggettivo, quello della *ratio* percepita dal giudice che ha pronunciato la sentenza come necessaria (CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffré, pp. 151 ss.).

4. *Il ragionamento per precedenti*

A fianco ad una pluralità di concezioni delle nozioni di precedente, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, è possibile riscontrare diversi approcci o modi di ragionare a partire dai precedenti. Sia tra i vari ordinamenti giuridici, che all'interno di uno stesso ordinamento giuridico, coesistono, infatti, differenti modi di impiegare il precedente come guida per la risoluzione di controversie successive. Le differenze attengono, in particolare, ad almeno tre profili, tra loro, in parte, connessi.

Innanzitutto, alla circostanza che si utilizzi come modello per la risoluzione di una controversia successiva, un singolo precedente ovvero una pluralità di precedenti (giurisprudenza).

In secondo luogo, al fatto che si attribuisca rilievo, nel ragionamento che conduce all'applicazione di una decisione precedente, alla distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* e al modo in cui questi sono, eventualmente, intesi ed individuati.

Infine, al modo in cui, conseguentemente, più casi siano considerati simili ai fini dell'applicazione del precedente. È chiaro, infatti, che nessun caso precedente può essere in ogni aspetto identico al caso in oggetto, quanto meno le parti e il tempo essendo differenti. In pratica, le differenze tra i casi possono essere ben più rilevanti e, ciò nonostante, gli stessi essere considerati uguali ai fini dell'applicazione del precedente. Allo stesso tempo, così come non esistono due casi che siano identici da ogni punto di vista, non esistono due casi che non presentino qualche caratteristica in comune, eppure non tutti vengono considerati simili dal punto di vista giuridico⁶⁷.

Con riferimento a tali profili, è allora possibile distinguere almeno tre modelli di precedente, che riflettono altrettanti modi di ragionare a partire dai precedenti⁶⁸:

⁶⁷ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit. p. 3.

⁶⁸ BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI, RUIZ MIGUEL, *Rationales for precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 481-501, p. 497,

1) Si può, innanzitutto, ritenere che il precedente fornisca una o più norme (*rationes*) per determinati fatti, che il giudice successivo è chiamato ad applicare in ragione della somiglianza tra i fatti del primo e del secondo caso. In tal caso il ragionamento, che si fonda sull'analisi dei fatti, si concentra essenzialmente sulla determinazione della *ratio decidendi* del precedente. Il giudice che decide un caso, pertanto, accerta se il precedente ha una *ratio* che rileva rispetto al caso in oggetto e la applica al caso successivo, a meno che i fatti del primo e del secondo caso non possano essere distinti (*distinguishing*), o esistano ragioni rilevanti per superarla (*overruling*)⁶⁹.

2) il precedente può, in secondo luogo, essere inteso come esempio illuminante di una corretta e ragionevole decisione su determinati fatti e quindi un'utile guida per la decisione di casi successivi. Il giudice, comparati i fatti del primo e del secondo caso, e individuata una somiglianza tra questi, procede ad applicare al caso successivo la soluzione adottata nel precedente, senza passare esplicitamente per la determinazione della sua *ratio*. Il ragionamento, che anche in tal caso è fondato sull'analisi dei fatti, si concentra principalmente, dunque, su quali casi possano considerarsi simili e in particolare a quale livello di dettaglio debbano essere confrontati⁷⁰;

3) Si può, infine, ritenere che un precedente – o più frequentemente più precedenti – dia supporto a regole e principi più ampi di quelli applicabili ai fatti del caso concreto. Tali regole o principi, che hanno giustificato la decisione nel caso precedente, possono essere utili per sviluppare il diritto e, in particolare, per giustificare la decisione nel caso successivo.

distingue tra “*rule-stating model*”, “*model of particular analogy*” e “*principle exemplifying model*”; ripreso da ITURRALDE, *Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective)*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the philosophy of precedent*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2009, pp. 105-118, p. 110. In senso analogo, LAMOND, *Precedent*, in *Philosophy Compass*, cit., che distingue tra “*precedents ad laying down rules*”, “*precedents as examples*” e “*precedents as applications of underlying principles*”.

⁶⁹ SCHAUER, *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1991; MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon press, Oxford, 2003; ALEXANDER, *Constrained by precedent*, in *Southern California Law Review* 63 (1989), pp. 1-64.

⁷⁰ LEVENBOOK, *The meaning of a precedent*, in *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 185-240.

indipendentemente da un raffronto tra i fatti del primo e del secondo caso. In tale ipotesi, il giudice utilizza nel caso successivo tali norme, anche senza procedere ad una esplicita comparazione tra i fatti del primo e del secondo caso e alla individuazione della specifica *ratio decidendi*, ma guardando alle questioni astratte sollevate dai due casi⁷¹.

Nei sistemi di *common law*, ove è formalmente riconosciuto ai precedenti valore giuridicamente vincolante e ruolo di fonti del diritto, il modello di precedente tendenzialmente prevalente, tanto a livello teorico quanto a livello pratico, è il primo. Anche una singola decisione può costituire precedente e larga attenzione viene posta alla distinzione tra la *ratio decidendi* e gli *obiter dicta*⁷². La questione relativa alla determinazione delle somiglianze e differenze rilevanti tra due casi si converte, infatti, nel determinare quale sia la *ratio decidendi* del caso precedente. Sono, così, ritenuti simili due casi quando i fatti del caso successivo ricadono nella *ratio* della decisione precedente. Parallelamente, è considerato precedente la decisione la cui *ratio* possa applicarsi ai fatti del caso successivo, l'analisi dei fatti costituendo momento essenziale del ragionamento - si parla, in tal caso, di precedente *in point*⁷³. In tal senso i precedenti sono simili alle leggi, in quanto da essi possono essere tratte norme che si applicano ai casi successivi i cui fatti soddisfino le condizioni per l'applicazione. Una volta individuata tale norma, il giudice deve applicarla al caso successivo, a meno che i fatti di questo non sia distinguibili dal precedente o esistano ragioni cogenti per superarla.⁷⁴ Ciò non impedisce, peraltro, che le decisioni precedenti vengano impiegate anche per ricavarne più ampie regole o principi o per trarne argomenti analogici. Deve osservarsi, tuttavia, che a tali precedenti è, in genere, attribuito valore persuasivo - magari altamente persuasivo se provenienti da un giudice o una corte particolarmente autorevoli - e non vincolante. In tali ipotesi, si dice che il precedente è seguito, ma non

⁷¹ PERRY, *Judicial obligation, precedent and the common law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, n.2, (1987), pp. 215-257.

⁷² MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, pp. 503-517.

⁷³ SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, 39/1987, pp. 455-471.

⁷⁴ MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit. pp. 152-154.

applicato⁷⁵. Nei sistemi in cui non è riconosciuta formalmente forza vincolante al precedente, viceversa, è più probabile che predominino il secondo e soprattutto il terzo modello. Vi è, infatti, minore interesse ad identificare nella decisione precedente la specifica norma che il giudice successivo deve applicare ad una determinata categoria di fatti, posto che a tutti gli elementi della decisione è riconosciuta unicamente forza cd persuasiva. Un ragionamento fondato sui fatti concreti dei casi in questione, inoltre, è, in genere, precluso dalla circostanza che le sentenze, specie quelle pronunciate dalle giurisdizioni superiori, non ne contengono un'analisi dettagliata.⁷⁶

⁷⁵ BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI, RUIZ MIGUEL, *Rationales for precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. pp. 497-498.

⁷⁶ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.

5. *La forza o autorità del precedente*

Nei vari ordinamenti giuridici, inoltre, ai precedenti non è riconosciuta la medesima forza o autorità, ovvero la medesima rilevanza rispetto alla risoluzione delle controversie successive.

Può, innanzitutto, distinguersi tra forza di fatto e forza giuridica o formale del precedente.

Con la prima espressione, ci si intende riferire alla influenza che i precedenti, di fatto, esercitano rispetto alla decisione di un caso successivo. Da questo punto di vista, in tutti gli ordinamenti giuridici, come già osservato, i precedenti sono dotati di una certa forza o autorità: in tutti i sistemi giuridici, infatti, le sentenze rese dai giudici esercitano una certa influenza sulla decisione dei casi successivi. Con la seconda espressione, invece, ci si riferisce alla influenza che i precedenti devono avere rispetto alle decisioni successive. Tale forza dipende dall'esistenza di regole giuridiche che possono essere di diritto scritto o non scritto, come consuetudini o opinioni nomopoietiche dei giuristi⁷⁷. Può, ad esempio, osservarsi come la regola *stare decisis* si sia progressivamente affermata negli ordinamenti di *common law* per il tramite la prassi costante dei giudici⁷⁸.

Con riferimento alla forza formale, possono distinguersi vari modelli di sistemi giuridici, a seconda della specifica rilevanza giuridica o formale attribuita ai precedenti⁷⁹.

Ai due estremi si collocano sistemi che accolgono una dottrina del precedente strettamente vincolante, o vincolante in modo assoluto, e sistemi che accolgono, invece, una dottrina del precedente non formalmente vincolante o del precedente cd persuasivo. Nei sistemi in cui il precedente è strettamente vincolante, ciascun giudice è obbligato ad

⁷⁷ CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, cit. pp.96-97.

⁷⁸ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, p. 5; MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*.

⁷⁹ CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, pp. 97-99; PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit. pp. 461-479.

applicare il precedente. Che il giudice abbia un obbligo implica essenzialmente che: debba tenere conto nella motivazione del precedente rilevante ed applicarlo in ogni caso, anche ove ritenga che non sia stata correttamente deciso; ove non applichi il precedente rilevante, la sua decisione sarà illegittima e potrà essere riformata, per questo motivo, in un successivo grado di giudizio. Nei sistemi in cui vige, invece, una regola del precedente non formalmente vincolante, il giudice può applicare il precedente al caso che ha davanti, ma non è tenuto a farlo. Ciò significa che: non debba tenere conto del precedente rilevante, né applicarlo, qualora ritenga che non sia stato correttamente deciso; ove non prenda in considerazione il precedente, la sua decisione non sarà illegittima, non essendo comminata alcuna specifica sanzione. Tali modelli estremi sono utilizzati tipicamente per riferirsi alla tradizionale differenza che separa ordinamenti di *common law* e *ordinamenti di civil law*.

Tra questi estremi, tuttavia, esistono numerosi modelli “intermedi”, ciò che induce a ritenere che, con riferimento alla forza del precedente, esistono tra le due famiglie di sistemi giuridici maggiori elementi di convergenza rispetto a quanto potrebbe apparire a prima vista⁸⁰.

Innanzitutto, anche nei sistemi in cui è attribuita forza vincolante al precedente, è possibile che i giudici possano sottrarsi all’applicazione di questo in alcuni casi, tale forza potendo essere defettibile, ovvero soggetta ad eccezioni, o superabile attraverso il bilanciamento con altre ragioni. Il concetto di defettibilità, in particolare, può applicarsi a due tipi di situazioni. Il primo tipo implica che il precedente deve essere applicato a meno che non siano in gioco eccezioni. Si tratta delle eccezioni alle regole o ai principi di diritto desumibili dai precedenti e che vengono a crearsi nel tempo attraverso il potere di *distinguishing* riconosciuto a ciascun giudice. Quando tali eccezioni vengono create, la regola o il principio basati sul precedente rimangono nel sistema, sebbene vi possano essere casi in cui una serie di eccezioni alla regola la renda di fatto inapplicabile. Esistono, poi, sistemi, che riconoscono la possibilità di eccezioni alla regola stessa del precedente vigente, oltre alle eccezioni alla specifica regola di diritto. Un’ipotesi del genere si realizza, ad esempio,

⁸⁰ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.

quando una decisione sia stata resa *per incuriam*, ovvero nell'ignoranza di un precedente rilevante formalmente vincolante: la decisione non sarà riconosciuta quale precedente e sarà eliminata dal sistema. È possibile, inoltre, che sia riconosciuto al giudice il potere di *overruling*, ovvero di discostarsi dai precedenti resi da corti di pari o inferiore livello gerarchico, qualora sussistano giustificate ragioni per farlo⁸¹.

Tra i sistemi in cui non è attribuita forza giuridica vincolante al precedente, d'altro canto, possono distinguersi sistemi in cui è formalmente precluso alle corti di citare i precedenti – ad esempio il sistema francese ove alla Corte di Cassazione è precluso fare riferimento a precedenti giurisprudenziali - e sistemi in cui al precedente, pur non formalmente vincolante, è riconosciuta una forza argomentativa più o meno forte. Al giudice può essere richiesto, o semplicemente di tenere conto del precedente rilevante o di seguirlo, a meno che non sussistano buone ragioni. Il mancato rispetto di tali prescrizioni, pur non determinando la illegittimità formale della decisione, costituisce un difetto di argomentazione della sentenza e causa, eventualmente, di una sua riforma in un successivo grado di giudizio.

La differenza tra il precedente strettamente vincolante o vincolante in modo assoluto e il precedente cd persuasivo risiede, dunque, nel grado di rilevanza esercitata⁸². Possono così esistere vari livelli di rilevanza: dal più elevato - il precedente è strettamente vincolante - al più blando - il precedente non è vincolante ma ha forza giuridica argomentativa o fornisce supporto per la decisione. La differenza tra vincolatività assoluta e altri tipi di forza risiede nei diversi effetti che conseguono al mancato rispetto di un precedente: come osservato, mentre la decisione che non segua un precedente strettamente vincolante sarà considerata illegittima e soggetta a riforma in appello, la decisione che non segua un precedente rilevante in senso "più debole", invece, sarà eventualmente soggetta a critica - avrebbe dovuto seguire il precedente - ma non illegittima. La vincolatività assoluta può

⁸¹ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.

⁸² PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.; SCHAUER, *Authority and authorities*, cit.

essere considerata, dunque, non come un polo di una dicotomia, ma semplicemente come un tipo di vincolatività lungo un continuum che include altri tipi di forza⁸³.

La forza del precedente, infine, può manifestarsi in due direzioni: una direzione cd verticale e una direzione cd orizzontale.

Si parla di forza verticale, per riferirsi alla forza che il precedente esercita rispetto ad una corte posta ad un livello inferiore della gerarchia giudiziale. Tale forza si fonda tipicamente sull'autorevolezza della corte che ha emanato la decisione, a sua volta connessa con la collocazione gerarchica della stessa. Il precedente proviene "dall'alto", per cui più è elevato l'organo che pronuncia la decisione, più è autorevole il precedente. La forza orizzontale del precedente, invece, è quella che lo stesso esplica rispetto ad un organo che appartiene al medesimo livello gerarchico. Un caso peculiare di precedente orizzontale è il cd auto-precedente, ovvero il precedente emanato dalla stessa corte - ma non necessariamente dagli stessi giudici - che deve decidere il caso successivo⁸⁴. La forza orizzontale del precedente si fonda, non sulla posizione gerarchica della corte, ma sulla priorità temporale della decisione. Viene in rilievo, in tale ipotesi, la necessità che casi uguali vengano trattati in modo uguale dalla stessa corte, la quale rappresenta una buona ragione per considerare la decisione precedente autorevole. Se una corte mutasse frequentemente opinione sulla medesima questione, avrebbe scarsa autorevolezza e violerebbe il principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge⁸⁵. D'altra parte, vi sono buone ragioni anche per ammettere un certo grado di elasticità in un vincolo di tale genere. Può accadere, infatti, che la stessa corte si trovi nella condizione di dovere mutare orientamento, così deviando dai propri precedenti in presenza di determinate situazioni, come l'obsolescenza del precedente o il mutamento delle condizioni economico-sociali. Per tale ragione, come osservato sopra, *in common law* si riconosce ad alcune corti, e certamente alle corti poste al

⁸³ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit., p. 478 "Formal bindingness is treated, not as one side of a dichotomy, but as merely one type of bindingness on a continuum that also includes "having force". "providing further support" and so on".

⁸⁴ GASCON, *Rationality and self precedent*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the Philosophy of precedent*, Franz Steiner Verlag, Stoccarda, 2012, pp. 35-50, p. 36.

⁸⁵ SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law review*, 39/1987, cit. p.457.

vertice della gerarchia, il potere di discostarsi dai precedenti resi da corti di inferiore o pari livello gerarchico, nonché dai propri stessi precedenti. È questo, ad esempio, il caso della US Supreme Court, o della House of Lords, le quali si ritengono soggette alla regola *stare decisis*, ma al contempo “libere” di discostarsi dai propri precedenti al ricorrere di determinate condizioni⁸⁶. In tal caso il precedente è, come osservato sopra, formalmente vincolante ma superabile.

⁸⁶ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.

Capitolo secondo

Contesto sistematico e istituzionale in cui i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sono usati

1. Introduzione

Il modo in cui i precedenti sono utilizzati dai giudici è strettamente connesso alle caratteristiche istituzionali e strutturali del sistema giuridico cui si fa riferimento⁸⁷. Il ruolo e le funzioni affidate alle corti operanti nel sistema, la loro composizione e struttura, il modo in cui le decisioni sono elaborate e rese conoscibili, sono alcune delle variabili da cui discendono altrettante differenze nella prassi e nell'approccio al precedente nei diversi sistemi. Si può, a titolo di esempio, osservare che, secondo autorevole dottrina, la regola *stare decisis* che governa l'uso del precedente nei sistemi giuridici di *common law*, si sarebbe andata progressivamente affermando insieme con l'evolversi del sistema dei Reports di giurisprudenza⁸⁸.

Per tale ragione, al fine di comprendere la prassi di applicazione dei precedenti ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, è indispensabile prendere le mosse da un'analisi delle principali caratteristiche di tale sistema. Si tratta di caratteristiche generali che chiaramente possono rilevare rispetto alla discussione di altre tematiche, e non solo rispetto al ruolo che il precedente riveste nella Corte EDU, ma che qui saranno prese in considerazione da tale specifico angolo visuale.

⁸⁷ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit.

⁸⁸ MATTEI *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, op. cit. p.?.; SCHLESINGER, *Comparative Law*, cit.

2. *La Corte EDU esercita una funzione costituzionale? Approccio individuale o generale*

Una delle prime caratteristiche da tenere in considerazione riguarda il ruolo e le funzioni svolte dalla Corte EDU, chiarendo, in particolare, se questa abbia assunto un ruolo assimilabile a quello di una corte costituzionale.

Tale questione ha suscitato, com'è noto, un ampio dibattito, tanto in dottrina che tra i giudici della Corte. Si è, così, sostenuto che la Corte di Strasburgo debba essere oggi considerata una corte costituzionale⁸⁹ o, secondo un approccio più moderato, che eserciti una funzione che presenta degli elementi costituzionali⁹⁰. Il dibattito, è importante sottolineare, verte per buona parte sulla questione di carattere più generale relativa alla definizione della nozione di giudice costituzionale. Quegli autori che conferiscono maggior rilievo nella definizione di giudice costituzionale all'oggetto del sindacato svolto - ovvero ai caratteri delle carte costituzionali - non hanno, ad esempio, particolari difficoltà nel sostenere che la Corte di Strasburgo abbia assunto un ruolo costituzionale. Si sostiene, infatti, che la Convenzione, per le sue caratteristiche sostanziali e formali, andrebbe assimilata alle carte costituzionali. Come queste ultime, la Convenzione riconosce - alcuni de - i diritti fondamentali degli individui nella forma, quasi sempre, di principi generali e astratti. In ragione di tali caratteristiche, il sistema convenzionale si sarebbe sviluppato secondo linee analoghe a quelle delle corti costituzionali. L'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, al pari di quella svolta da una corte costituzionale, è fondamentale per conoscere il significato delle previsioni normative, che va, appunto, in larga parte ricercato nella sua giurisprudenza. Per tali motivi, si ritiene la Corte di Strasburgo abbia assunto un

⁸⁹ WILDHABER, *A constitutional future for the European Court of Human Rights?* in *Human Rights Law Journal* 23 (2002), pp. 161-165, p. 161.

⁹⁰ GARLICKI, *Judicial deliberation: the Strasbourg perspective*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, Springer, 2009, pp. 389-399.

ruolo paragonabile a quello delle corti costituzionali, in misura maggiore rispetto ad altre corti internazionali ⁹¹.

L'aspetto più controverso e che qui rileva, tuttavia, è relativo, non tanto all'oggetto, quanto al tipo di sindacato che la Corte europea si trova a svolgere. Si tratta, in particolare, di chiarire se la Corte eserciti prevalentemente un giudizio a carattere generale (o costituzionale), o un giudizio a carattere individuale⁹². Tra i possibili significati che la nozione di giustizia costituzionale può avere, ci si riferisce qui a quella giustizia che si concentra solo sui casi più importanti per il ricorrente, per lo Stato convenuto, o per l'Europa nel suo complesso, contribuendo così primariamente allo sviluppo del diritto europeo dei diritti dell'uomo. Per giustizia individuale si intende, invece, quella giustizia volta ad assicurare che a ciascuna vittima di una violazione sia garantita una pronuncia da parte della Corte, indipendentemente dalla gravità del pregiudizio subito, dai costi burocratici, ecc.⁹³. Tale questione è stata specialmente dibattuta in sede di redazione del Protocollo XIV, dove, alla posizione di quanti hanno sostenuto la necessità di potenziare la funzione costituzionale della Corte, anche al fine di gestire il crescente numero di ricorsi che essa si trova ad esaminare, si è contrapposta la posizione di chi ha ritenuto che limitare il diritto di ciascuno ad ottenere giustizia individuale costituirebbe un'erosione del sistema di protezione dei diritti umani⁹⁴.

Tale profilo rileva rispetto al tema del precedente poiché dal tipo di sindacato operato dalla Corte dipende il prevalere di un approccio cd prospettico (o generale) o cd retrospettivo (o individuale)⁹⁵. Un approccio prospettico è presente quando, nel decidere il

⁹¹ GARLICKI, *Judicial deliberation: the Strasbourg perspective*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit., p. 390.

⁹² SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, Intersentia, 2011, p. 17

⁹³ GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006, pp. 166-167.

⁹⁴ Dà conto delle divergenti posizioni emerse in sede di redazione del Protocollo XIV, GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, cit., pp. 165-174.

⁹⁵ Fa uso di tale contrapposizione tra "approccio prospettico" e "approccio retrospettivo" TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit, pp. 444-445. La contrapposizione è ripresa, con riferimento allo specifico dibattito relativo alla costituzionalizzazione del sistema convenzionale, da ALEC STONE SWEET, *On*

singolo caso che le è sottoposto, la Corte guarda al contempo ai possibili casi futuri concernenti questioni uguali o simili, con l'intenzione di orientarne la decisione. La sentenza è, di conseguenza, strutturata in modo da applicarsi, tanto al caso concreto, quanto a eventuali casi futuri. Un approccio di tale tipo implica, pertanto, che la corte decida - o comunque prenda in considerazione - se la sentenza risolutiva di quel caso specifico potrà costituire un precedente in futuro. Tale approccio in genere prevale nelle ipotesi in cui il giudice ha il potere di selezionare i casi che andrà a decidere. Un approccio retrospettivo è presente, invece, quando la Corte si concentra prevalentemente nel risolvere le specifiche questioni sollevate dal caso concreto. Esso prevale, solitamente, quando il giudice non seleziona i casi che decide e, più in generale, quando interpreta la propria funzione come di giudice di ultima istanza.⁹⁶

Entrambi i tipi di sindacato e, allo stesso tempo, entrambi tipi di approccio, sono in qualche misura presenti nella Corte di Strasburgo, come in qualunque altra corte suprema, quelle corti, cioè, poste al vertice della gerarchia di un sistema giurisdizionale, che si esprimono in ultima istanza, su materie ordinarie o su materie costituzionali⁹⁷. Nella decisione su di uno specifico caso vengono in rilievo, infatti, valutazioni ulteriori rispetto a quelle legate alla giustizia del caso concreto, tra le quali valutazioni attinenti alla necessità di orientare la decisione su futuri casi simili - ed anche considerazioni extra-giuridiche, come considerazioni di *policy*. Si tratta, allora, di stabilire, non tanto quale dei due tipi di giustizia, se individuale o costituzionale, sia adottato dalla Corte, ma quale tra essi sia prevalente.

Deve tenersi in considerazione che il sistema di tutela europea dei diritti dell'uomo è, in molti aspetti, un sistema speciale. Si è osservato che uno dei principali elementi di specialità - ed anche di novità - del sistema consiste nel fatto che la Convenzione non si è

the constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 71, 2009, p. 7.

⁹⁶ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit., pp. 444-445.

⁹⁷ SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit., p. 19.

limitata a stabilire un catalogo di diritti fondamentali che gli Stati contraenti si impegnano a riconoscere a tutte le persone sottoposte alla propria giurisdizione, ma ha previsto anche un sistema di protezione, creando degli organi che, tanto gli Stati, quanto gli individui, possono invocare per fare accertare e dichiarare una violazione⁹⁸. In realtà, tra gli intenti dei redattori della Convenzione - oltre quello di creare un argine contro il comunismo, attraverso la proclamazione dei principi su cui gli Stati dell'Europa occidentale erano fondati - vi era quello di reagire alle gravi violazioni dei diritti umani commesse in Europa nella prima metà del XX secolo, prevedendo degli organi cui gli Stati potessero rivolgersi per denunciare sistematiche violazioni dei diritti umani⁹⁹. Ciò è dimostrato dal fatto che, originariamente, il ricorso individuale era ammesso solo ove gli Stati avessero preventivamente accettato la competenza della Corte a conoscere dei ricorsi individuali e non vi era accesso diretto alla Corte, dovendo i ricorsi passare dal "filtro" della Commissione¹⁰⁰. In pratica, tale funzione è rimasta largamente secondaria, manifestandosi solo nelle limitate ipotesi di ricorsi inter-statali, e gli organi convenzionali sono stati prevalentemente invocati per risolvere singole violazioni dei diritti individuali in Paesi che, sostanzialmente, si conformavano alle prescrizioni della CEDU¹⁰¹. Tale funzione si è considerevolmente consolidata a seguito delle modifiche introdotte alla Convenzione dal Protocollo XI,¹⁰² che ha reso l'accettazione della competenza della Corte a conoscere dei ricorsi individuali obbligatoria e ha istituito una Corte unica permanente. Il crescente numero di ricorsi presentati alla Corte, specie a fronte di casi cd ripetitivi, ovvero che hanno origine da uno stesso problema strutturale o sistematico della legislazione o della prassi di uno Stato, ha portato nuovamente ad interrogarsi su quale debba essere la funzione principale della Corte, se di giudice costituzionale o di giudice del caso singolo, nel

⁹⁸ MATSCHER, *Quarante ans d'activites de la Cour europeenne des droits de l'homme*, in *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 270/1997, pp. 251-397, p. 253.

⁹⁹ HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 1.

¹⁰⁰ GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, Springer, 2009., pp. 407-437.

¹⁰¹ HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. p. 2.

¹⁰² Il Protocollo XI è entrato in vigore l'1/11/1998.

significato sopra precisato, specie al momento, come visto, della redazione del Protocollo XIV. Non è obiettivo del presente lavoro rispondere a tale interrogativo di carattere prescrittivo, ma, tenendo conto delle accennate evoluzioni del sistema convenzionale, descrivere a grandi linee il modo in cui le due tendenze si manifestano nella giurisprudenza della Corte.

In più occasioni la Corte ha sottolineato l'importanza che il suo giudizio tenga conto delle caratteristiche del caso concreto e che le sue pronunce siano a tali caratteristiche legate¹⁰³. Ciò ha portato la Corte europea a sviluppare un approccio cd caso per caso, ovvero strettamente connesso alla specificità e alla giustizia del caso concreto e a svolgere, parallelamente, un sindacato di tipo individuale. Un sindacato, cioè, altamente individualizzato e flessibile¹⁰⁴. Diversi sono i fattori che contribuiscono ad alimentare tale tendenza. Tra questi, innanzitutto, lo scopo della CEDU, così come definito nel Preambolo e interpretato dalla Corte. L'obbiettivo di garantire protezione ai diritti fondamentali degli individui è stato, infatti, inteso nel senso di richiedere la protezione effettiva e concreta di ciascun ricorrente individuale, a prescindere dall'importanza della questione e dalla gravità del pregiudizio subito¹⁰⁵. Devono menzionarsi, poi, i criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali dettati dagli artt. 34 e 35 CEDU che, oltre a non prevedere un sistema di filtro o selezione dei ricorsi basato su un giudizio discrezionale della Corte, come si vedrà nel

¹⁰³ Corte EDU, 26 Aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, § 65: "... la Corte deve verificare se l'interferenza fosse necessaria avuto riguardo ai fatti e alle circostanze dello specifico caso dinanzi ad essa"; Corte EDU, 13 Agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, § 53: "La Corte enfatizza ancora una volta che, nei procedimenti che originano da un ricorso individuale, essa deve, senza perdere di vista il contesto generale, confinare la propria attenzione per quanto possibile alla questione sollevata dal caso concreto dinanzi ad essa".

¹⁰⁴ MATSCHER, *Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, cit., p. 68; GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit; OST, *The original canons of interpretation of the European Convention on human rights*, in DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 283-318.

¹⁰⁵ GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit, p. 9.

dettaglio più avanti, escludono l'ammissibilità di cd *actiones populares*, cioè di casi in cui il ricorrente non sia stato vittima di una concreta violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione¹⁰⁶. La Corte ha costantemente interpretato tale requisito nel senso di escludere l'ammissibilità di ricorsi che abbiano ad oggetto una prassi o una legislazione nazionale in contrasto con le previsioni convenzionali, a meno che da questi non sia derivata la concreta lesione di un diritto individuale. Conseguentemente, la Corte, in principio, non si pronuncia sulla compatibilità in astratto tra una prassi o un atto legislativo nazionale con la CEDU, ma, se del caso, sulla specifica violazione che l'applicazione di questi abbia cagionato. Le sue pronunce sono, in tal senso, limitate al caso concreto. Le sentenze della Corte, inoltre, esplicano effetti vincolanti solo rispetto alle parti in lite e al caso concreto, secondo quanto previsto dall'art 46 CEDU, analogo, per quel che qui interessa, all'art 59 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia¹⁰⁷. Ciò significa che, se uno Stato si rifiuta di accettare una decisione o una interpretazione resa dalla Corte in un caso in cui non è parte, non vi sono strumenti diretti per forzarlo ad accettarla o a conformarvisi¹⁰⁸. Le sentenze della Corte, ancora, sono, in principio, dichiarative. Attraverso di esse, la Corte non può annullare un atto - ad esempio legislativo - statale, ma deve limitarsi ad accertare e dichiarare se vi sia stata o meno una violazione, accordando, se del caso, una equa soddisfazione ai sensi dell'art 41 CEDU, mentre gli Stati sono liberi quanto alla scelta delle modalità con cui porre fine ed eliminare le conseguenze della violazione¹⁰⁹. Infine, deve farsi riferimento alla circostanza che la Corte di Strasburgo opera come organo giurisdizionale sovranazionale, giudicando dei ricorsi di individui provenienti da 47 Stati anche molto differenti tra loro.

¹⁰⁶ L'art 34 CEDU, in particolare, prevede: *"La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto"*.

¹⁰⁷ Art 46 §1 CEDU: *"Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti"*.

¹⁰⁸ GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit.

¹⁰⁹ Art 41 CEDU: *"Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa"*.

Nel giudicare di una violazione, la Corte deve, così, tenere in considerazione le caratteristiche peculiari di ciascun ordinamento giuridico¹¹⁰.

Se tali elementi contribuiscono ad alimentare la funzione della Corte quale giudice del caso individuale, altri, al contempo, ne accrescono la funzione costituzionale, che si manifesta in special modo nelle pronunce della Grande Camera, come si vedrà nel dettaglio più avanti, e di cui sembrerebbe essere espressione il requisito dell'avere subito un pregiudizio importante, introdotto dal Protocollo XIV tra i criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali¹¹¹. La stessa Corte ha più volte sottolineato che le sue sentenze “*servono, non solo a decidere quei casi portati dinanzi ad essa ma, più in generale, a chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole stabilite dalla Convenzione*”¹¹². Innanzitutto, se è vero che *ex art 46 CEDU* le sentenze esercitano effetti formalmente vincolanti solo rispetto allo Stato convenuto e alla specifica questione sottoposta, quindi rispetto al singolo caso (effetti *cd inter partes*), la competenza della Corte ad interpretare il testo convenzionale, peraltro espressamente riconosciuta dall'art 32 CEDU, fa sì che le sentenze esplicino effetti anche rispetto a casi simili (*cd erga omnes*¹¹³). Come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, l'interpretazione resa dalla Corte si “*incorpora*”, infatti, al testo stesso della Convenzione, in tal modo andando al di là del singolo caso in cui è resa. Anche per quanto riguarda il carattere dichiarativo delle sentenze, si impongono alcune precisazioni. Seppure le sentenze della Corte siano in principio dichiarative, la Corte, attraverso una lettura combinata degli artt. 41 e 46 CEDU, è andata

¹¹⁰ GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit.

¹¹¹ GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, cit.

¹¹² Corte EDU, 18 Gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71, § 154: “*The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19) (art. 19)*”; nello stesso senso, più di recente, Corte EDU, 22 Marzo 2012, *Konstantin Markin c. Russia*, ricorso n. 30078/06, § 89.

¹¹³ Parlano di effetti *erga omnes* tra gli altri, SUDRE, *Droit européen et international des droit de l'homme*, cit., p. 839; BESSON, *The erga omnes effects of judgment of the ECtHR*, in BESSON, *Le Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Schultess, 2011 pp. 125-175; LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999; COHEN JONATHAN, *Quelques considerations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles Bruylant, 1995, pp. 39-64.

nel tempo assumendo un ruolo di “conformazione” degli ordinamenti interni. Essa ha, innanzitutto, affermato, che una sentenza che individui una violazione della Convenzione impone allo Stato responsabile, non solo di pagare alla parte lesa le somme accordate a titolo di equa soddisfazione *ex art 41 CEDU*, ma anche di adottare le misure generali o individuali idonee a porre fine alla violazione ed eliminarne per quanto possibile gli effetti¹¹⁴. La Corte, inoltre, anche su impulso del Comitato dei ministri, ha iniziato ad indicare nelle sue stesse sentenze le specifiche misure di carattere individuale o generale necessarie per disporre una riparazione in favore delle vittime, così restringendo ancora di più l’autonomia degli Stati in materia. Già dalla metà degli anni ‘90, in casi relativi alla violazione del diritto di proprietà, la Corte aveva in talune ipotesi indicato la restituzione come la migliore forma di riparazione, lasciando tuttavia allo Stato l’alternativa di versare un indennizzo, misura considerata equivalente¹¹⁵. A partire dal 2003-2004, mutando radicalmente atteggiamento, ha iniziato ad indicare nel dispositivo della sentenza o, più frequentemente, nella sua

¹¹⁴ Corte EDU, 31 Luglio 2000 *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorso n. 39221/98 e 41963/98, § 249 “*The Court points out that by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects (see, mutatis mutandis, the Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50) judgment of 31 October 1995, Series A no. 330-B, pp. 58-59, § 34). Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.* Nesso stesso senso, Corte EDU, 22 Giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ricorso n.31443/93, §. 192.

¹¹⁵ Corte EDU, 31 Ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia (art.50)*, ricorso n. 14556/89, § 38-39 “38. Consequently, the Court considers that the return of the land in issue, an area of 104,018 sq. m - as defined in 1983 by the Athens second Expropriation Board - would put the applicants as far as possible in a situation equivalent to the one in which they would have been if there had not been a breach of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)..” 39. *If the respondent State does not make such restitution within six months from the delivery of this judgment, the Court holds that it is to pay the applicants, for damage and loss of enjoyment since the authorities took possession of the land in 1967, the current value of the land, increased by the appreciation brought about by the existence of the buildings, and the construction costs of the latter..”.*

motivazione, in via autonoma, le specifiche misure, sia a carattere individuale¹¹⁶ che generale,¹¹⁷ volte a riparare gli effetti della violazione ed evitare una ripetizione della violazione. Per quanto concerne le misure a carattere generale, in particolare, è oramai pratica stabile che la Corte le indichi nelle proprie sentenze quando riveli problemi strutturali negli ordinamenti interni. Tali indicazioni sono certamente presenti nelle sentenze pilota, procedura inaugurata nel caso *Broniowski c. Polonia* e che ha trovato recepimento positivo nell'art 61 del Regolamento interno della Corte¹¹⁸. A tale prassi della Corte si sono conformati, peraltro, gli Stati nell'esecuzione delle sentenze e il Comitato dei ministri nell'esercizio delle proprie competenze di controllo sull'esecuzione *ex art 46 CEDU*, così integrando l'ipotesi della prassi applicativa di cui all'art 31(3) alinea b) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati¹¹⁹. Ai sensi di tale disposizione, infatti, al fine di interpretare un trattato deve tenersi in considerazione *"di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo tra le parti in materia di interpretazione del medesimo"*.¹²⁰ Per quanto riguarda il Comitato dei

¹¹⁶ Corte EDU, 23 Marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, ricorso n. 4864/05, § 102: *"The Court considers that, in addition to the award made above, the Government must provide free and full medical cover for the first applicant during his lifetime.* Nello stesso senso Corte EDU, 11 Settembre 2007, *L. c. Lituania* ricorso n. 27527/03, § 74.

¹¹⁷ Corte EDU, 11 Gennaio 2005, *Tekin Yildiz c. Turchia*, ricorso n. 6951/01, § 90-95.

¹¹⁸ Articolo 61 Regolamento interno della Corte: *"Procedura della sentenza pilota 1. La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi ... 3. La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza... 5. Quando adotta una sentenza pilota, la Corte può riservarsi in tutto o in parte l'esame della questione dell'equa soddisfazione, in attesa che la Parte contraente convenuta adotti le misure sia individuali che generali indicate nella sentenza...9. Il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa ed il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa sono informati sistematicamente dell'adozione di una sentenza pilota o di qualsiasi altra sentenza in cui la Corte segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno di una Parte contraente"*.

¹¹⁹ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSZY, *Commentario breve alla CEDU*, Cedam, 2012, *Commento sub. art 46*, p. 745.

¹²⁰ L'applicabilità dei canoni ermeneutici di cui alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati alla CEDU è stata affermata esplicitamente a partire da Corte EDU, 21 Febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, § 29.

ministri, questo, che in principio si limitava a verificare che fosse stata accordata alla parte lesa l'equa soddisfazione al fine di considerare chiusa la procedura di esecuzione, ha nel tempo interpretato la propria competenza in materia di controllo sull'esecuzione delle sentenze rese dalla Corte *ex art 46 CEDU*, in maniera più rigorosa¹²¹. Gli Stati membri, invece, si conformano alle sentenze pronunciate nei loro confronti, dando esecuzione, in maniera pressoché costante, agli obblighi da esse derivanti¹²². In tal modo la Corte di Strasburgo incide sugli ordinamenti interni, producendo quanto meno un effetto di orientamento su di essi e andando al di là del compito di dirimere la controversia individuale che le viene sottoposta. Deve, infine, sottolinearsi che, seppure l'art 34 CEDU escluda l'ammissibilità di *actiones populares* e quindi, conseguentemente, che la Corte si esprima in astratto sulla conformità di un atto o una prassi nazionale con i principi stabiliti nella CEDU, nelle ipotesi in cui la violazione individuale discenda, non dall'applicazione, ma dall'esistenza stessa di una norma di legge - o dalla sua assenza - la Corte, di fatto, non può che esprimersi su di essa¹²³. Un'ipotesi del genere si è realizzata, ad esempio, nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*, dove la Corte ha accettato lo status di vittima, ritenendo che la stessa esistenza della legislazione che sanzionava penalmente le pratiche omosessuali ledesse il ricorrente, indipendentemente dal fatto che la stessa non fosse stata nel caso concreto applicata, così esprimendosi di fatto sulla compatibilità stessa della legislazione in questione con i principi della Convenzione¹²⁴.

¹²¹ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., *Commenti sub artt. 41 e 46*

¹²² HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., pp.155-165; BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. *commenti sub artt. 41 e 46*; SUDRE, *Droit europeen et international des droit de l'homme*, cit., pp. 839-868; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2004, pp. 173-215.

¹²³ MATSCHER, *Quarante ans d'activites de la Cour europeenne des droits de l'homme*, cit.

¹²⁴ Corte EDU, 22 Ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76 § 41: "...the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts

3. I caratteri della Convenzione europea. Un diritto prevalentemente giurisprudenziale

Ulteriore caratteristica da tenere in considerazione, peraltro strettamente connessa alla precedente, è la funzione che nel sistema CEDU assume la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si tratta di un aspetto strettamente connesso alla questione della costituzionalizzazione del sistema CEDU, poiché l'affermarsi di una giurisprudenza in cui la Corte interpreta in maniera autoritativa la Convenzione, determina l'estendersi di essa al di là del caso concreto, così caratterizzando il suo giudizio in senso costituzionale più che individuale¹²⁵.

Alla giurisprudenza della Corte non può essere riconosciuto formalmente il ruolo di fonte del diritto. Come già osservato, infatti, si pensi dell'art 38 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale, alla giurisprudenza delle corti internazionali può essere riconosciuto, al più, il ruolo di strumento ausiliario nell'interpretazione. Ciò nonostante, è unanimemente riconosciuto che la giurisprudenza della Corte rappresenti una parte indispensabile del diritto europeo dei diritti dell'uomo. Esso è ricavabile, infatti, non solo dalla fonte convenzionale, ma soprattutto dalla fonte giurisprudenziale¹²⁶. La Corte stessa ha affermato che la sua giurisprudenza non serve solo a dirimere la specifica controversia che le è sottoposta, ma, più in generale, a chiarire, salvaguardare e sviluppare il diritto convenzionale¹²⁷. Tanto il teorico, quanto il pratico del diritto (avvocato o giudice), il quale voglia ricostruire la disciplina di una determinata materia, non può fare a meno, dunque, di riferirsi, sia al testo della Convenzione, sia alla giurisprudenza della Corte. Si è già osservato, peraltro, come l'importanza in tal senso della giurisprudenza, non rappresenti una caratteristica peculiare del solo sistema CEDU, essendo comune anche ad altri

and thereby becomes liable to criminal prosecution". In senso analogo, Corte EDU, 06 Settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, ricorso n. 5029/71, § 34.

¹²⁵ GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit.

¹²⁶ Vedi nota 5.

¹²⁷ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit.

ordinamenti che non includono essa tra le fonti formali del diritto. La giurisprudenza, infatti, è prodotto dell'attività interpretativa che il giudice svolge nell'esercizio della sua funzione di giudicare, ovvero di applicare il diritto al caso concreto. L'interpretazione, che si concreta nell'attribuzione di un significato ad un testo normativo, è coesistente all'attività di giudicare: non è possibile al giudice applicare la disposizione normativa al caso concreto, senza prima averla interpretata, ovvero senza prima averne determinato il significato. L'interpretazione giudiziale, pur essendo sottoposta ad una serie di regole e limiti - a differenza di altri tipi di interpretazione - presuppone sempre una certa "creatività giudiziale". In ragione delle caratteristiche di vaghezza e indeterminatezza del linguaggio, al giudice è dato sempre, un certo margine di scelta nell'attribuzione a un termine di un determinato significato. Per tale ragione può sostenersi che tutti i giudici, nell'adempiere alla propria funzione giurisdizionale, esercitino in qualche misura un'attività creativa e, conseguentemente, che la giurisprudenza, che di tale attività è prodotta, rivesta un qualche ruolo in tutti gli ordinamenti giuridici che va al di là della mera applicazione del diritto al caso concreto. Per le caratteristiche proprie della Convenzione, tuttavia, la Corte di Strasburgo ha assunto una competenza interpretativa ancor più ampia di quella comunemente svolta da qualunque organo giurisdizionale. Di conseguenza, la sua giurisprudenza ha assunto una importanza ancor più centrale nello sviluppo del diritto europeo dei diritti dell'uomo¹²⁸.

Deve, innanzitutto, tenersi in considerazione che la competenza della Corte ad interpretare la Convenzione è alla stessa espressamente affidata dall'art 32. Anche se, come osservato, la funzione giurisdizionale stessa sarebbe stata da sola sufficiente a conferire alla Corte il ruolo di interprete della Convenzione, la disposizione non è priva di rilevanza. Essa attribuisce, infatti, alla Corte il ruolo di "interprete autentica" della Convenzione, così conferendo alla sua interpretazione speciale autorità¹²⁹. L'attività di interpretazione della

¹²⁸ POPOVIC, *The emergence of the European Human Rights Law*, cit.; GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit.; DELZANGLES, *Activime et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2010.

¹²⁹ DELZANGLES, *Activime et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

Convenzione non è, infatti, monopolio della sola Corte di Strasburgo, ma è dalla stessa condivisa con i giudici interni. Sono questi chiamati in prima battuta ad esprimersi sul rispetto della Convenzione, avendo questa vocazione ad essere applicata negli ordinamenti domestici ed avendo la Corte di Strasburgo un ruolo sussidiario. Tuttavia, una volta che, esaurite le vie di ricorso interno, la Corte venga adita, essa si esprime in ultima istanza ed ha quindi l'ultima parola sull'interpretazione di una disposizione convenzionale. All'interpretazione della Corte di Strasburgo è attribuita, pertanto, un'autorità particolare, nel senso che nessuna interpretazione può competere con la sua e che spetta ad essa stabilire, in definitiva, il significato che deve essere attribuito alle disposizioni convenzionali¹³⁰.

Deve, in secondo luogo, tenersi in considerazione, che la Convenzione abbonda di disposizioni vaghe e imprecise. Per questa ragione la Corte, nella loro definizione, esercita una competenza più ampia rispetto a quella di altri organi giurisdizionali, avendo davanti una molteplicità di possibilità interpretative¹³¹. Si è osservato che la Corte esercita tale competenza almeno a due livelli: da un lato nel determinare il contenuto, dall'altro nel determinare la portata dei diritti cui le disposizioni si riferiscono¹³². Quanto al primo livello, deve osservarsi che la maggior parte delle disposizioni della Convenzione, quale trattato in materia di diritti umani, sono espresse nella forma, non di regole, ma di principi. Si pone, dunque, il problema interpretativo di stabilire quale sia il contenuto dei diritti cui si riferiscono¹³³. Ad esempio, l'art 8 che garantisce il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza, include il diritto di adottare? Oppure, l'art 12 che garantisce il diritto di sposarsi e fondare una famiglia, include il diritto a divorziare? È chiaro che, nel determinare il contenuto di tali diritti, la Corte esercita un'attività interpretativa particolarmente ampia. Quanto al secondo livello, deve osservarsi, invece, che la Convenzione fa per lo più riferimento a nozioni vaghe e

¹³⁰ LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

¹³¹ POPOVIC, *The emergence of the European Human Rights Law*, cit.

¹³² DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

¹³³ COHEN-JONATHAN, *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, 1998, pp. 165-196, pp. 168-169.

indeterminate. La Convenzione, quale trattato internazionale, sembrerebbe fare uso di nozioni così costruite per almeno un duplice ordine di ragioni: da un lato, vengono in rilievo considerazioni giuridiche, connesse alla necessità di utilizzare per lo più termini neutri in rapporto ai termini propri di ciascun ordinamento interno; dall'altro, rilevano considerazioni diplomatiche, legate all'intenzione di evitare posizioni tranchant e soddisfare così tutti gli interessi in causa¹³⁴. Tale scelta ha, come contraltare, ancora una volta l'ampliamento della competenza interpretativa della Corte la quale, potendo attribuire ad un medesimo termine una pluralità di significati, può ampliare o restringere la portata di un diritto¹³⁵. La Convenzione fa, ad esempio, riferimento all'art 12 alla nozione di matrimonio, ma non ne offre una definizione. A seconda che il matrimonio sia inteso come unione tra persone dello stesso o di differente sesso, il diritto di sposarsi si applica ad una categoria più o meno ampia di soggetti. Lo stesso problema si pone con riguardo ad una molteplicità di nozioni impiegate dalla CEDU, come quelli di "trattamenti inumani o degradanti" (art 3 CEDU), oppure di "diritti e obblighi di carattere civile" o "accusa penale" (art 6 CEDU).

Deve, infine, tenersi in considerazione che la Convenzione, a differenza di altri trattati internazionali "classici", non prevede diritti e obblighi reciproci tra le parti, ma, come riconosciuto esplicitamente nel suo Preambolo, sancisce diritti che gli Stati si impegnano a riconoscere e garantire agli individui sottoposti alla propria giurisdizione: prevede, dunque, obbligazioni non reciproche e oggettive. Tale significativa differenza ha portato parte della dottrina a qualificare la Convenzione - insieme ai trattati che presentino analoghe caratteristiche - quale trattato cd normativo, in contrapposizione ai trattati cd contratto, e a farne derivare un differente regime normativo. Indipendentemente dal fatto che si accolga o meno la contrapposizione tra trattati normativi e trattati contratto - peraltro non menzionata dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati - non può farsi a meno di costatare che da essa la Corte ha tratto importanti conseguenze interpretative. La

¹³⁴ DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

¹³⁵ MELCHIOR, *Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Carl Heymans Verlag, 1989, p. 411.

Corte, infatti, nell'interpretare il testo convenzionale facendo applicazione dei principi stabiliti dalla sopramenzionata Convenzione di Vienna - come osservato, ritenuti dalla Corte applicabili al contesto CEDU - ha attribuito preminenza allo scopo e all'oggetto di questo, come definiti dal Preambolo e dall'art 1. Essa ha, infatti, affermato che la Convenzione deve essere interpretata alla luce del suo oggetto e del suo scopo, che è quello di proteggere in maniera concreta ed effettiva i diritti degli individui¹³⁶. Ha, inoltre, precisato che l'interpretazione teleologica dev'essere sempre in linea con le condizioni presenti¹³⁷. La Corte ha, così, sviluppato il principio dell'interpretazione dinamico-evolutiva secondo il quale, in sintesi, in caso di dubbio interpretativo deve essere prediletta l'interpretazione che sia in linea con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, come definiti nel Preambolo, tenendo conto dei più recenti sviluppi sociali e scientifici, anche quando tale interpretazione amplifichi gli obblighi delle Parti contraenti. Attraverso l'interpretazione dinamico-evolutiva, la Corte ha così ampliato ancor di più la sua competenza interpretativa, già estesa, come visto sopra, in ragione del carattere vago e impreciso delle disposizioni convenzionali¹³⁸.

¹³⁶ Corte EDU, 7 Luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 87: *"In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms... Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective... In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"*.

¹³⁷ Corte EDU, 25 Aprile 1978, *Tyer c. Regno Unito*, §31: *"The Court must...recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field.."*

¹³⁸ DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, cit.; MATSCHER, *Quarante ans d'activites de la Cour europeenne des droits de l'homme*, cit.

4. Dimensioni della Corte. Potere di selezionare i casi da decidere

Dimensioni e composizione di una corte sono ulteriori fattori che esercitano una particolare influenza sul modo in cui le decisioni di questa operano come precedenti. Guardando, infatti, alle corti supreme esistenti nei vari sistemi giuridici, emerge che il modo in cui sono strutturate incide sulla coerenza interna della loro giurisprudenza e, conseguentemente, sulla prassi di applicazione del precedente nel sistema¹³⁹.

Struttura e composizione della Corte di Strasburgo sono cambiati in modo significativo dalla sua istituzione ad oggi. In particolare, il numero dei suoi giudici è più che triplicato, passando da 15 a 47, pari a quello delle Alte Parti Contraenti, secondo l'attuale formulazione dell'art 20 della Convenzione. I giudici sono eletti per un periodo di 9 anni e non sono rieleggibili (art 23 CEDU). La Corte EDU è ad oggi, da un punto di vista quantitativo, la più importante tra le giurisdizioni internazionali¹⁴⁰. Con l'entrata in vigore del Protocollo XI, inoltre, come accennato, tutte le attribuzioni giurisdizionali, prima distribuite tra Corte, Commissione e Comitato dei ministri, sono state concentrate in capo ad una nuova Corte unica, permanente e dotata di competenza contenziosa obbligatoria su tutti i ricorsi, individuali o inter-statali, aventi ad oggetto l'interpretazione ed applicazione della Convenzione. Tali modifiche, dirette ad ampliare e al contempo rendere più efficiente la tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dalla Convenzione, si sono rese necessarie principalmente in ragione dell'esponenziale aumento del numero ricorsi presentati ogni anno alla Corte¹⁴¹. La Corte EDU è la Corte internazionale più "prolifica" al mondo con un

¹³⁹ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents: a comparative analysis*, cit.

¹⁴⁰ Si consideri, ad esempio, che la Corte internazionale di Giustizia è formata da 15 giudici, la Corte di Giustizia dell'Unione europea da 27, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo da 7 e la Corte africana dei diritti degli uomini e dei popoli da 11 giudici.

¹⁴¹ Come, tra l'altro, espressamente indicato dal Rapporto esplicativo al Protocollo XI, § 19 *"Although the question of a reform of the supervisory machinery has been discussed since the beginning of the 1980s, the need for a reform is considered increasingly urgent as a growing number of complaints has been lodged with the Commission; in addition, new States have joined the system. The increasing workload of the Commission has also resulted in more cases being referred to the Court in the last few years"*.

corpus giurisprudenziale tanto ampio quanto variegato, cioè attinente a materie tra loro molto differenti. L'ingente numero di ricorsi esaminati ogni anno dalla Corte è dovuto anche all'assenza di qualsiasi tipo di meccanismo di filtro dei ricorsi fondato sulla scelta da parte di questa dei casi da giudicare e paragonabile al sistema dei *certiorari* vigente, ad esempio nella Corte Suprema degli Stati Uniti. L'introduzione di un meccanismo del genere o basato sulla decisione di un organo composto da soggetti diversi rispetto ai giudici della Corte, proposta che pure era stata avanzata in sede di redazione del Protocollo XIV¹⁴², è stata, come osservato, ritenuta incompatibile con il diritto di ciascun individuo di accedere alla Corte, sancito dall'art 34 CEDU¹⁴³. Tutti i ricorsi che soddisfino le condizioni di ricevibilità di cui all'art 35 CEDU sono, quindi, esaminati dalla Corte.

La circostanza che la Corte EDU non abbia il potere di selezionare i casi che meritano una decisione e debba, al contrario, esprimersi su tutti i ricorsi che le vengono sottoposti esercita una particolare influenza sull'operare delle sue pronunce come precedenti nel sistema. Al riguardo, deve osservarsi che gli strumenti adoperati nei vari sistemi giuridici al fine di filtrare i casi da decidere possono essere diversi. Se nella maggior parte dei Paesi di *civil law*, alle corti supreme non è riconosciuto alcun potere¹⁴⁴, o un potere limitato¹⁴⁵, di

¹⁴² Il Protocollo XIV è entrato in vigore l'1/6/2010.

¹⁴³ Al riguardo, Rapporto esplicativo al Protocollo XIV, §34: "... "Two other proposals were rejected because they would have restricted the right of individual application. These were the proposal that the Court should be given discretion to decide whether or not to take up a case for examination (system comparable to the *certiorari* procedure of the United States Supreme Court) and that it should be made compulsory for applicants to be represented by a lawyer or other legal expert from the moment of introduction of the application (see however Rule 36, paragraph 2, of the Rules of Court). It was felt that the principle according to which anyone had the right to apply to the Court should be firmly upheld. The proposal to create a separate filtering body, composed of persons other than the judges of the Court, was also rejected. In this connection, the protocol is based on two fundamental premises: filtering work must be carried out within the judicial framework of the Court and there should not be different categories of judges within the same body" "...".

¹⁴⁴ Tra questi, un caso paradigmatico è rappresentato dall'ordinamento italiano ove, ai sensi dell'art. 111 § 7 della Costituzione è sempre ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge contro le sentenze dei giudici ordinari e speciali, nonché contro i provvedimenti che incidano sulla libertà personale.

¹⁴⁵ Tra questi, la Germania. ALEXY, KIEL, DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 17-64.

selezione dei casi, al contrario, nei sistemi di *common law*, attraverso i *certiorari* o meccanismi simili, le corti supreme hanno il potere di selezionare, sulla base di una decisione essenzialmente discrezionale che in genere non necessita di essere motivata, un numero circoscritto di casi da decidere ogni anno¹⁴⁶. Parimenti diverse possono essere le finalità cui tale filtro mira: dalla necessità di gestire il carico di ricorsi che vengono presentati, a quella di evitare di doversi pronunciare su ricorsi futili o manifestamente infondati. Pur potendo essere varie le ragioni “per decidere di decidere un caso”, tra queste rientra certamente la intenzione di dettare un precedente, risolvere un conflitto tra precedenti o superarne uno obsoleto. Anche se questa può non essere l’unica ragione, costituisce spesso una ragione sufficiente per decidere di selezionare un caso. Al contempo, le sentenze relative a casi selezionati proprio per l’importanza delle questioni giuridiche coinvolte è probabile vengano citate e prese a riferimento nei casi successivi concernenti le medesime questioni, così ponendosi come precedenti autorevoli. Precedente e selezione dei casi sono, quindi, doppiamente connessi: da un lato, l’opportunità di stabilire un precedente può giustificare la selezione di un caso da decidere, dall’altro, la sentenza relativa ad un caso selezionato per la sua importanza è probabile diventi un precedente¹⁴⁷. Uno strumento che può essere utilizzato allo scopo di filtrare, se non tutti, almeno i casi più rilevanti è quello di deferire, appunto, i casi che sollevano questioni di diritto particolarmente importanti o che sono stati decisi in maniera diversa da diverse camere ad una speciale camera “allargata” costituita in seno alla corte¹⁴⁸. Assolve a tale funzione, nella Corte europea, la Grande Camera, come si vedrà nel dettaglio più avanti.

¹⁴⁷ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, cit.p.446.

¹⁴⁸ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, cit., p.445.

5. *Struttura interna della Corte. Articolazione in Camere e Sezioni*

Anche la composizione interna della Corte ha ampi riflessi sui suoi precedenti.

Semplificando estremamente, può osservarsi, infatti, come nelle corti supreme composte da un numero circoscritto di giudici - tra le quali la citata Supreme Court statunitense, con i suoi 9 giudici, rappresenta un caso paradigmatico - tutte le decisioni sono riferibili alla Corte nel suo complesso, ovvero, con riferimento ad un certo arco temporale, ad uno stesso gruppo o ad un gruppo relativamente stabile di giudici¹⁴⁹. Tali corti, infatti, generalmente non si articolano in più camere o sezioni, ma prendono tutte le decisioni collegialmente. Tra le decisioni ci si può attendere, allora, una certa coerenza, specie ove la corte abbia il potere di selezionare i casi da esaminare - come avviene, come si è detto, per la Supreme Court - e renda, quindi, un numero limitato di pronunce. Situazione completamente differente si ha laddove una corte sia composta da un numero elevato di giudici, come nel caso estremo della Corte di Cassazione italiana, formata da centinaia di giudici. In tale ipotesi, in genere, i giudici siedono in distinte sezioni o camere, ciascuna delle quali specializzata in una certa materia. La "Corte" è, allora, solo una finzione, dato che le decisioni sono in realtà prese separatamente da ciascuna camera o sezione composta da un certo numero di giudici. Conseguentemente, una stessa questione di diritto può essere decisa in modo diverso da due o più sezioni, potenzialmente investite contemporaneamente della stessa. Se, oltre ad essere formata da numerosi giudici che siedono in più composizioni, una corte esamina una gran mole di ricorsi, è facile ipotizzare che la coerenza tra le sue decisioni, tanto diacronica, quanto sincronica, sia particolarmente difficile da raggiungere. Lo strumento usualmente adoperato in tali corti per risolvere i contrasti giurisprudenziali tra le sezioni consiste nel deferire i casi controversi ad una speciale camera composta da un più ampio numero di giudici - si pensi alle sezioni unite della Corte di Cassazione italiana. A tale camera è, generalmente, affidato anche il compito di esprimersi sulle questioni

¹⁴⁹ Particolarmente stabile ove la carica di giudice sia a vita, come nel caso, appunto, della US Supreme Court.

giuridiche più rilevanti. Ciò rileva dal punto di vista dell'applicazione del precedente, in quanto le decisioni pronunciate da simili camere, anche quando non formalmente vincolanti, esercitano una peculiare influenza sulla risoluzione di casi successivi uguali. Loro specifica funzione è, infatti, di dettare criteri interpretativi e quindi fungere da guida per le altre camere della stessa corte o per le corti inferiori che si trovino ad affrontare un'analogia questione di diritto¹⁵⁰.

Nella Corte di Strasburgo funzione analoga è affidata alla Grande Camera, composta da 17 giudici. La Corte EDU, infatti, pur essendo unica, può procedere alla trattazione dei casi sottoposti al suo esame in diverse composizioni ed in particolare, secondo l'assetto disegnato dal Protocollo XIV: in composizione di giudice unico, in comitati di tre giudici, in camere di sette giudici e in una Grande Camera di diciassette giudici (art 26 CEDU). La Corte, secondo quanto stabilisce il suo Regolamento interno¹⁵¹, si divide in almeno quattro sezioni, composte dall'Assemblea plenaria ogni tre anni in modo da garantire un equilibrio sotto il profilo geografico, della rappresentanza dei sessi e dei diversi sistemi giuridici delle Parti contraenti, nel quadro delle quali si compongono le Camere e i comitati. Attualmente la Corte si articola in cinque sezioni di nove o dieci giudici.

I giudici unici, istituiti per la prima volta con il Protocollo XIV, svolgono quella funzione di filtro dei ricorsi precedentemente attribuita ai comitati di tre giudici. Essi hanno competenza unicamente a pronunciarsi sulla irricevibilità e la cancellazione dal ruolo dei ricorsi individuali quando tale decisione può essere adottata senza necessità di effettuare un esame ulteriore del caso (art 27 CEDU). Secondo quanto precisa il Regolamento interno della Corte, un ricorso è esaminato dal giudice unico quando gli elementi forniti dal ricorrente sono da soli sufficienti a dimostrarne l'irricevibilità, quando, in altri termini, il

¹⁵⁰ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, cit.

¹⁵¹ Art 25 § 1 e 2 Reg: "1. Le camere previste dall'articolo 25 b) della Convenzione (e denominate «sezioni» nel presente regolamento) sono costituite dalla Corte plenaria, su proposta del presidente, per un periodo di tre anni a partire dall'elezione dei titolari delle funzioni presidenziali, di cui all'articolo 8 del presente regolamento. Vi sono almeno quattro sezioni. 2. Ogni giudice è membro di una sezione. La composizione delle sezioni deve essere equilibrata sia sotto il profilo geografico, sia sotto il profilo della rappresentanza dei sessi e deve tener conto dei diversi sistemi giuridici delle Parti contraenti".

motivo di irricevibilità è manifesto¹⁵². Ciò si verifica essenzialmente nell'ipotesi in cui le ragioni alla base del rigetto del ricorso siano espressione di una giurisprudenza consolidata della Corte¹⁵³. Non è, tuttavia, possibile analizzare in quali tipologie di casi il giudice unico proceda al rigetto dei ricorsi dato che le motivazioni delle sue decisioni non sono pubbliche. Se il ricorso non è dichiarato irricevibile, è trasmesso per l'esame nel merito ad un Comitato o ad una Camera a giudizio discrezionale del giudice unico.

Il protocollo XIV ha inciso anche sulle competenze attribuite ai già esistenti comitati, estendendole fino a ricomprendervi i casi ripetitivi. Oltre ad esprimersi sulla ricevibilità dei ricorsi individuali, essi possono pronunciare congiuntamente sentenza sul merito qualora la questione all'origine della controversia sia oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. Nel caso in cui il Comitato non pervenga all'unanimità ad una di tali conclusioni, il ricorso è trasmesso ad una Camera (art 28 CEDU). Tale disposizione risulta particolarmente rilevante dal punto di vista della prassi di applicazione del precedente in quanto, attraverso il richiamo alla giurisprudenza consolidata della Corte, viene espressamente conferito un certo "peso" a quanto statuito dalla Corte in precedenza rispetto alla risoluzione di casi successivi che sollevino questioni analoghe. Quanto affermato dalla Corte in uno o più casi concreti può esplicitare degli effetti anche al di là di quelli, nella specie determinare la competenza dei comitati a pronunciarsi sul merito del ricorso e orientarne la decisione. Ciò è tanto più rilevante ove si consideri che per giurisprudenza consolidata deve intendersi - secondo quanto precisa il Rapporto esplicativo al Protocollo XIV¹⁵⁴ che ha recepito la prassi interpretativa della Corte - sia giurisprudenza costantemente applicata da una Camera, sia in casi eccezionali una singola decisione che si pronunci su una questione

¹⁵² Art 49 Reg: "1. Quando dagli stessi elementi prodotti dal ricorrente risulta che il ricorso è irricevibile o che dovrebbe essere cancellato dal ruolo, tale ricorso è esaminato da un giudice unico, a meno che non vi siano motivi speciali per procedere altrimenti".

¹⁵³ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSY, *Commentario breve alla CEDU*, cit., *Commento sub art. 27*, p. 594.

¹⁵⁴ Rapporto esplicativo al Protocollo XIV § 68: "Well-established case-law" normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute "well established case-law", particularly when the Grand Chamber has rendered it. This applies, in particular, to repetitive cases, which account for a significant proportion of the Court's judgments (in 2003, approximately 60%). Parties may, of course, contest the "well established" character of case-law before the committee".

di principio, specialmente se resa dalla Grande Camera. Nella loro prassi applicativa i comitati hanno, conseguentemente, ritenuto sussistesse giurisprudenza consolidata in presenza, sia di una serie di decisioni, che di una singola pronuncia particolarmente rilevante.

Competenti, di regola, ad esaminare la causa nel merito sono, pertanto, le Camere, le quali possono comunque sempre pronunciare una decisione di irricevibilità del ricorso qualora ne ricorrano i presupposti (art 29 CEDU). La stragrande maggioranza delle sentenze sul merito pronunciate dalla Corte provengono, quindi, da una delle sue Camere¹⁵⁵. Tale circostanza, unita più in generale al gran numero di decisioni rese, fa sì che la giurisprudenza della Corte non sempre sia coerente.

¹⁵⁵ Dall'entrata in vigore del Protocollo XIV al momento in cui si scrive, delle 22.078 sentenze (nel merito) rese dalla Corte, 16.195 (circa il 73%) provengono da una delle Camere, 3920 (circa il 18%) dai Comitati e 1963 (circa il 9%) dalla Grande Camera.

5.1. La Grande Camera

Proprio al fine di prevenire l'insorgere di contrasti giurisprudenziali tra le Camere, la Convenzione al suo art 30 prevede che la Camera, fintanto che non si sia pronunciata definitivamente sul ricorso, possa rimettere il caso alla Grande Camera quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli o la sua soluzione rischia di confliggere con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte¹⁵⁶. Lo strumento della rimessione, presente nel sistema convenzionale sin dalle sue origini, nell'affidare esclusivamente alla Grande Camera il compito di discostarsi, se del caso, da una sentenza o un filone giurisprudenziale anteriore e di pronunciarsi sulle questioni interpretative più importanti dovrebbe, appunto, impedire che esistano decisioni contrastanti tra le varie Camere e in tal modo garantire il mantenimento di una certa coerenza nella giurisprudenza della Corte. La Camera che si trovi ad affrontare una questione simile ad una affrontata anteriormente, non dovrebbe trovarsi di fronte a più soluzioni alternative fornite da altrettante Camere. Il condizionale si impone, tuttavia, poiché tale strumento è sottoposto a due limiti fondamentali.

Innanzitutto, secondo quanto prevede l'art 30 CEDU medesimo, ciascuna delle parti può opporsi alla decisione di rimessione della Camera. Alla luce della lettera dell'art 30 CEDU, tale facoltà sembrerebbe configurarsi come un vero e proprio potere di veto riconosciuto alle parti, tale da imporre alla Camera l'automatico accoglimento dell'opposizione una volta che sia stata presentata¹⁵⁷. Il Regolamento, tuttavia, nel prevedere che le obiezioni delle parti, oltre a dovere essere presentate entro il termine di un mese dalla

¹⁵⁶ Art 30 CEDU: *“Rimessione alla Grande Camera. Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga”*.

¹⁵⁷ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, cit., *Commento sub art 30*, p. 601.

comunicazione della decisione di rimessione, debbano essere debitamente motivate¹⁵⁸, parrebbe conferire alla Camera un certo margine di manovra nella sua valutazione circa la validità, tanto formale quanto sostanziale, del veto, così mitigandone gli effetti¹⁵⁹. Sul punto, anche la giurisprudenza della Corte si è mostrata ambigua. Mentre in alcuni casi essa ha preso semplicemente atto dell'opposizione resa dalle parti¹⁶⁰, in altri si è esplicitamente espressa sulla compatibilità di questa con le condizioni dettate dall'art 72 Reg¹⁶¹. Ad ogni modo, non risultano casi in cui l'opposizione non sia stata accolta dalla Camera. Considerato che anche in caso di veto di una delle parti, la Camera non è tenuta ad attenersi ai precedenti giurisprudenziali - tale obbligo, infatti, non è ricavabile, né dalla Convenzione, né dal Regolamento interno della Corte, né dalla sua prassi applicativa - è ben possibile e, anzi, formalmente ammesso, allora, che in determinate circostanze anche una Camera semplice possa allontanarsi dalla giurisprudenza anteriore della Corte. Tale facoltà non risulta, pertanto, di esclusiva competenza della Grande Camera. Un'ipotesi del genere si è verificata, ad esempio, nel caso *Guiso-Gallisay c. Italia*¹⁶². Pur essendosi i ricorrenti opposti alla rimessione del caso alla Grande Camera, la Camera ha deciso comunque di discostarsi

¹⁵⁸ Art 72 § 4 Reg: "Il cancelliere comunica alle parti l'intenzione della camera di dichiararsi incompetente. A decorrere dalla data di questa comunicazione, entro il termine di un mese le parti potranno presentare per iscritto alla cancelleria una opposizione debitamente motivata. Se non soddisfa le condizioni sopra citate, l'opposizione sarà considerata non valida dalla camera".

¹⁵⁹ Proprio per tale ragione, è stato ritenuto che l'art 72 § 4 del Regolamento si ponga in contrasto con la Convenzione, inserendo un obbligo non previsto da questa. RAIMONDI, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*. in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WHILDABER ET AL, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1154.

¹⁶⁰ Si veda, ad esempio, Corte EDU, 30 Giugno 2009, *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna*, ricorsi n. 25803/04 e 25817/04, § 6: "On 1 July 2008 the Chamber notified the parties of its intention to relinquish the case to the Grand Chamber, in accordance with Rule 72 § 1. Relying on Rule 72 § 2, the Government objected to that relinquishment. Accordingly, the Chamber continued to examine the case". Nello stesso senso, Corte EDU 20 Ottobre 2010, *Pellegrini c. Italia*, ricorso n. 30882/96, § 6 e 7, 12 Marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99, § 6.

¹⁶¹ Si veda, ad esempio, Corte EDU, 21 Ottobre 2008, *Guiso-Gallisay c. Italia*, ricorso n. 58858/00, § 9: "Il 27 maggio 2008, la Corte ha deciso di non spogliarsi del caso, ritenendo che l'opposizione dei ricorrenti soddisfacesse le condizioni previste dall'articolo 72 § 2 del regolamento". Nello stesso senso 1Corte EDU, 5 Ottobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*, ricorso n. 40450/04, § 6.

¹⁶² Corte EDU, *Guiso-Gallisay c. Italia* cit.

dalla precedente giurisprudenza¹⁶³, adottando una soluzione innovativa in materia di determinazione dell'equa soddisfazione *ex art 41 CEDU* in ipotesi di esproprio indiretto - soluzione, peraltro, successivamente confermata dalla Grande Camera intervenuta in sede di rinvio *ex art 43 CEDU*. Nella sua opinione separata, il giudice Tulkens, pur dissentendo dalla decisione della maggioranza, conferma la facoltà della Camera di discostarsi dalla giurisprudenza anteriore della Corte anche in caso di opposizione di una delle parti alla rimessione alla Grande Camera¹⁶⁴. La possibilità per le parti di opporre il loro veto alla rimessione può, così, determinare l'insorgere di indirizzi contrastanti tra le Camere ed in tal modo minare l'uniformità della giurisprudenza e in definitiva l'autorità delle sentenze della Corte¹⁶⁵, in misura più o meno maggiore a seconda, chiaramente, della frequenza con cui tale facoltà venga esercitata. L'attitudine delle parti ad opporsi alla rimessione *ex art 30 CEDU* è, tuttavia, difficile da valutare poiché non esistono documenti ufficiali che elenchino i casi in cui le parti si siano servite di tale facoltà¹⁶⁶. Il fondamento del potere di veto, che ha sollevato numerosi altri rilevi critici in dottrina¹⁶⁷, va ricercato, non nella stessa procedura

¹⁶³ Giurisprudenza inaugurata con Corte EDU 31 Ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, cit.e poi ripresa e confermata, con riferimento allo Stato italiano, nelle sentenze *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia* del 30 Ottobre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia* dell'11 Dicembre 2003, *Scordino c. Italia (n°3)* del 6 Marzo 2007 e *Pasculli c. Italia* del 4 Dicembre 2007.

¹⁶⁴ Corte EDU, *Guiso-Gallisay c. Italia* cit., opinione dissenziente del giudice Tulkens: "Non condivido la decisione della maggioranza per quanto riguarda la valutazione e la quantificazione del danno materiale. Se, a dispetto del palese problema di sicurezza giuridica che una tale situazione potrebbe determinare, la Camera poteva sicuramente prendere le distanze dalla giurisprudenza anteriore, dal momento che i ricorrenti si sono opposti allo spossessamento (paragrafi 7-9), sarebbe stato comunque necessario che fossero state presentate delle argomentazioni giuridiche più decisive. Tuttavia ciò non sembra avvenuto".

¹⁶⁵ LAMBERT, *Discussion in WACHSMANN ET AL, Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995p.74.

¹⁶⁶ A parte nel caso *Guiso Gallisay c. Italia* citato, risulta che le parti si siano opposte alla rimessione anche nel caso *Pellegrini c. Italia*, poi deciso dalla Corte, seconda sezione, con sentenza del 20 Luglio 2001, ricorso 30882/96.

¹⁶⁷ Tra gli altri, EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions A. Pedone, 2005, pp. 96 ss.; FLAUSS, *La nouvelle procédure*, in WACHSMANN ET AL., *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 53-71, pp.59-60; SUDRE, *La réforme du mécanisme de contole de la Cour européenne des droits de l'homme: le Protocole 11 additioanel à la Convention*, in *Le semaine juridique*, 21/1995. Le critiche mosse si basano essenzialmente sulla considerazione per cui il riconoscimento alle parti della facoltà di opporsi alla rimessione del caso per ragioni di opportunità è incoerente rispetto alle finalità di "ordine pubblico" del meccanismo, può indurre le parti ad adottare la strategia processuale di opporsi prima alla rimessione e chiedere

di rimessione, ma piuttosto nella procedura di rinvio *ex art 43 CEDU* - di cui si dirà meglio più avanti - come precisa la stessa Relazione esplicativa al Protocollo XI¹⁶⁸. La finalità è quella di evitare che la decisione di rimettere il caso alla Grande Camera, affidata unicamente alla scelta dei giudici della Camera, possa limitare la facoltà delle parti di chiederne il riesame *ex art 43 CEDU*. La parte che si sia opposta alla rimessione del caso non perde, infatti, il diritto di chiederne eventualmente il rinvio qualora la prima decisione sia ad essa sfavorevole.

Inoltre, dal tenore letterale dagli artt. 30 CEDU e 72 Reg¹⁶⁹, sembra potersi affermare che la Camera non abbia l'obbligo, ma la semplice facoltà di rimettere il caso alla Grande Camera, sia nell'ipotesi in cui la questione oggetto del ricorso sollevi questioni interpretative, qualunque ne sia la gravità, sia nell'ipotesi in cui la soluzione adottata possa generare un contrasto giurisprudenziale¹⁷⁰. Tale tesi interpretativa trova conferma nella Relazione esplicativa al Protocollo XI, la quale specifica espressamente che la Camera non è in tal caso tenuta a dichiararsi incompetente in favore della Grande Camera.¹⁷¹ In ciò l'attuale meccanismo si differenzia dal precedente, che prevedeva l'obbligo di rimessione nel caso in cui la soluzione della controversia rischiasse di porsi in contrasto con un

successivamente il rinvio *ex art 43 CEDU*, si pone in contrasto con la pienezza di competenza giurisdizionale della Corte;

¹⁶⁸ Relazione esplicativa al Protocollo XI, §79: "... "The reason for making relinquishment subject to the approval of the parties should be seen in the light of the introduction of the concept of "re-hearing", in accordance with the decision of the Committee of Ministers on 28 May 1993 (see paragraph 4 above). The provision is designed so as to secure the possibility that such a "re-hearing" not be adversely affected. This procedure of relinquishment, the use of which can be made any time prior to judgment, must thus be distinguished from that of a re-hearing as provided for in Article 43."

¹⁶⁹ Art 72 Reg § 1 e 2: "1. Quando una causa pendente dinanzi a una camera solleva una questione grave relativa all'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, la camera può dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera, a meno che una delle parti non si opponga conformemente al paragrafo 4 del presente articolo. 2. Quando la soluzione di una questione sottoposta a una camera può entrare in contraddizione con la giurisprudenza della Corte, la camera deve dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera, a meno che una delle parti non si opponga conformemente al paragrafo 4 del presente articolo".

¹⁷⁰ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, cit., *Commento sub art 30*, p.601.

¹⁷¹ Relazione esplicativa al Protocollo XI, § 79: "The text of Article 30 is derived from Rule 51 of the former Rules of Court. Contrary to Rule 51, paragraph 1, second sentence, of the former Rules of the Court, Article 30 does not oblige a Chamber to relinquish jurisdiction", "...".

precedente della Corte¹⁷². Al riguardo, non sono mancati rilievi critici da parte di alcuni giudici della Corte. In tal senso si sono espressi, ad esempio, i giudici Spielmann e Loucaides nella loro opinione separata alla sentenza sul caso *Lo Tufo c. Italia*, sostenendo che le questioni interpretative sollevate dal caso e relative all'art 41 CEDU sarebbero state da sole sufficienti a giustificare una rimessione alla Grande Camera, rimessione che si sarebbe posta addirittura come necessaria nel caso in cui la Camera avesse deciso di adottare un approccio differente rispetto alla precedente giurisprudenza in materia¹⁷³. Certamente la Corte non è obbligata a dar seguito alle istanze di rimessione provenienti dalle parti, sebbene abbia ammesso di potersi pronunciare su di esse¹⁷⁴.

Anche se l'assenza dell'obbligo di motivare le decisioni di rimessione renda difficile analizzare la politica giuridica adottata dalle Camere in materia¹⁷⁵, dalle sentenze e decisioni di ricevibilità pronunciate dalla Grande Camera in sede di rimessione si può ricavare che essa è stata essenzialmente chiamata ad esprimersi sui ricorsi più importanti e delicati o che

¹⁷² L'art 48 § 1 del Regolamento vigente prima dell'adozione del Protocollo XI prevedeva, infatti, che la Camera fosse obbligata a rimettere la causa alla Corte Plenaria nel caso in cui la soluzione della questione rischiasse di porsi in contrasto con una sentenza resa anteriormente.

¹⁷³ Corte EDU, 21 Luglio 2005, *Lo Tufo c. Italia*, ricorso n. 64663/01, Opinione concorrente dei giudici Spielmann e Loucaides, "§10. *The Court's reasoning, which on this precise point follows that of the Mascolo v. Italy judgment (no. 68792/01, § 55, 16 December 2004), raises a serious question affecting the interpretation of Article 41 of the Convention, which would have been sufficient in itself to justify the relinquishment of jurisdiction in favour of the Grand Chamber. It would have been necessary to do so, in any event, if the Chamber had adopted an approach that differed from that of the Third Section in Mascolo. § 11. Saving an objection by one of the parties to the case, relinquishment in favour of the Grand Chamber would thus have been necessary and, moreover, it would have been preferable if the Court had departed from its approach in Mascolo*".

¹⁷⁴ Si veda, ad esempio, Corte EDU, 25 Settembre 2008 *Kripak c. Ucraina*, ricorso n. 6164/05, ù 4: "In their observations the Government requested the Chamber to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber pursuant to Article 30 of the Convention. In particular, they challenged applicability of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 in the present case. The Court recalls that it has already examined similar issues and gave a judgment on them (see, for instance, *Zubko and Others v. Ukraine*, nos. 3955/04, 5622/04, 8538/04 and 11418/04, ECHR 2006-... (extracts), *Voytenko v. Ukraine*, no. 18966/02, 29 June 2004 and *Bagriy and Krivanich v. Ukraine*, nos. 12023/04 and 12096/04, 9 November 2006). It finds therefore no reason to depart from its established case-law or to relinquish the Chamber's jurisdiction to the Grand Chamber in this particular case". Nello stesso senso, 9 Aprile 2002, *Togcu c. Turchia*, ricorso n.27601/95, § 9-11; 1 Luglio 1997, *Pammel c. Germania*, ricorso n.17820/91, §6.

¹⁷⁵ L'art 72 § 3 Reg prevede, infatti: "la decisione con cui la camera si dichiara incompetente non necessita di essere motivata".

potevano condurre ad un mutamento della giurisprudenza della Corte. Tra questi ultimi rientrano, ad esempio, i ricorsi presentati contro il Regno Unito in materia di riconoscimento del nuovo *status* giuridico dei transessuali post-operati. In *Christine Goodwin c. Regno Unito*¹⁷⁶ e *I c. Regno Unito*¹⁷⁷, la Grande Camera, cui entrambi i casi erano stati deferiti, ha in effetti adottato una soluzione innovativa rispetto alla consolidata giurisprudenza della Corte in materia, in ragione del mutato contesto sociale e giuridico¹⁷⁸. Tra i primi rientrano, invece, i ricorsi relativi a controverse questioni interpretative¹⁷⁹, originati da *deficit* sistemici degli ordinamenti domestici¹⁸⁰ o, infine, relativi a questioni “sensibili” dal punto di vista socio-politico¹⁸¹. Importanti indicazioni in materia possono ricavarsi, inoltre, da talune opinioni separate. Oltre alla già menzionata opinione espressa dai giudici Spielmann e Loucaides alla sentenza sul caso *Lo Tufo c. Italia*, può farsi riferimento all’opinione del giudice Zagrebelsky nel caso *Lukenda c. Slovenia*, secondo il quale i casi pilota, che concernono problemi strutturali, dovrebbero essere rimessi alla Grande Camera per garantire coerenza nella giurisprudenza della Corte e permettere ai governi di potere pienamente affrontare e discutere i problemi e le possibili soluzioni, confermando la prassi già inaugurata con il caso

¹⁷⁶ Corte EDU, 11 Luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95.

¹⁷⁷ Corte EDU, 11 Luglio 2002 *I c. Regno Unito*, ricorso n. 25680/94.

¹⁷⁸ Corte EDU, 17 Ottobre 1986, *Rees. C Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, 22 Settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, cit., *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, 30 Luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorsi n.22985/93 e 23390/94.

¹⁷⁹ Tra questi, Corte EDU, 12 Febbraio 2004, *Perez c. Francia*, ricorso n.47287/99, ove la Grande Camera affronta la questione dell’applicabilità delle garanzie di cui all’art 6 § 1 CEDU ai processi penali in cui la vittima si sia costituita parte civile, al fine di porre fine alle incertezze interpretative cui avevano condotto i criteri elaborati dalla giurisprudenza anteriore della Corte (§55-56).

¹⁸⁰ Tra questi, Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, cit., in cui la Grande Camera viene chiamata ad affrontare un problema di natura sistemica all’origine di numerosi ricorsi analoghi pendenti dinanzi alla Corte, dando avvio per la prima volta, come noto, alla procedura della sentenza-pilota. Il caso riguardava, in particolare, la incapacità della legislazione e della prassi polacche di garantire ai cittadini polacchi, che a seguito della ridefinizione dei confini territoriali della Polonia dopo la II guerra mondiale erano stati costretti ad abbandonare le proprie proprietà e “rimpatriare”, l’effettivo esercizio del diritto di ottenere una compensazione in conformità con l’art 1 Protocollo I, diritto riconosciuto a livello astratto.

¹⁸¹ Tra questi Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione 12 Dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, ricorso n. 52207/99, che sollevava la delicata questione di definire l’ampiezza della competenza ai sensi dell’art 1 CEDU della Corte, chiamata ad esprimersi sulla responsabilità dei Paesi della NATO per i bombardamenti da questa realizzati durante il conflitto in Kosovo.

*Broniowski c. Polonia*¹⁸². Può citarsi, inoltre, l'opinione dissenziente del giudice Grabenwater, secondo il quale il caso *Kramer c. Austria* rappresenterebbe la tipica ipotesi in cui l'art 30 CEDU si sarebbe dovuto applicare, in quanto, oltre a sollevare un'importante questione relativa all'interpretazione dell'art 37 CEDU, aveva condotto ad un contrasto con una sentenza anteriore della Corte, avendo la Camera adottato una soluzione senza precedenti nella giurisprudenza della Corte¹⁸³.

Oltre che sui ricorsi che le siano deferiti dalla Camera ai sensi dell'art 30 CEDU, la Grande Camera si pronuncia anche sui casi che le vengano rinviati su richiesta di una delle parti ai sensi dell'art 43 CEDU¹⁸⁴. È previsto, infatti, che ogni parte della controversia possa, entro il termine di tre mesi dalla pronuncia di una sentenza da parte di una Camera, chiedere che il caso sia deferito alla Grande Camera quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli o comunque un'importante questione di carattere generale. Sulla sussistenza di tali requisiti si pronuncia, con decisione non motivata¹⁸⁵, un collegio di cinque giudici della Grande

¹⁸² Corte EDU, 6 Ottobre 2005, *Lukenda c. Slovenia*, ricorso n. 23032/02, opinione parzialmente dissenziente del giudice Zagrebelsky "First of all, in my view it is of major importance that, when a Chamber feels that a Broniowski-type judgment might be appropriate, the case be referred to the Grand Chamber. There can be no doubt that the consistency of the Court case-law in this kind of judgment is of particular importance. Furthermore, the relinquishment of jurisdiction in favour of the Grand Chamber is the best way to allow the respondent Government to fully discuss the "systemic problem" and the possible solutions it calls for."

¹⁸³ Corte EDU, 24 Luglio 2003, *Karner c. Austria*, ricorso n. 40016/98, opinione dissenziente del giudice Grabenwater, § 3: "... "At any rate, the Chamber broke new ground with this decision, which is unprecedented in the case-law of the Court. It refers to a number of cases at paragraph 23 of the judgment, although not *Sevgi Erdoğan*, and then proceeds to decide this case differently. In my view, this is a clear case in which Article 30 of the Convention applies: the judgment has a "result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court". It also raises a serious question affecting the interpretation of the Convention. The Chamber should then have relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber"

¹⁸⁴ Art 43 CEDU "1. Rinvio dinanzi alla Grande Camera. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza".

¹⁸⁵ Tale prassi si basa sull'articolo 45 della Convenzione, disposizione aggiunta dal Protocollo n. 11 della Convenzione, il quale prevede la motivazione solo per le sentenze e le decisioni che dichiarano dei ricorsi ricevibili o irricevibili. Ai sensi del paragrafo 105 del rapporto esplicativo relativo al Protocollo n. 11, l'articolo 45 "non riguarda le decisioni prese dal collegio di cinque giudici della

Camera¹⁸⁶. Anche il meccanismo del rinvio, come quello della rimessione, è volto ad assicurare coerenza nella giurisprudenza della Corte e uniformità nell'interpretazione della Convenzione, affidando l'esame dei casi più delicati ad una composizione più ampia e quindi più rappresentativa della Corte¹⁸⁷. Allo stesso tempo, esso introduce nella giurisdizione di Strasburgo una procedura dalla natura ibrida. Nella misura in cui attribuisce il diritto sostanzialmente illimitato delle parti di chiedere il riesame di un caso già deciso da parte di un'altra formazione della Corte, il rinvio parrebbe configurarsi, infatti, come una forma di appello - seppure né la Convenzione, né il Regolamento adottino esplicitamente tale termine - potenzialmente in contrasto con la struttura unica della Corte. Non si tratta, tuttavia, di un vero e proprio secondo grado di giudizio, essendo tale riesame riservato ad ipotesi eccezionali ed essendo basato sulla scelta discrezionale del collegio dei cinque giudici¹⁸⁸. Tale natura mista sembrerebbe essere frutto del compromesso, in sede di redazione del Protocollo XI, tra i sostenitori di una corte unica, sistema compatibile con il meccanismo della rimessione, e i sostenitori di un doppio grado di giudizio, compatibile, invece con il rinvio, soluzioni tra loro contrapposte¹⁸⁹. In tale quadro, il collegio incaricato di filtrare le domande di riesame ricopre il delicato ruolo di preservare il carattere eccezionale del meccanismo, interpretando rigorosamente le condizioni dettate dall'art 43

Grande Camera in virtù dell'articolo 43". Va inoltre rilevato che, secondo l'articolo 73, § 2 in fine del regolamento della Corte, "[l]a decisione di rigetto della richiesta [di rinvio] non ha bisogno di essere motivata".

¹⁸⁶ Quest'ultimo è costituito conformemente all'art 43 § 1 della Convenzione e 24 § 5 del Regolamento della Corte.

¹⁸⁷ Relazione esplicativa Protocollo XI § 47: "Following the judgment delivered by a Chamber of the Court, the Grand Chamber, at the request of one of the parties to the case and in exceptional cases, will be competent to re-examine a case if the case raises serious questions concerning the interpretation or application of the Convention or its protocols, or if the cases raises an issue of general importance. The purpose is to ensure the quality and consistency of the Court's case-law by allowing for a re-examination of the most important cases if the above-mentioned conditions are met" "...".

¹⁸⁸ SUDRE, *La réforme du mécanisme de contôle de la Cour européenne des droits de l'homme: le Protocole 11 additionnel à la Convention*, p. Nello stesso senso EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour europeenne des droits de l'homme*, Editions A. Pedone, 2005, p. 101.

¹⁸⁹ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, cit., *Commento sub art 43*, p. 729. WACHSMANN, *La nouvelle structure*, in WACHSMANN ET AL, *Le Protocole n°11 a la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 9-29, p. 27.

CEDU¹⁹⁰ e, allo stesso tempo, rispondere alle domande delle parti che spesso mirano a trasformarlo in un vero e proprio secondo grado di giudizio. Va sottolineato che il meccanismo di fatto rischia di indebolire l'autorità delle sentenze pronunciate dalle Camere, le quali divengono definitive solo ove le parti rinuncino a domandarne il rinvio o la domanda sia rigettata dal collegio dei cinque giudici¹⁹¹.

Quanto alla delimitazione dei requisiti sostanziali affinché un caso possa accedere al riesame da parte della Grande Camera, data la formula ampia impiegata dall'art 43 CEDU, risulta utile fare riferimento alle indicazioni fornite dalla Relazione esplicativa al Protocollo XI. Questa precisa, innanzitutto, che si può porre un problema grave relativo all'interpretazione della Convenzione qualora sia in gioco una questione importante sulla quale la Corte non ha avuto modo di pronunciarsi o la cui decisione sia comunque rilevante per la risoluzione di casi futuri e l'evoluzione della sua giurisprudenza, oppure qualora la sentenza in questione non sia conforme ad una precedente della Corte¹⁹². In altri termini, un rinvio appare giustificato, in primo luogo, per quei casi che sollevino questioni riguardanti un ambito relativamente nuovo del diritto convenzionale e non ancora esaminate dalla Corte. Un esempio del genere potrebbe essere offerto dal caso *Leyla Sahin c. Turchia*¹⁹³, relativo al divieto di portare il velo islamico negli istituti di insegnamento superiore, o dal

¹⁹⁰ Relazione esplicativa al Protocollo XI § 99: "A re-hearing of the case, as envisaged in Article 43, shall take place only exceptionally when a case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or a serious issue of general importance (see also paragraph 47 above). These conditions are taken, in part, from Article 5, paragraph 2, sub-paragraph 2, of Protocol No. 9 to the Convention. (At the time of entry into force of this Protocol, Protocol No. 9 to the Convention is repealed: see below and Article 2.) The intention is that these conditions will be applied in a strict sense".

¹⁹¹ WACHSMANN, *La nouvelle structure*, in WACHSMANN ET AL, *Le Protocole n°11 a la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, cit. p.28.

¹⁹² Relazione esplicativa al Protocollo XI, § 100: "Serious questions affecting the interpretation of the Convention are raised when a question of importance not yet decided by the Court is at stake, or when the decision is of importance for future cases and for the development of the Court's case-law. Moreover, a serious question may be particularly evident when the judgment concerned is not consistent with a previous judgment of the Court"

¹⁹³ Corte EDU (Grande Camera), 10 Novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, in cui la Grande Camera conferma le conclusioni cui era pervenuta la Camera.

caso *Evans c. Regno Unito*¹⁹⁴, riguardante una controversia sull'impianto di un embrione dopo il ritiro del consenso da parte del donatore di gameti, entrambe questioni all'epoca relativamente inesplorate dalla Corte. In tali ipotesi, l'intervento della formazione allargata della Corte parrebbe rendersi necessario al fine di orientare la futura giurisprudenza della Corte, data l'originalità delle questioni trattate. La Grande Camera è, in secondo luogo, chiamata ad esprimersi su quei casi in cui la decisione della Camera si pone in netto contrasto con la giurisprudenza precedente della Corte. Potrebbero rientrare in tale categoria, ad esempio, il caso *Guiso-Gallisay c. Italia*¹⁹⁵, in cui la Camera aveva proceduto, come già accennato, ad un capovolgimento della giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art 41 CEDU nei casi di esproprio indiretto, poi confermato dalla Grande Camera, o il caso *Sisojeva e altri c. Lettonia*, in cui la sentenza della Camera si era posta in contrasto con le sentenze *Shevanova c. Lettonia* e *Kaftailova c. Lettonia*, come segnalato, fra l'altro, dal giudice Zupancic nella sua opinione dissenziente alla sentenza della Grande Camera¹⁹⁶. In tali ipotesi, pertanto, la Grande Camera verrebbe investita della questione al fine di risolvere i conflitti tra le Camere e in tal modo garantire coerenza nella giurisprudenza. Giustificano un rinvio alla Grande Camera, in terzo luogo, quelle cause che, pur senza affrontare questioni del tutto innovative o presentare in quanto tali rischi di divergenze con la giurisprudenza precedente, toccano un ambito in cui appare necessario precisare i principi applicabili oppure segnano una possibile evoluzione o un possibile ampliamento della giurisprudenza della Corte. Tra queste, ad esempio, il caso *Bayatan c. Armenia*¹⁹⁷, dove, mentre la Camera, considerando non giustificato procedere ad una interpretazione evolutiva, aveva stabilito che l'art 9 CEDU non garantisce il diritto di rifiutarsi di prestare

¹⁹⁴ Corte EDU (Grande Camera), 10 Aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n.6339/05, in cui la Grande Camera conferma le conclusioni cui era pervenuta la Camera.

¹⁹⁵ Corte EDU (Grande Camera), *Guiso-Gallisay c. Italia*, cit.

¹⁹⁶ Corte EDU (Grande Camera), 15 Gennaio 2007, *Sisojeva e altri c. Lettonia*, ricorso n. 60654/00, opinione dissenziente giudice Zupancic: "... "Due to the obvious disagreement between the Court's conclusions in *Sisojeva and Others* and in these two cases, the latter have been admitted for reconsideration by the Grand Chamber" "...".

¹⁹⁷ Corte EDU (Grande Camera) 7 Luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, ove la Corte ribalta le conclusioni della Camera, così segnando un'evoluzione nella giurisprudenza in materia di art 9 CEDU.

servizio militare per ragioni di coscienza, la Grande Camera è pervenuta a diversa conclusione. Nella sua opinione separata alla sentenza della Camera, il giudice Fura, pur concordando con la decisione della maggioranza, aveva invitato a rimettere il caso alla Grande Camera proprio al fine di determinare un'evoluzione della poco sviluppata giurisprudenza della Corte sull'art 9 CEDU¹⁹⁸. O, ancora, il caso *Uner c. Paesi Bassi*, dove la Grande Camera è intervenuta per precisare i criteri, già elaborati in maniera frammentata attraverso varie sentenze, per valutare quando l'ordinanza di espulsione di uno straniero debba considerarsi necessaria in una società democratica e proporzionata rispetto al fine legittimo perseguito, *ex art 8 CEDU*, come sottolineato anche dal giudice Turmen nella sua opinione dissenziente¹⁹⁹. Anche in tal caso l'intervento della Grande Camera sembrerebbe essere giustificato al fine di precisare o dettare guide interpretative per il futuro.

Sempre secondo quanto precisa la Relazione esplicativa, si pone, invece, una questione grave relativa all'applicazione della Convenzione, quando una sentenza, pur non sollevando di per sé questioni gravi relative all'interpretazione della Convenzione, richiede

¹⁹⁸ Corte EDU (Camera) 27 Ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, opinione concorrente giudice Fura §2 e 6 "...", *"It is somewhat surprising that the Court's case-law under Article 9 is not more developed. The existing case-law, however, is clear in as much as there is no right of conscientious objection to military service within the Convention generally or under Article 9 in particular. So to apply general law to someone who refuses to do military service on grounds of conscience would not violate Article 9", "... "My preliminary conclusion in the case at hand was to relinquish and allow the Grand Chamber to re-examine the issue /revisit the case-law/ and maybe to take a step further and to state that to sentence someone who refuses to do military service on grounds of conscience would be in violation of Article 9. Present day conditions might have changed and lead to such a conclusion, at least when the sentence includes prison", "...".*

¹⁹⁹ Corte EDU (Grande Camera) 18 Ottobre 2006, *Uner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46419/99, opinione dissenziente del giudice Turmen §1-3, il quale specifica che la questione relativa alla compatibilità del provvedimento di espulsione di uno straniero dal territorio di uno Stato con l'art 8 CEDU è stata oggetto, sin dal caso *Berrehab c. Paesi Bassi*, di numerose sentenze della Corte, spesso non rese all'unanimità, ma la Grande Camera non ha avuto mai modo di esprimersi sul tema. Per tale ragione, sebbene non ricorra la tipica ipotesi che giustifica il riesame della sentenza della Camera, la domanda di rinvio è stata accolta dal collegio dei cinque giudici, così dovendosi ritenere che la questione sollevata sia grave ai sensi dell'art 43 CEDU e che la sentenza della Grande Camera fisserà un precedente.

modifiche significative del diritto o della prassi amministrativa interna²⁰⁰. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, quando la Camera, rilevata l'esistenza nello Stato contraente di un problema strutturale o sistemico o di altro simile malfunzionamento, abbia reso una sentenza in applicazione della procedura della sentenza pilota come nel caso *Hutten-Czapska c. Polonia*. Qui la Grande Camera, confermando la sentenza pilota resa dalla Camera, ha ritenuto sussistesse una violazione dell'art. 1 Protocollo 1, originata da un problema sistemico connesso al malfunzionamento della legislazione domestica, e ha così disposto l'adozione di misure a carattere generale²⁰¹.

Si presenta, infine, una questione importante di carattere generale quando è in gioco una questione importante di interesse politico o di interesse pubblico²⁰². È stato sottolineato, che, mentre le prime due ipotesi consentirebbero un riesame del caso nell'interesse del diritto della Convenzione, tale ultima, invece, ammetterebbe un riesame nell'interesse dello Stato²⁰³. Si tratta di quei ricorsi che sollevano questioni complesse o che hanno una forte risonanza per il fatto di trovarsi al centro del dibattito nazionale, europeo o mondiale. Tali cause trattano, in genere, delicate questioni o eventi storici, geopolitici o religiosi. Parrebbe rientrare in tale categoria, ad esempio, il caso *Yumak e Sadak c. Turchia*²⁰⁴ relativo alla compatibilità del sistema elettorale turco, ed in particolare della soglia elettorale del 10%, con le garanzie di cui all'art 3 Protocollo I. Tale è l'opinione espressa in calce alla decisione della Camera dai giudici Cabral Barreto e Mularoni, secondo i quali il caso sollevava una questione grave che meritava di essere esaminata dalla Grande Camera²⁰⁵. O il caso *Lautsi e*

²⁰⁰ Rapporto esplicativo al Protocollo XI, §101 "A serious question concerning the application of the Convention may be at stake when a judgment necessitates a substantial change to national law or administrative practice but does not itself raise a serious question of interpretation of the Convention".

²⁰¹ Corte EDU (Grande Camera), 19 Giugno 2006, *Hutten-Czapska c. Polonia*, ricorso n. 35014/97.

²⁰² Rapporto esplicativo al Protocollo XI, § 102. "A serious issue considered to be of general importance could involve a substantial political issue or an important issue of policy".

²⁰³ SUDRE, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: le Protocole 11 additionnel à la Convention*, cit. p. 238.

²⁰⁴ Corte EDU, 8 Luglio 2008, *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/03.

²⁰⁵ Corte EDU, 30 Gennaio 2007, *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/03, opinione dissenziente giudici Cabral Barreto e Mularoni: "... "We remain convinced that this case would warrant examination by the Grand Chamber, as the issues it raises are serious and new." "...".

*altri c. Italia*²⁰⁶, relativo alla presenza dei crocefissi nelle aule scolastiche, questione che aveva acceso un ampio dibattito nazionale. O, ancora, il caso *Refah Partisi (Partito della Prosperità) e altri c. Turchia*²⁰⁷, concernente lo scioglimento di un partito politico diventato il primo partito politico della Turchia a seguito delle elezioni politiche del 1995 con un totale di 158 seggi (su 450) nella Grande Assemblea nazionale e arrivato al potere nel giugno del 1996 formando un governo di coalizione.

È chiaro, comunque, che una classificazione precisa dei casi esaminati dalla Grande Camera in una delle tre categorie di cui all'art 43 CEDU, non risulta possibile - né particolarmente utile, posto che talune delle cause rinviate alla Grande Camera paiono rientrare in più categorie allo stesso tempo - in considerazione, ancora una volta, dell'assenza dell'obbligo per il collegio dei cinque giudici di motivare le decisioni di accoglimento o di rigetto delle domande di rinvio. Informazioni sulla politica adottata dalla Corte al riguardo possono trarsi, così, solo dalle decisioni rese dalla Grande Camera *ex art 43*, nonché da talune opinioni separate. Ad ogni modo, le sentenze rese dalla Grande Camera si pongono certamente, per le ragioni descritte sopra, come precedenti autorevoli.

²⁰⁶ Corte EDU (Grande Camera), 18 Marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n. 30814/06.

²⁰⁷ Corte EDU (Grande Camera), 13 Febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, ricorso n.41340/98.

6. *Stile delle sentenze*

Dato che i precedenti sono sentenze, il modo in cui queste sono strutturate e scritte, ovvero il loro stile, non può che avere influenza sulla prassi di applicazione del precedente in un dato sistema giuridico²⁰⁸. Per stile delle sentenze può intendersi, più precisamente, l'insieme di tutte quelle caratteristiche relative alla sintassi e alla struttura logica del ragionamento che sono riflesso di un *modus operandi* profondamente radicato in una cultura giuridica, come il linguaggio adoperato, il modo in cui i fatti di causa sono presentati, il riferimento a casi precedenti ecc.²⁰⁹.

Lo stile impiegato da una corte rileva dal punto di vista dell'operare del precedente per almeno due ordini di ragioni, peraltro connessi tra loro. Innanzitutto, poiché esiste una stretta correlazione tra lo stile con cui una sentenza è redatta e il contenuto che essa può esprimere. Le modalità attraverso le quali una corte si esprime influenzano, infatti, ciò che essa può fare o non fare - nella sentenza e della sentenza²¹⁰. Può osservarsi, ad esempio, che una succinta descrizione dei fatti del caso di specie impedisce al giudice successivo di verificare la corrispondenza tra i fatti dei due casi²¹¹. Anche se l'adozione di un determinato stile giudiziale non garantisce un dato risultato, certamente elimina degli ostacoli al suo raggiungimento. Lo stile rileva, inoltre, poiché influisce sul modo in cui le sentenze sono accolte dall'*audience* cui una corte si rivolge, da cui la stretta correlazione tra stile e motivazione delle sentenze²¹². Ciascuna corte mira, infatti, attraverso le proprie pronunce, a persuadere un determinato pubblico di soggetti. Le sentenze della Corte di Strasburgo, in

²⁰⁸ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit. p. 448.

²⁰⁹ CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, Relazione presentata in occasione del Convegno "Diritti fondamentali e diritti sociali" organizzato nell'Università di Macerata il 22 e 23 novembre 2011, p. 5.

²¹⁰ MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993, p. 29.

²¹¹ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, cit.

²¹² MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, cit., p. 30.

particolare, si rivolgono alle parti in causa, nei confronti delle quali esplicano efficacia vincolante, ma anche al più vasto pubblico composto dagli altri Stati aderenti al Consiglio d'Europa e dalla Corte medesima nel momento in cui si trovi ad affrontare un caso simile, soggetti verso i quali esplicano degli effetti indiretti. Essendo la sentenza lo strumento attraverso il quale la corte comunica con il proprio *audience*, si coglie, allora, il collegamento tra il suo stile e la sua capacità di persuadere tale *audience*. Per potere convincere della correttezza del suo ragionamento, la sentenza della Corte deve presentare, non solo una serie di elementi contenutistici - tra cui un'esposizione esaustiva dei fatti, della legislazione pertinente e degli argomenti delle parti, nonché riferimenti alla giurisprudenza e ad altre fonti rilevanti - ma anche determinati elementi formali che testimonino la pertinenza della motivazione e della soluzione adottata: la sentenza deve essere redatta, in altri termini, secondo un buono stile giudiziario. Migliore è lo stile di una sentenza, maggiore sarà la sua autorità e la sua capacità di essere d'insegnamento e funzionare da precedente nei confronti dei soggetti cui si rivolge²¹³. Deve osservarsi, peraltro, che il bisogno di convincere il proprio *audience*, anche attraverso un buono stile giudiziale, è ancora più pressante per la Corte di Strasburgo, dato che il meccanismo di attuazione delle sue sentenze, come per altre corti internazionali, si regge in ultima istanza sulla volontà degli Stati, i quali saranno tanto più disposti a collaborare, quanto più saranno persuasi della bontà delle ragioni offerte dalla Corte a fondamento delle sue conclusioni. Un'altra ragione per cui è richiesto alla Corte di supportare le proprie decisioni con adeguate ragioni, dipende dal fatto che essa, a differenza di altri tribunali internazionali, si esprime su una materia, quella dei diritti umani, la quale coinvolge e richiede spesso uno scrutinio del loro diritto e della loro prassi interna. Deve, inoltre, considerarsi che la Convenzione, al pari di altre carte sui diritti umani, sancisce come già osservato, principi e non regole, come tali ancora più suscettibili di una pluralità di interpretazioni. La Corte di Strasburgo è chiamata, così, a giustificare in maniera particolarmente solida le proprie conclusioni, affinché non siano considerate arbitrarie²¹⁴.

²¹³ EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 284-285.

²¹⁴ MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, cit., pp. 32-35.

Lo stile delle sentenze della Corte di Strasburgo si caratterizza per essere un'originale commistione di elementi ispirati a tradizioni giuridiche differenti, ed in particolare, alla tradizione di *civil law* e a quella di *common law*, come evidenziato, in maniera pressoché unanime, dalla dottrina²¹⁵. Ciò è evidentemente corollario della natura internazionale della Corte di Strasburgo, composta da giudici espressione di culture giuridiche diverse²¹⁶. È possibile distinguere almeno due modelli astratti o ideali di sentenze. Uno è il modello legalistico-deduttivo, che si caratterizza per il fatto che la decisione è presentata come logica conseguenza di un insieme di argomenti espressi in maniera neutrale e tecnica nella forma di un sillogismo - si pensi allo stile della *phrase unique* francese della *Cour de Cassation*, in cui la motivazione è costruita come una catena di passaggi logici, espressi, appunto, come un'unica frase. Le sentenze, generalmente collegiali a testo unico, fanno riferimento essenzialmente a norme scritte e non attribuiscono formalmente forza vincolante ai precedenti. L'altro è il modello discorsivo-sostanziale, ove la decisione è, al contrario, supportata da numerosi argomenti, tra i quali anche giudizi di valore ed opinioni personali dei giudici, espressi in forma discorsiva con un linguaggio comune. Le sentenze, in genere più lunghe, accordano maggiore rilevanza ai fatti di causa e agli argomenti delle parti, nonché ai precedenti rilevanti²¹⁷. Mentre il primo dei due modelli esercita influenza principalmente sulle corti dei Paesi di *civil law*, ed in particolare sulle corti supreme che affrontano prevalentemente questioni di diritto, il secondo è in genere adoperato dalle corti di *common law*, anche se deve tenersi in considerazione, come accennato, che si tratta pur sempre di modelli estremi e ideali che non corrispondono perfettamente alla prassi di una specifica corte esistente. Il riferimento, tanto alla legislazione, quanto alla giurisprudenza, è

²¹⁵ Tra gli altri, CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, cit. p. 5. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p.287.

²¹⁶ MATSCHER *Il metodo di lavoro e lo stile delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in VENTURINI, BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Giuffrè, 2009, pp. 541-546, pp.541-543.

²¹⁷ TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, cit. pp. 449-451.

comune, ad esempio, ai due modelli, potendo il loro uso rispettivo variare, semmai, di frequenza nei differenti sistemi, come peraltro sottolineato dalla medesima Corte²¹⁸.

Nei suoi primissimi anni di attività, la Corte adoperava lo stile della frase unica, sul modello delle giurisdizioni francesi, articolando l'intero ragionamento attraverso una serie di paragrafi connessi tra loro dalla formula "*considerato che*" e culminanti nella frase "*per queste ragioni la Corte ha deciso*"²¹⁹. Pur avendo abbandonato il modello della frase unica, già a partire dal caso *Wemhoff c. Germania*²²⁰, le sentenze della Corte di Strasburgo sembrerebbero continuare ad ispirarsi prevalentemente al modello continentale legalistico-deduttivo²²¹. Esse si strutturano, infatti, nella forma di un sillogismo giudiziale, ove la premessa maggiore è costituita dalle regole di diritto, la premessa minore dai fatti di specie e la soluzione è dedotta logicamente dall'applicazione della prima alla seconda²²². Dall'ideale modello continentale le sentenze di Strasburgo si allontanano, tuttavia, per una serie di caratteristiche. Innanzitutto, poiché nell'enunciare la premessa maggiore, la Corte non fa mai riferimento al solo testo della Convenzione, ma alle disposizioni di questa così come interpretate dalla sua giurisprudenza²²³. Essa, come visto, accorda grande rilevanza alla sua giurisprudenza, facendovi riferimento espresso, pressoché in ogni sentenza. Il linguaggio impiegato, inoltre, è in generale piuttosto accessibile, così come nel complesso la

²¹⁸ Corte EDU, 24 Aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, ricorso n. 11801/85, § 29: "..."*Sunday Times, Dudgeon and Chappell judgments admittedly concerned the United Kingdom, but it would be wrong to exaggerate the distinction between common-law countries and Continental countries, as the Government rightly pointed out. Statute law is, of course, also of importance in common-law countries. Conversely, case-law has traditionally played a major role in Continental countries, to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by the courts. "...*

²¹⁹ Si veda Corte EDU, 1 Luglio 1961, *Lawless c. Irlanda (n°3)*, ricorso n. 332/57, oppure 9 Febbraio 1967, *Caso relativo a certi aspetti sull'uso delle lingue nell'educazione in Belgio*, ricorsi n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

²²⁰ Corte EDU, 27 Giugno 1968, *Wehmhoff c. Germania*, ricorso n. 2122/64.

²²¹ Pur presentando l'indubbio vantaggio della coerenza e della eleganza, il modello della phrase unique, è stato abbandonato mal prestandosi all'ipotesi in cui gli argomenti in favore di una data conclusione e le questioni da affrontare fossero molteplici, come osservato da Merrils, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit. p. 30.

²²² EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour europeenne des droits de l'homme*, cit., p. 288.

²²³ EUDES *La pratique judiciaire interne de la Cour europeenne des droits de l'homme*, cit., p. 288.

lettura delle sentenze, seguendo la Corte uno stile che è stato definito “pedagogico”²²⁴. Si è, anzi, osservato che il linguaggio adoperato tende spesso ad essere ripetitivo e burocratico, specie nelle prassi sviluppatasi negli ultimi anni anche a causa del grande carico di lavoro della Corte²²⁵. Una volta raggiunto il consenso sulla definizione di un determinato concetto od istituto, la Corte usa, infatti, ripetere tale definizione costantemente nelle sentenze successive, spesso adoperando gli stessi identici termini. Ancora, come il giudice di *common law*, la Corte accorda grande importanza alla esposizione dei fatti di causa e alle conclusioni delle parti, riportandoli in maniera piuttosto dettagliata.

Quanto al contenuto delle sentenze, l’unica disposizione del testo convenzionale ad occuparsi del tema è l’art 45, il quale si limita a prevedere che tutte le sentenze e le decisioni sulla ricevibilità dei ricorsi debbano essere motivate e che ciascun giudice abbia diritto di allegare alla opinione della maggioranza la propria opinione individuale²²⁶. Per il resto, occorre fare riferimento al Regolamento interno della Corte ed in particolare al suo art 74, da cui si ricava che le sentenze si compongono, essenzialmente, di una sintetica esposizione della procedura seguita dinanzi alla Corte, della descrizione dei fatti di causa, della motivazione in diritto, del dispositivo e delle eventuali opinioni separate²²⁷. Nella parte “in fatto”, la Corte usa offrire una descrizione, sia delle circostanze del caso di specie, ovvero dei fatti all’origine del ricorso e delle procedure nazionali esperite, sia del diritto domestico rilevante. La Corte prende in considerazione, non solo la legislazione e i regolamenti, ma

²²⁴ EUDES *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., p. 289.

²²⁵ MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit., p.28.

²²⁶ Art 45 CEDU: “Motivazione delle sentenze e delle decisioni. 1. Le sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate. 2. Se la sentenza non esprime in tutto o in parte l’opinione unanime dei giudici, ogni giudice avrà diritto di allegarvi l’esposizione della sua opinione individuale”.

²²⁷ Articolo 74 Reg: “Contenuto della sentenza. 1. Le sentenze di cui agli articoli 28, 42 e 44 della Convenzione comprendono: a) il nome del presidente e degli altri giudici che compongono la camera o il comitato nonché del cancelliere o del cancelliere aggiunto; b) la data della sua adozione e quella della sua pronuncia; c) l’indicazione delle parti; d) il nome degli agenti, degli avvocati e dei consulenti delle parti; e) l’esposizione della procedura; f) i fatti della causa; g) una sintesi delle conclusioni delle parti; h) le motivazioni di diritto; i) il dispositivo; j) all’occorrenza, la decisione presa relativamente alle spese; k) l’indicazione del numero di giudici che hanno costituito la maggioranza; l) all’occorrenza, l’indicazione di quale testo faccia fede. 2. I giudici che hanno preso parte all’esame della causa da parte di una camera o della Grande Camera hanno il diritto di allegare alla sentenza l’esposizione della loro opinione separata, concordante o dissenziente, o una semplice dichiarazione di dissenso.”

anche la pratica amministrativa e giudiziaria, ove rilevante²²⁸. Nella parte “in diritto”, che costituisce il cuore della sentenza, la Corte è solita analizzare separatamente le questioni di diritto sollevate dal caso, sia preliminari che di merito. Ciascuna questione è affrontata partendo proprio dall’esposizione delle conclusioni delle parti sul punto. Deve infine osservarsi che, pur essendo collegiali a testo unico secondo il modello continentale, le sentenze devono contenere l’indicazione del numero dei giudici che costituiscono la maggioranza e possono, eventualmente, essere accompagnate da opinioni separate, secondo la prassi delle corti di *common law*²²⁹, secondo quanto prevedono, come visto, la Convenzione e il Regolamento interno della Corte. In tal modo, anche se il segreto della deliberazione non viene del tutto meno - posto che i giudici hanno la semplice facoltà, non l’obbligo di allegare la propria opinione²³⁰ - è data possibilità al giudice che non concordi con le conclusioni della maggioranza o con il percorso motivazionale da questa seguito, di esprimere la propria opinione individuale, rispettivamente attraverso un’opinione dissenziente o concordante.

La pratica delle opinioni individuali, anche se conosciuta in diritto internazionale²³¹, ha assunto un’importanza centrale, per frequenza e contenuto, nella giurisprudenza della Corte e rileva rispetto alla prassi di applicazione del precedente sotto diversi profili²³².

²²⁸ Si prenda in considerazione, come un esempio tra gli altri, Corte EDU, *Oliari c. Italia*, ove la Corte prende in considerazione, oltre alla legislazione, anche l’evoluzione giurisprudenziale in materia di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali.

²²⁹ Mentre nei sistemi di *civil law*, le sentenze sono generalmente collegiali e non contengono l’opinione dei singoli giudici, nei sistemi di *common law*, anche quando le sentenze sono espressione di un panel di giudici, non sono mai collegiali, essendo richiesto a ciascun giudice di pronunciare la propria *opinion* e al lettore ricostruire la decisione della corte.

²³⁰ Non è, infatti, indicato il nome di ciascuno dei giudici che hanno votato con la maggioranza, come avviene, ad esempio per le sentenze della Corte internazionale di giustizia, ma solo il loro numero.

²³¹ Si pensi alla Corte internazionale di giustizia, il cui Statuto all’art 57 prevede che “*se la sentenza non esprime, in tutto o in parte, l’opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha diritto di aggiungervi l’esposizione della sua opinione personale*”.

²³² MATSCHER *Il metodo di lavoro e lo stile delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in VENTURINI, BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale*, cit.; EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour europeenne des droits de l’homme*, cit.; CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, cit.

Innanzitutto, attraverso esse i giudici minoritari possono analizzare punti non affrontati nella sentenza e in tal modo chiarirne il significato²³³. Spesso, infatti, le sentenze della Corte, frutto del compromesso tra più giudici, non prendono in considerazione tutte le questioni sollevate dal caso e gli argomenti allegati dalle parti, soffermandosi solo su quelli essenziali per la decisione, anche per ragioni di economia dei motivi. Può accadere, ad esempio, che la Corte, constatata la violazione di un articolo della Convenzione, ometta di accertare la violazione di altri articoli o, in ipotesi di decisioni di non violazione, accolta una delle obiezioni sollevate dallo Stato rispondente, ometta di verificare la pertinenza delle altre. Le opinioni individuali possono così porsi, eventualmente, come punto di riferimento qualora le questioni tralasciate nella decisione di maggioranza si ripresentino dinanzi alla Corte. La possibilità di allegare opinioni separate può, inoltre, rendere più agevole il processo di deliberazione e di redazione delle sentenze, così indirettamente accrescendone la chiarezza, dato che il giudice minoritario sa che potrà comunque esprimere il proprio punto di vista trasmettendo la propria opinione²³⁴. Esse rilevano, soprattutto, poiché, al fine di rispondere alle osservazioni critiche sollevate, la Corte può essere spinta a motivare con più attenzione sia la stessa sentenza cui le opinioni sono allegate - anche se tale meccanismo è difficile da verificare e dimostrare, realizzandosi nella fase deliberativa²³⁵ - sia le sue sentenze future²³⁶, specie quando i giudici di minoranza invitano direttamente la Corte a fornire una motivazione più convincente nel futuro²³⁷. Attraverso la lettura delle opinioni

²³³ EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit.

²³⁴ EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit.

²³⁵ EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit.

²³⁶ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 422; LAUTERPACHT, *The development of international law by the International Court*, cit., p. 66.

²³⁷ Ad esempio, opinione concorrente dei giudici Bondschilder-Robert, Golcuklu, Matscher e Spielmann (articolo 13 della Convenzione), Corte EDU, 21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79: "... "A brief separate opinion is not the place to remedy this omission. We will therefore restrict ourselves to outlining the main reasons, which ought to be explained in greater detail in a future judgment, when the occasion arises" "...", opinione separate del giudice Meyer, Corte EDU, 22 Febbraio 1996, *Bulut c. Austria*, ricorso n. 17538/90, §15: "... "I will go no further here than to raise questions. They do not have to be settled in the instant case, but further serious thought will have to be given to them" "...".

individuali possono trasparire più chiaramente le ragioni che hanno fondato una decisione di una decisione²³⁸. In virtù di tali considerazioni, può allora ritenersi, insieme alla dottrina prevalente, che il proliferare delle opinioni individuali può favorire il confronto di idee in seno alla Corte e così contribuire ad una maggiore chiarezza e trasparenza della sua giurisprudenza.

Se nel lungo periodo la pratica delle opinioni separate può quindi certamente influire positivamente sulla qualità della giurisprudenza²³⁹, accrescendone indirettamente l'autorità²⁴⁰, non è altrettanto chiaro quali effetti ulteriori e più immediati essa possa esplicare sulle sentenze della Corte. Si pone, in particolare, il problema di capire se la presenza di opinioni separate in una sentenza possa indebolirne l'autorità. Sembra al riguardo condivisibile l'opinione secondo la quale non è tanto la presenza in sé di opinioni separate, quanto il loro contenuto nonché la loro provenienza da un giudice particolarmente eminente, a potere eventualmente incidere sull'autorità della sentenza²⁴¹. Non è, infatti, detto che una sentenza, solo perché non adottata all'unanimità o a larga maggioranza, sia per questo meno convincente ed autorevole. Ciò può, al più, verificarsi quando la posizione di minoranza sia talmente ben articolata da persuadere più di quella adottata dalla maggioranza²⁴². Quanto detto, va precisato, non si riferisce all'autorità in senso stretto delle sentenze, connessa ai suoi effetti *inter partes* di cosa giudicata, la quale sembrerebbe rimanere intaccata. Esistono, infatti, numerosi esempi di sentenze non adottate all'unanimità o ricche di opinioni separate, cui è stata data regolarmente esecuzione dagli Stati convenuti²⁴³. A risultare indebolita dalla presenza di opinioni separate può essere, semmai, l'autorità in senso ampio delle sentenze, connessa ai loro effetti *erga omnes* di cosa

²³⁸ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 422.

²³⁹ MERRILLS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit.

²⁴⁰ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit. p. 423.

²⁴¹ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit. p. 422,

²⁴² Secondo MERRILLS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit., ad esempio, la opinione del giudice Fitzmaurice nel caso *Golder* risultava più convincente rispetto all'opinione della maggioranza.

²⁴³ Tra i numerosi esempi, Corte EDU, 19 Giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*, ricorsi n. 2832/66; 2835/66; 2899/66 o 26 Aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74.

interpretata, il che rileva dal punto del loro operare come precedenti, anche se, chiaramente tale effetto è più difficile da verificare²⁴⁴. Ci si domanda, poi, se le opinioni individuali, attraverso l'esposizione di linee di analisi alternative rispetto a quella accolta dalla maggioranza, possano favorire un ripensamento da parte della Corte nel futuro²⁴⁵. Guardando alla prassi della Corte, sembra potersi affermare che la presenza di opinioni individuali può non esercitare alcun affetto sullo sviluppo della sua giurisprudenza²⁴⁶. Un esempio in tal senso è offerto dalla controversa questione relativa alla competenza della Corte ad esaminare le questioni di ammissibilità dei ricorsi e, in particolare, il rispetto del previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Nonostante le incessanti e numerose opinioni individuali di segno contrario²⁴⁷, che ritenevano tale competenza attribuita esclusivamente alla Commissione, la Corte ha continuato a ritenersi competente in materia, seguendo la sua giurisprudenza²⁴⁸. Un altro esempio è rappresentato dalla definizione della nozione di "diritti e obblighi di carattere civile" di cui all'art 6 § 1 CEDU. Anche in tale ipotesi la Corte, dinanzi al dissenso espresso da numerosi giudici sulla nozione autonoma accolta dalla Corte²⁴⁹, non ha mutato la propria interpretazione al riguardo. La presenza di opinioni separate può lasciare presagire un cambiamento di giurisprudenza nell'ipotesi, più rara, in cui esse siano numerose e tra loro concordanti²⁵⁰.

²⁴⁴ In questo senso, LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit, e EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit., che si riferiscono all'autorità o al prestigio morale delle sentenze.

²⁴⁵ In senso positivo si esprime MERRILS, *The development of international law by the European Court of human rights*, cit.

²⁴⁶ Di tale opinione VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990; LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit p 424.

²⁴⁷ Si vedano le opinioni individuali dei giudici Ross e Sigurjonsson, Bilge, Wold, Zekia, Pallieri, Balladore e Verdross espresse in Corte EDU, 19 Giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*, ricorsi n. 2832/66; 2835/66; 2899/66.

²⁴⁸ Nella sentenza 16 Luglio 1971, *Ringeisen c. Austria*, ricorso n. 2614/65, la Corte ha riaffermato la sua competenza.

²⁴⁹ Si vedano le opinioni individuali dei giudici Matscher e Pinheiro Farinha espresse nella sentenza Corte EDU, 28 Giugno 1978, *Konig c. Germania*, ricorso n. 6232/73 e del giudice Matscher espressa nella sentenza 23 Giugno 1981, *Le Compte, van Leuven, De Meyere c. Belgio*, ricorsi n. 6878/75 e 7238/75.

²⁵⁰ Di tale opinione LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit, p. 422.

Capitolo terzo

Seguire il precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione

Nell'ambito del sistema convenzionale, le nozioni di precedente, giurisprudenza, *ratio decidendi* ecc. appaiono essere utilizzate, talvolta, per intendere cose distinte. La Corte, inoltre, sembra avere sviluppato nella propria giurisprudenza modi differenti di ragionare a partire dai precedenti. Si analizzerà, pertanto, con quale significato la nozione di precedente e le nozioni ad essa connesse vengano impiegate nell'ambito CEDU, soffermandosi, in particolare, sulla nozione di *ratio decidendi* e sulla sua applicabilità alle decisioni della Corte. Ci si soffermerà, poi, sui principali modi in cui la Corte impiega le proprie decisioni passate come guida per la risoluzione delle controversie successive.

2. *Precedente e ratio decidendi*

E', innanzitutto, possibile osservare che la nozione di precedente non è impiegata dal testo convenzionale, ma è utilizzata dalla Corte²⁵¹, oltre che dalla dottrina. La Convenzione, infatti, fa riferimento solo alla nozione di giurisprudenza consolidata. Mentre per precedente ci si usa in genere riferire, nell'ambito del sistema convenzionale, ad una singola decisione, per giurisprudenza o giurisprudenza consolidata, al contrario, non necessariamente si intende una pluralità di decisioni. Come già osservato, infatti, la Corte ha considerato sussistere una giurisprudenza consolidata, tanto in presenza di una serie di casi "minori", quanto di una singola pronuncia particolarmente rilevante. Prassi che è stata peraltro recepita dal Protocollo 14, la cui relazione esplicativa, all'art 8, precisa che per "giurisprudenza consolidata" si deve intendere normalmente giurisprudenza costantemente applicata da una Camera, ma che eccezionalmente anche una singola decisione su una questione di principio può costituire "giurisprudenza consolidata", in particolare quando resa dalla Grande Camera. Si qualifica come precedente una decisione, inoltre, indipendentemente dalla composizione che ha preso la decisione - salvo, appunto, il caso appena menzionato, di una pronuncia isolata su una questione di principio. Sicuramente una sentenza pronunciata dalla Grande Camera avrà maggiore autorità, ma ciò non significa che una decisione presa dalla Corte in un'altra composizione non possa qualificarsi come precedente, a meno che non sia soggetta ad un rinvio, nel qual caso solo la decisione definitiva sarà presa in considerazione. Nemmeno la circostanza che una decisione presenti opinioni dissenzienti o sia stata presa all'unanimità sembra incidere, come osservato nel capitolo precedente, sulla possibilità di riferirvisi come precedente.

Può osservarsi, inoltre, che la nozione di *ratio* – e quella di *obiter dicta* - non appare esplicitamente nella motivazione delle sentenze della Corte, ma è essenzialmente utilizzata dalla dottrina, nonché dai giudici nelle loro opinioni separate²⁵². Ciò non significa, tuttavia,

²⁵¹ Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, §35: *Beard c. Regno Unito*, cit. §81.

²⁵² Si veda ad esempio opinione separate giudice Fitzmaurice, Corte EDU 21 Febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70 § 37 "These motivations, as embodying what is clearly the real ratio

né che non sia possibile riferire la nozione di *ratio decidendi* alle sentenze della Corte europea, né che la Corte non impieghi, di fatto, la *ratio decidendi* di un precedente per la risoluzione di un caso successivo. Sul primo profilo ci si soffermerà qua di seguito, mentre il secondo sarà trattato nel prossimo paragrafo.

Contrariamente alle obiezioni che vengono mosse alla “esportabilità” delle nozioni di *ratio* e *dicta* al contesto CEDU, deve ritenersi che la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*, come delineata nel capitolo primo, risulti applicabile anche alle decisioni pronunciate della Corte europea.

Non pare doversi accogliere, innanzitutto, la considerazione, di carattere generale, secondo la quale, ove il precedente abbia valore persuasivo e non strettamente vincolante, come nel contesto CEDU²⁵³, risulti privo di rilevanza distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*. A fondamento di tale posizione, si osserva che tale binomio è utilizzato nei sistemi di *common law*, al fine di distinguere nella decisione anteriore gli elementi vincolanti, che il giudice successivo deve applicare, da tutti gli altri elementi, aventi carattere meramente persuasivo, finalità che verrebbe meno ove sia in principio esclusa forza vincolante al precedente. In tale ipotesi i giudici, così come sono liberi di seguire o meno il precedente, sono liberi di impiegarne qualunque considerazione, rientri questa nella sua *ratio*, o rappresenti semplicemente un *obiter dictum*, entrambi dotati di forza solamente persuasiva. Effettivamente, in tali sistemi, come peraltro già osservato, non viene in genere prestata grande attenzione a tali distinzioni e spesso, quando si fa riferimento ad una decisione precedente (o a più decisioni precedenti), vengono indifferentemente impiegate anche

decidendi of this part of the Judgment...”; o opinione separate giudice Serghides, Corte EDU, 12 Maggio 2017, Simeonovi c. Bulgaria, ricorso n. 21980/04 §22“So, since in Ibrahim and Others there were compelling reasons for the restriction, what the Court said in that case in interpreting and applying Salduz, as to whether it should proceed to assess the overall fairness even in the event of finding that there were no compelling reasons for the restriction, was not the ratio decidendi of the judgment but was simply an obiter dictum”.

²⁵³ Si veda cap. III, para 3.

statuizioni non essenziali rispetto alla definizione della questione controversa²⁵⁴. Nelle massime giurisprudenziali della Corte di Cassazione italiana, ad esempio, sono frequentemente ricompresi anche *obiter dicta*²⁵⁵. La Corte EDU stessa, quando impiega una o più decisioni precedenti, non usa distinguere esplicitamente tali elementi e, talvolta, riprende considerazioni svolte anteriormente anche se le stesse non rientrano tra le ragioni essenziali che hanno condotto alla decisione. D'altra parte, deve osservarsi che, se è vero che simile distinzione risulta certamente più pregnante laddove si applichi una regola *stare decisis*, non di meno appare descrittiva anche in altri sistemi e, in particolare, nel sistema della Corte EDU. Il "peso" attribuito agli elementi sui quali si è fondata la decisione anteriore, anche se non strettamente vincolanti, risulta certamente diverso rispetto a quello di tutte le altre considerazioni che costituiscono, appunto, semplici *dicta*. Ove il giudice ritenga che una proposizione di diritto contenuta in una decisione anteriore ne costituisca la *ratio*, sarà presumibilmente più riluttante nel discostarsene, che quando la consideri come semplice *obiter dictum*, anche quando la *ratio decidendi* abbia valore meramente persuasivo e il giudice non sia tenuto al rispetto della regola *stare decisis*²⁵⁶. La centralità di una considerazione rispetto alla decisione del caso precedente rientra tra quei fattori che, nella prassi della Corte EDU, contribuiscono a conferire a tali considerazioni maggiore o minore peso nel contesto giustificativo, come si specificherà più avanti. Osservazioni analoghe possono, peraltro, applicarsi anche agli ordinamenti di *common law*, per tenere distinte le ipotesi in cui i giudici facciano riferimento alla *ratio decidendi* di un precedente non vincolante - perché ad esempio proveniente da una corte di pari grado gerarchico - oppure ad un *obiter dictum*²⁵⁷. Indipendentemente dalla dottrina del precedente adottata in un sistema, pertanto, risulta certamente possibile distinguere, nell'ambito della decisione

²⁵⁴ MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit.

²⁵⁵ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.

²⁵⁶ BRONAUGH, *Persuasive precedent*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, OUP, Oxford, 1991 pp. 217-247; nello stesso senso, CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit., 1991, p. 41.

²⁵⁷ BRONAUGH, *Persuasive precedent*, cit.

precedente, gli elementi giuridicamente rilevanti, la *ratio decidendi*, da tutti gli altri elementi, *obiter dicta*.

Non sembra doversi accogliere, inoltre, la tesi secondo cui non sarebbe possibile riferire tale distinzione specificamente alle decisioni della Corte EDU. A sostegno di tale tesi, in particolare, si sostiene che tutte le affermazioni attraverso cui la Corte interpreta la Convenzione debbano considerarsi ugualmente significative, sebbene possano incidere sul loro peso e sulla loro influenza differenti elementi come il livello di generalità con cui esse sono espresse, la centralità rispetto alla decisione, o la circostanza che esse siano contenute in una sentenza resa dalla Grande Camera o da una Camera semplice²⁵⁸. A ben vedere, tuttavia, ritenere che tutte le considerazioni espresse dalla Corte siano significative e allo stesso tempo riconoscere che una serie di elementi - tra cui la centralità rispetto alla decisione - possano incidere sul loro peso e quindi in definitiva sulla loro autorità, non è in contrasto con la possibilità di individuare nelle decisioni della Corte europea, da un lato *la ratio* che, per il fatto di avere fondato la decisione, è dotata di un certo peso, dall'altro tutti gli altri *dicta* che, per la ragione opposta, sono dotati di un peso "inferiore", peraltro peso graduabile a seconda di una serie di elementi²⁵⁹. Anche se la Corte europea non utilizza espressamente la distinzione tra *ratio* e *dicta*, pertanto, non appare in contrasto con la sua prassi utilizzare tale distinzione con riferimento alle sue decisioni, distinzione che, come osservato, è peraltro, utilizzata dalla dottrina prevalente²⁶⁰.

Ciò non significa, chiaramente, che non possano sussistere difficoltà al momento di individuare concretamente la *ratio decidendi* nelle decisioni della Corte europea. La difficoltà sorge, in particolare, perché, non sempre, nella variegata giurisprudenza della Corte europea, le norme a fondamento delle sue decisioni appaiono formulate in maniera

²⁵⁸ HARRIS, O'BOYLE, WALBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 20.

²⁵⁹ CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit., p. 77.

²⁶⁰ Tra gli altri, LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; POPOVIĆ, *The emergence of the European human rights law*, cit.; SUDRE, *Droit européen et international des droit de l'homme*, cit.

prossima ai fatti di causa, circostanza che è talvolta causa di incoerenze²⁶¹. Un esempio emblematico di simili incoerenze è rappresentato dai casi *Jersild c. Danimarca*²⁶² e *Otto-Preminger-Institute c. Austria*²⁶³, decisi in modo opposto dalla Corte. Entrambi i casi riguardavano allegate violazioni dell'art 10 CEDU. Il primo caso, in particolare, concerneva la vicenda di un giornalista che era stato condannato per istigazione all'odio razziale, poiché aveva realizzato un video documentario, destinato alla televisione, in cui venivano riportate le interviste ad un gruppo xenofobo danese, senza che il giornalista ne prendesse esplicitamente le distanze. In tale circostanza, la maggioranza dei giudici, nel bilanciare la libertà di espressione di cui all'art 10 CEDU e il compito della Stampa di fornire informazioni di pubblico interesse, da un lato, e la protezione di quanti danneggiati da insulti razzisti, dall'altro, ritiene prevalente la prima, così condannando la Danimarca per violazione dell'art 10 CEDU. Nel caso *Otto-Preminger-Institute c. Austria*, invece, la Corte si trova a dovere bilanciare tra la libertà di espressione nella sua forma di libertà artistica, ex art 10 CEDU, da un lato, e la protezione dei sentimenti religiosi di certi membri della società, ex art 9 CEDU, dall'altro. Il caso riguardava un film, prodotto dall'associazione ricorrente, che era stato sequestrato perché giudicato offensivo della dottrina religiosa cattolica, in quanto ritraeva in maniera caricaturale e grottesca le figure di Cristo e della Madonna. In tale ipotesi la Corte, a differenza che nel caso *Jersild c. Danimarca*, non perviene ad una sentenza di condanna dello Stato, dando rilievo al margine di apprezzamento di cui lo stesso gode al riguardo, e sottolineando come la maggioranza della popolazione austriaca (l'87%) si riconosca nel Credo cattolico. I motivi per cui la Corte perviene a conclusioni divergenti nei due casi sono, tuttavia, difficili da comprendere. Potrebbe affermarsi che la Corte consideri più importante la protezione dei sentimenti religiosi di un certo gruppo rispetto alla protezione di una certa etnia. Ma anche che i sentimenti religiosi siano protetti in maniera più forte perché sono quelli del gruppo di maggioranza, laddove i gruppi etnici

²⁶¹ WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER et al, *Protection des droits de l'homme: la perspective europeenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, cit.

²⁶² Corte EDU, 23 Settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, ricorso n. 15890/89.

²⁶³ Corte EDU, 20 Settembre 1994, *Otto-Preminger-Institute c. Austria*, ricorso n. 13470/87.

insultati costituiscono solo una minoranza. O, ancora, che la Corte consideri più in pericolo il mantenimento della pace religiosa nella vicenda *Otto-Preminger-Institute c. Danimarca*, piuttosto che il mantenimento della pace etnica nel caso *Jersild c. Austria*. La ragione per cui risulta difficile dare conto di tale divergenza, sembra risiedere proprio nella difficoltà di formulare con precisione le *rationes decidendi* nei due casi. E questo poiché le stesse non risultano ben ancorate ai fatti di causa, ma formulate come statuizioni di carattere particolarmente astratto²⁶⁴. Tali considerazioni possono, pertanto, portare a concludere che sarebbe auspicabile, al fine di una maggiore coerenza, che le norme sottostanti alla decisione di un caso siano formulate in modo da essere più vicino possibile ai fatti concreti. Tuttavia, non precludono *a priori* la possibilità e la utilità di distinguere tra *ratio* e *dicta*, ma, al più, dimostrano come tale operazione possa risultare particolarmente complessa, specie con riferimento a talune decisioni della Corte.

²⁶⁴ WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER et al, *Protection des droits de l'homme: la perspective europeenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, cit.

3. *Ragionamento per precedenti. Tre modelli*

Dalla prassi della Corte europea è possibile rilevare che le decisioni precedenti sono utilizzate come modello per la decisione di casi successivi in modi differenti. Anche in ragione delle sue caratteristiche istituzionali, tra cui la circostanza di essere composta da giudici provenienti da sistemi giuridici differenti²⁶⁵, infatti, la Corte ha sviluppato diversi modi di ragionare a partire dal precedente. Possono, in particolare, individuarsi, almeno tre modelli di ragionamento per precedenti. Si tratta, è bene sottolineare, di modelli astratti che, se catturato talune delle differenze di massima che possono riscontrarsi nelle modalità con cui la Corte si riferisce alle proprie decisioni, non devono considerarsi rigidi ed esaustivi. Se in alcuni casi, infatti, appare più evidente che la Corte stia impiegando un modello di ragionamento piuttosto che un altro, in altri tale distinzione risulta più sfumata. È ben possibile, inoltre, che a fianco a tali modalità, se ne individuino altre diverse o più specifiche.

²⁶⁵ Si veda Cap I.

3.1. *Il ragionamento per precedenti "in senso stretto"*

La Corte EDU, in certe ipotesi, fa riferimento al caso precedente per ricavarne, attraverso una forma di ragionamento di tipo induttivo, la *ratio decidendi* ed applicarla al caso successivo in funzione della somiglianza tra i fatti del primo e del secondo caso²⁶⁶. In tali ipotesi, la parte rilevante della decisione anteriore, utilizzata come criterio per la soluzione del caso successivo, è la *ratio*, intesa come la norma necessaria a fondare la decisione sui fatti del caso precedente. La somiglianza tra i due casi, tale da giustificare l'adozione del precedente, è data dalla circostanza che la *ratio* di questi si applica ai fatti del caso successivo. La struttura fondamentale del ragionamento è, pertanto, l'analisi dei fatti: se questi sono simili - ovvero, occorre ribadirlo, i fatti del caso successivo ricadono nella *ratio* del precedente - anche un solo precedente è sufficiente a giustificare la decisione del caso successivo. La circostanza che il precedente sia espressione di una giurisprudenza consolidata può, comunque, conferire a questo maggiore "peso" nel contesto giustificativo²⁶⁷. Tale forma di ragionamento è impiegata raramente, anche poiché è difficile che la Corte si confronti con due (o più) casi che possono considerarsi simili da questo punto di vista. Ciò in ragione di quelle caratteristiche strutturali del sistema che si sono evidenziate, ed in particolare della circostanza che la Corte decide di ricorsi provenienti da 47 Stati, le cui legislazioni e prassi, considerate rientranti tra i "fatti" del caso, possono divergere considerevolmente²⁶⁸. Per tale ragione, tale tipo di ragionamento è impiegato quasi sempre in ipotesi, o di casi concernenti il medesimo Stato, o di casi relativi a Stati diversi ma che presentino identità di legislazione o prassi.

Un esempio di simile forma di ragionamento particolarmente sviluppata dalla Corte si ha nel già menzionato caso *Cossey c. Regno Unito*. Questa procede, infatti, a valutare se la

²⁶⁶ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 415.

²⁶⁷ Si veda Cap III, para 5.

²⁶⁸ Si veda Cap I.

ratio decidendi del caso *Rees c. Regno Unito*²⁶⁹ possa applicarsi al caso che ha dinanzi o se al contrario, come sostenuto dalla ricorrente, quest'ultimo debba essere distinto dal precedente in ragione di differenze nei fatti rilevanti o richieda comunque l'adozione di una soluzione differente in ragione del mutamento delle risultanze scientifiche e del contesto giuridico e sociale²⁷⁰. Entrambi i casi riguardavano cittadini britannici che sin dall'età giovanile avevano presentato una disforia di genere e, per questo, avevano deciso di mutare nome, sottoporsi a terapia ormonale e infine a riassegnazione chirurgica di genere, in particolare, da uomo a donna Miss Cossey e da donna a uomo Mr Rees. Sia Ms Cossey che Mr Rees, a seguito dell'operazione chirurgica, avevano fatto richiesta al registro di stato civile affinché il sesso con il quale erano stati registrati alla nascita venisse rettificato, richiesta che era stata respinta. La legislazione inglese in materia di registro dello stato civile impediva, infatti, un pieno riconoscimento giuridico del loro cambiamento di status e, di conseguenza, di contrarre matrimonio con persona del sesso opposto. In entrambi i casi i giudici di Strasburgo vengono, pertanto, chiamati a stabilire se tali fatti configurino una violazione degli artt. 8 – diritto al rispetto per la vita privata e familiare - e 12 – diritto al matrimonio - della Convenzione. Nel caso *Rees c. Regno Unito* la Corte rigetta il ricorso ritenendo che, avuto riguardo all'ampio margine di apprezzamento di cui gode lo Stato in questa materia, caratterizzata dall'assenza di un *consensus* europeo, e alla rilevanza della protezione degli interessi altrui nel bilanciamento tra gli interessi individuali e gli interessi generali della comunità, gli obblighi positivi discendenti dall'art 8 CEDU non possono estendersi tanto da includere il dovere dello Stato di modificare radicalmente le norme in materia di atti dello stato civile al fine di consentire il riconoscimento giuridico generalizzato del cambiamento di sesso. Conseguentemente, non ritiene sussistere neppure una violazione dell'art 12 CEDU: le limitazioni previste dal diritto inglese al diritto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non possono, infatti, considerarsi incidere

²⁶⁹ Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit.

²⁷⁰ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., §. 31: “The Court was confronted in the *Rees* case with issues akin to those arising in the present case. It therefore has to determine whether the two cases are distinguishable on their facts or whether it should depart from the judgment which it gave in the former case on 17 October 1986 (Series A no. 106; “the *Rees* judgment”).”

sull'essenza del diritto in questione. Appena quattro anni dopo, trovatasi dinanzi ad un caso uguale, la Corte decide di applicare il precedente, concludendo nuovamente per il rigetto del ricorso. Ciò che è rilevante notare è che i giudici, prima di giungere a tale conclusione, si premurano di specificare, con ampia motivazione: da un lato, che il caso alla loro attenzione non può considerarsi materialmente distinguibile dal precedente - non viene ritenuto rilevante, ad esempio, il fatto che Miss Cossey, a differenza di Mr Rees, avesse un partner con il quale intendeva concretamente contrarre matrimonio al momento della proposizione del ricorso²⁷¹; dall'altro, che non sussistono ragioni cogenti tali da giustificare l'allontanamento dal precedente, come ad esempio l'esigenza di garantire che l'interpretazione della Convenzione sia in linea con l'evoluzione della società e rimanga coerente alle condizioni vigenti - in particolare, la Corte rileva che gli Stati continuano a godere di un ampio margine di apprezzamento, non essendo intervenuti in materia né progressi scientifici significativi, né una convergenza degli ordinamenti degli Stati membri²⁷².

Un esempio di applicazione di un precedente pronunciato nei confronti di uno Stato diverso si ha, invece, in *Norris c. Irlanda*²⁷³ ove la Corte richiama il caso *Dudgeon c. Regno Unito*²⁷⁴. In entrambi i casi i ricorrenti lamentavano una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art 8 CEDU in ragione di disposizioni di legge vigenti nei due Paesi le quali, pur non proibendo la omosessualità in quanto tale, consideravano penalmente rilevanti gli atti omosessuali anche quando praticati tra adulti consenzienti. La

²⁷¹ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit. § 32: "The Court thus concludes that the present case is not materially distinguishable om its facts from the Rees case"

²⁷² Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit. § 35. "It is true that, as she submitted, the Court is not bound by its previous judgments; indeed, this is borne out by Rule 51 para. 1 of the Rules of Court. However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions (see, amongst several authorities, the Inze judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 18, para. 41)".

²⁷³ Corte EDU, 26 Ottobre 1988, *Norris. c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83.

²⁷⁴ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit.

Corte si trova, così, a dovere bilanciare tra il diritto individuale al rispetto per la vita privata e familiare, da un lato, e la protezione della morale pubblica e dei diritti e delle libertà altrui – quali obiettivi legittimi *ex art 8 comma 2 CEDU* invocati dagli Stati convenuti per giustificare la restrizione al diritto in questione – dall’altro. Nel caso *Dudgeon c. Irlanda* i giudici di Strasburgo giungono ad affermare che la limitazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare – in un suo aspetto particolarmente intimo quale quello della vita sessuale - imposta a Mr Dudgeon dalla legge nordirlandese non può considerarsi necessaria in una società democratica rispetto agli obiettivi, pur legittimi, perseguiti. Essa risulta, infatti: da un lato non giustificata, non esistendo alcun bisogno sociale di considerare gli atti omosessuali come reati penali, dall’altro sproporzionata, avendo la stessa esistenza della legislazione in questione effetti seriamente dannosi sulla vita delle persone con orientamento omosessuale. La medesima *ratio* viene applicata al caso *Norris c. Regno Unito*, in ragione della identità della posizione dei ricorrenti e della legislazione presa in considerazione nei due casi. La Corte, in particolare, si preoccupa di precisare che il fatto che Mr Norris, a differenza di Mr Dudgeon, non fosse stato soggetto a nessun procedimento penale, non può rilevare ai fini di una distinzione, non essendo stato a causa di tale fattore addizionale che la Corte, nel primo caso, aveva considerato illegittima l’interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare del ricorrente²⁷⁵

²⁷⁵ Corte EDU, *Norris c Irlanda*. cit., § 38: “The Court agrees with the Commission that, with regard to the interference with an Article 8 (art. 8) right, the present case is indistinguishable from the Dudgeon case” ... “It is true that, unlike Mr Dudgeon, Mr Norris was not the subject of any police investigation. However, the Court’s finding in the Dudgeon case that there was an interference with the applicant’s right to respect for his private life was not dependent upon this additional factor. As was held in that case, “the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life ... within the meaning of Article 8 para. 1 (art. 8-1). In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life ...” (Series A no. 45, p. 18, para. 41)”.

3.2. *Il ragionamento analogico*

I giudici di Strasburgo, più frequentemente, fanno riferimento alla decisione anteriore la cui *ratio* non si applichi al caso successivo, per ricavarne le giustificazioni sottostanti ed impiegarle come criterio di decisione nel caso successivo, in funzione della somiglianza tra i fatti del primo e i fatti del secondo caso²⁷⁶. Anche in tale ipotesi, il riferimento può essere tanto alla singola decisione precedente, quanto alla sua giurisprudenza consolidata e la struttura fondamentale del ragionamento che porta all'applicazione della decisione precedente, è l'analisi dei fatti. Se questi sono simili, si giustifica l'applicazione della medesima decisione precedente. Solitamente la Corte utilizza tale forma di ragionamento, dichiarando che sta esaminando un caso "alla luce" di una sentenza precedente o che le considerazioni svolte in una sentenza anteriore si applicano "*mutatis mutandis*" al caso presente. Il precedente è, così, adattato al caso successivo, ovvero applicato con gli opportuni aggiustamenti.

La Corte di Strasburgo impiega, in tali ipotesi, una forma di ragionamento di tipo analogico: la decisione precedente è applicata al caso successivo in ragione della somiglianza tra i due casi, ovvero della presenza di caratteristiche comuni tra di essi²⁷⁷. Si tratta di una forma di ragionamento largamente impiegata nell'argomentazione giuridica, tanto negli ordinamenti di *civil law*, che di *common law*. In particolare, nel diritto anglosassone, come accennato, il precedente non *in point* non è considerato vincolante, ma si ritiene possa fornire un argomento a sostegno di una determinata conclusione²⁷⁸. Il ragionamento si struttura, sostanzialmente, nella seguente maniera: si muove dalla constatazione che una determinata fattispecie sia priva di disciplina - non risulti disciplinata da alcun precedente; 2) si assume che la fattispecie non disciplinata somigli sotto un aspetto rilevante ad una diversa fattispecie che risulta, invece, disciplinata da un precedente; 3) si

²⁷⁶ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

²⁷⁷ LAMOND. *Precedent and analogy in legal reasoning*, cit., p. 12.

²⁷⁸ MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit.; LAMOND. *Precedent and analogy in legal reasoning*, cit.; CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, cit.

conclude con la formulazione di una norma che riconnette alla fattispecie priva di disciplina, la medesima conseguenza della fattispecie disciplinata²⁷⁹. Anche in tale ipotesi, il problema principale è stabilire quando le somiglianze tra due casi rilevino e quindi il ragionamento analogico appaia giustificato. Come già osservato, infatti, così come non esistono due casi che siano identici da ogni punto di vista, non esistono due casi che non presentino qualche caratteristica in comune, eppure non tutti i casi possono considerarsi analoghi dal punto di vista giuridico. La risposta è strettamente connessa alle ragioni che, si ritiene, l'analogia fornisce per decidere il caso in oggetto nello stesso modo in cui è stato deciso il caso analogo²⁸⁰. È largamente condiviso che l'analogia dipenda dalla giustificazione su cui poggia la decisione analoga al caso da decidere. Anche se i fatti di un caso possono ricadere fuori dalla *ratio* di un precedente, la giustificazione su cui esso si fonda può applicarsi al caso successivo, così fornendo un argomento analogico²⁸¹. Anche tale valutazione, è importante sottolineare, non può essere compiuta in astratto: due fatti non possono, infatti, considerarsi analoghi in astratto, ma con riferimento alla specifica questione giuridica in oggetto. Così, se il fatto P debba essere considerato analogo al fatto Q, dipende dalle ragioni per le quali a Q sono state riconosciute determinate conseguenze giuridiche in riferimento ad una specifica questione - un coltello può, così, essere considerato analogo ad una pistola se si tratta di stabilire se possa essere qualificato come arma, ma può essere considerato analogo ad un cucchiaio, se la questione concerne la loro qualificazione come posate²⁸².

Uno tra i molti esempi in cui la Corte impiega un precedente per costruire un ragionamento di tipo analogico è il caso *Öztürk c. Germania*, ove la Corte si riferisce al caso *Engel e altri c. Olanda*. Il caso *Engel e altri contro Olanda*, nello specifico, riguardava alcuni militari arruolati presso le forze armate olandesi cui erano state inflitte delle sanzioni disciplinari da una corte militare. I ricorrenti lamentavano, tra l'altro, che il procedimento

²⁷⁹ GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 276-283.

²⁸⁰ LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, cit. p. 13.

²⁸¹ MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, cit.; LAMOND, *Analogical reasoning in the common law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, N.3 (2014), pp. 567-588; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 276-283.

²⁸² Esempio tratto da LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, cit.

cui erano stati sottoposti dinanzi al tribunale militare non soddisfaceva i requisiti del giusto processo di cui all'art 6 CEDU²⁸³. Il governo olandese, per converso, sosteneva non esservi stata alcuna violazione poiché la suddetta disposizione non poteva considerarsi applicabile al caso in questione: le sanzioni inflitte ai ricorrenti erano, infatti, considerate disciplinari e non penali ai sensi della legislazione olandese. Una delle questioni giuridiche sollevate dal caso, pertanto, era quella di stabilire se le accuse mosse ai ricorrenti e il conseguente procedimento disciplinare militare cui erano stati sottoposti potessero considerarsi "penali" ai fini dell'applicabilità dell'art 6 CEDU. Sulla questione, la Corte si esprimeva affermando il carattere disciplinare e non penale delle accuse mosse ai ricorrenti, premurandosi, peraltro, di limitare esplicitamente la decisione alla sfera dei procedimenti disciplinari militari²⁸⁴. Il caso *Özturk c. Germania* concerneva, invece, un cittadino al quale era stata imposta una multa dall'autorità amministrativa per avere provocato un incidente stradale a causa della sua condotta negligente alla guida. Mentre il Sig. Özturk lamentava una violazione dell'art 6 CEDU, in particolare del para. 3 (e) poiché era stato condannato a pagare i costi sostenuti per essersi servito di un interprete durante una udienza, il governo

²⁸³ Art 6 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, m all'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando le esigano gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, potere essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare e fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

²⁸⁴ Corte EDU, 8 Giugno 1976, *Engel e altri c. Olanda*, ricorso n. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5354/72; 5370/72: § 82: "Hence, the Court must specify, limiting itself to the sphere of military service, how it will determine whether a given "charge" vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as "criminal" within the meaning of Article 6 (art. 6)...".

tedesco riteneva, di contro, non applicabile la disposizione richiamata al caso in questione poiché al ricorrente non era stata mossa una accusa penale, bensì una mera accusa regolamentare ai sensi del diritto tedesco. La Corte si confrontava, pertanto, con la questione di stabilire se il procedimento amministrativo cui era conseguita l'applicazione di una multa in capo al ricorrente potesse essere considerato penale *ex art 6 CEDU*. Al fine di risolvere tale questione, la Corte rileva, innanzitutto, di essersi confrontata con una questione *simile* nel precedente *Engel e altri c. Olanda*²⁸⁵. Precisa, in secondo luogo, che i fatti dei due casi sono da considerarsi differenti: mentre il precedente concerneva sanzioni inflitte da un tribunale militare a seguito di un procedimento disciplinare, il caso *Ozturk c. Germania* una multa inflitta da un'autorità amministrativa. Tiene in considerazione, inoltre, di avere limitato esplicitamente le considerazioni svolte nel caso precedente ai soli procedimenti disciplinari militari²⁸⁶. Considera, infine, i principi su cui esso si era fondato rilevanti anche rispetto al caso *Ozturk c. Germania*²⁸⁷. Nel caso *Engel* essa aveva sottolineato, infatti, che, al fine di valutare se un procedimento possa considerarsi penale ai sensi dell'art 6 CEDU, bisogna guardare, innanzitutto, a come esso viene definito e disciplinato dalla legislazione nazionale. I giudici di Strasburgo precisavano allo stesso tempo, così introducendo la nozione autonoma di "offesa penale", che tale qualificazione non costituisce che un primo indizio, dovendosi avere riguardo anche alla natura dell'offesa e al grado di severità della pena cui l'accusato rischia di andare incontro. In applicazione dei principi del *rule of law*, deve così ritenersi che afferiscano alla materia penale le pene che comportino le privazioni della libertà, eccetto quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non arrechino un danno apprezzabile. Se così non fosse, precisava la Corte, e venisse lasciata allo Stato la

²⁸⁵ Corte EDU, 21 Febbraio 1984, *Özturk c. Germania*, ricorso n. 8544/79; § 48: "The Court was confronted with a similar issue in the case of *Engel and others*, which was cited in argument by the representatives"

²⁸⁶ Corte EDU, *Özturk c. Germania*, cit., § 48: "The facts of that case admittedly concerned penalties imposed on conscript servicemen and treated as disciplinary according to Netherlands law. In its judgment delivered on 8 June 1976 in that case, the Court was careful to state that it was confining its attention to the sphere of military service (Series A no. 22, p. 34, § 82).

²⁸⁷ Corte EDU, *Özturk c. Germania*, cit., § 48: "The Court nevertheless considers that the principles set forth in that judgment (*ibid.*, pp. 33-35, §§ 80-82) are also relevant, *mutatis mutandis*, in the instant case".

discrezionalità piena di qualificare una offesa come disciplinare, piuttosto che penale, con la conseguente applicazione di differenti garanzie, l'operare effettivo degli artt 6 e 7 CEDU sarebbe, di fatto, soggetto al loro arbitrio²⁸⁸. Tali principi vengono quindi applicati, *mutatis mutandis* al caso *Ozturk c Germania*.

Il ragionamento che segue la Corte di Strasburgo per impiegare il precedente nella risoluzione del caso successivo è quindi di tipo analogico, secondo il significato precisato sopra. La Corte infatti: 1) osserva che i fatti rilevanti del caso *Ozturk c. Germania*, ovvero i fatti su cui deve fondare la decisione sulla questione dallo stesso sollevata - i procedimenti amministrativi cui consegue l'applicazione di una multa - ricadono fuori, ovvero non sono ricompresi nella *ratio* del caso *Engel c. Olanda* - i procedimenti disciplinari militari devono considerarsi penali ex art 6 CEDU; 2) rileva, tuttavia, che le giustificazioni su cui la decisione di quest'ultimo si è fondata, ovvero sulla base delle quali la Corte ha valutato se i procedimenti militari cui erano stati sottoposti i ricorrenti potessero considerarsi come penali ex art 6 CEDU - e cioè: a) il modo in cui l'ordinamento interno qualifica l'offesa; b) la natura dell'offesa; c) il grado di severità della pena - sono rilevanti anche rispetto alla questione sollevata dal caso *Ozturk c. Germania* - i procedimenti amministrativi cui consegue l'applicazione della multa possono considerarsi penali?; 3) applica, quindi, il precedente *Engel c. Olanda*, o meglio le giustificazioni su cui si è fondato, al caso *Ozturk c. Germania* per analogia.

Deve, peraltro, osservarsi che non sempre l'utilizzo del riferimento *mutatis mutandis* ad opera della Corte esprime l'assenza di un precedente *in point*. Talvolta, infatti, la Corte applica *mutatis mutandis* quanto statuito in un caso anteriore simile, pur disponendo di un caso anteriore uguale, in tal modo generando una certa incoerenza nella propria giurisprudenza²⁸⁹. Un esempio del genere si riscontra nel caso *Borgers c. Belgio*²⁹⁰ ove la Corte,

²⁸⁸ Corte EDU, *Engel e altri c. Olanda*, cit., § 80-83.

²⁸⁹ LUCAS ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 78-81.

²⁹⁰ Corte EDU, 30 Ottobre 1991, *Borgers c. Belgio*, ricorso n. 12005/86.

pur disponendo di un precedente *in point*, ovvero *Delcourt c. Belgio*²⁹¹, fa riferimento ad altre sentenze *mutatis mutandis*. In entrambi i casi la questione di diritto affrontata dai giudici di Strasburgo riguardava la compatibilità della partecipazione del Minister Public (o Avocat general) alle delibere della Corte di Cassazione con le garanzie del giusto processo di cui all'art 6 CEDU. Mentre nel caso precedente la Corte concludeva per la compatibilità di simile procedura accolta dalla legislazione belga con le garanzie convenzionali, nel caso *Borgers c. Belgio* perviene a soluzione contraria. Nonostante la Corte dichiari di considerare pienamente valide le conclusioni del caso *Delcourt c. Belgio*, di fatto le stravolge, constatando come la materia del giusto processo abbia nel frattempo subito un'evoluzione notevole attraverso una serie di sentenze, cui si riferisce, appunto, *mutatis mutandis*²⁹². Tale riferimento non esprime, dunque, inequivocabilmente l'assenza di un precedente *in point*. Deve osservarsi, inoltre, che non sempre esprime neppure un ragionamento analogico. Nel caso in questione, come evidenziato anche dal giudice Martens nella propria opinione dissenziente, la giustificazione sulla cui base la Corte perviene alla dichiarazione della violazione dell'art 6 CEDU è del tutto nuova e differente rispetto a quelle applicate nei casi

²⁹¹ Corte EDU, 17 Gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, ricorso n. 2689/65.

²⁹² Corte EDU, *Borgers c. Belgio*, cit, § 24: "The Court notes in the first place that the findings in the *Delcourt* judgment on the question of the independence and impartiality of the Court of Cassation and its procureur général's department remain entirely valid (Series A no. 11, pp. 17-19, paras. 32-38). It is true that the Judicial Code has entered into force since then, but it substantially confirmed the existing rules in this field, through provisions whose wording was moreover examined at the hearing on 29 September 1969 (Series B no. 9, pp. 170 et seq.). Having regard to the grounds set out in that judgment, the Court does not perceive any breach of the Convention requirements on this issue. It is, however, necessary to consider whether the proceedings before the Court of Cassation also respected the rights of the defence and the principle of the equality of arms, which are features of the wider concept of a fair trial (see, among other authorities, the *Ekbatani* judgment of 26 May 1988, Series A no. 134, p. 14, para. 30). This has undergone a considerable evolution in the Court's case-law, notably in respect of the importance attached to appearances and to the increased sensitivity of the public to the fair administration of justice (see, among other authorities, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Piersack v. Belgium* of 1 October 1982, Series A no. 53, pp. 14-15, para. 30; *Campbell and Fell v. the United Kingdom* of 28 June 1984, Series A no. 80, pp. 39-40, para. 18; *Sramek v. Austria* of 22 October 1984, Series A no. 84, p. 20, para. 42; *De Cubber v. Belgium* of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 14, para. 26; *Bönisch v. Austria* of 6 May 1985, Series A no. 92, p. 15, para. 32; *Belilos v. Switzerland* of 29 April 1988, Series A no. 132, p. 30, para. 67; *Hauschildt v. Denmark* of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, para. 48; *Langborger v. Sweden* of 22 June 1989, Series A no. 155, p. 16, para. 32; *Demicoli v. Malta* of 27 August 1991, Series A no. 210, p. 18, para. 40; *Brandstetter v. Austria* of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 21, para. 44).

anteriori cui la Corte si riferisce *mutatis mutandis*²⁹³. Questi, dunque, non possono considerarsi analoghi secondo il significato precisato sopra.

²⁹³ Opinione dissenziente Giudice Martens, Corte EDU, *Borgers c. Olanda*, cit.

3.3. Il precedente come “fonte” di regole e principi astratti di interpretazione

In numerose circostanze, la Corte di Strasburgo si riferisce alle proprie decisioni anteriori per “riprendere” regole e principi formulati nella sua attività di interpretazione astratta del testo convenzionale²⁹⁴. Nella maggior parte dei casi, il riferimento non è ad un singolo precedente, ma ad una pluralità di decisioni anteriori. In simili ipotesi, non vengono presi in considerazione i fatti del caso precedente, ma, appunto, norme dotate di un grado di astrattezza tale da essere applicate in modo automatico e senza particolari adattamenti al caso in oggetto²⁹⁵. Queste non coincidono esattamente con le *rationes* del precedente, potendo trattarsi, o di norme irrilevanti rispetto alla definizione della controversia, o, più frequentemente, di norme rilevanti ma più ampie rispetto a quelle applicabili ai fatti concreti del caso precedente. La Corte verifica semplicemente che si diano nel caso di specie le condizioni e i criteri precisati e li applica al caso concreto attraverso una forma di ragionamento di tipo sillogistico o deduttivo, dove la premessa maggiore è data dalle norme astratte formulate nell’interpretazione del testo convenzionale, la premessa minore dalle circostanze di fatto del caso in oggetto e la conclusione si ricava dall’applicazione dei primi alle seconde²⁹⁶. Le stesse motivazioni delle sentenze ricalcano frequentemente tale forma di ragionamento sillogistico, come osservato, articolandosi in una parte relativa ai “principi generali” cui segue la “valutazione dei fatti alla luce dei principi generali”.

²⁹⁴ Per interpretazione astratta può intendersi l’attività di identificazione del significato di un testo normativo, senza riferimento ad una fattispecie concreta, secondo la definizione proposta da GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 15.

²⁹⁵ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit. p. 409-411 che si riferisce a tale prassi come “auto-refenza autoritaria”. Nello stesso senso, LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit.

²⁹⁶ Corte EDU, 21 Ottobre 1986, *Sanchez-Reisse c. Svizzera*, ricorso 9862/82 § 63: “The Court considers that the conditions which emerge from its case-law (see, inter alia, the Minelli judgment of 25 March 1983, Series A no. 62, p. 20, para. 45) are met and therefore accepts the applicant’s claim”; Corte EDU, 14 Settembre 1987, *Gillow c. Regno Unito* (articolo 50), ricorso 9063/80 §17: “The Court has examined the claims under this head in the light of the criteria which emerge from its established case-law (see, amongst other authorities, the Zimmermann and Steiner judgment of 13 July 1983, Series A no. 66, p. 14, § 36)”.

In particolare, il riferimento della Corte può concernere o regole e principi formulati nell'interpretazione di una specifica previsione convenzionale, ovvero principi o tecniche di interpretazione del testo convenzionale nel suo complesso²⁹⁷. La Corte, infatti, nell'esercizio della sua competenza interpretativa, come visto, usa frequentemente fornire chiarimenti, da un lato circa la corretta interpretazione da attribuirsi ad un diritto garantito dalla Convenzione, avendo elaborato per certi articoli della Convenzione norme astratte di interpretazione, dall'altro circa il metodo con cui la Convenzione debba essere interpretata, avendo parallelamente sviluppato specifiche tecniche e principi interpretativi convenzionali, come il principio della tutela concreta ed effettiva dei diritti o le tecniche dell'interpretazione teleologica e dell'interpretazione comparativa²⁹⁸. Tali chiarimenti, sebbene siano formulati dalla Corte nell'ambito di una decisione su un caso concreto, si traducono in un'attività di interpretazione astratta del testo convenzionale, non legata specificamente, dunque, ai fatti del caso concreto.

²⁹⁷ Seguendo la classificazione proposta da SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit., pp. 44-46, ci si riferisce qua ai "metodi" o alle "tecniche interpretative per intendere quelle tecniche utilizzate al fine di chiarire quali argomenti sostanziali devono essere impiegati dal giudice a fondamento di una decisione (in tal senso, l'interpretazione teleologica può essere considerata una tecnica perché chiarisce quali elementi giustificano il risultato di una determinata interpretazione); ci si riferisce, invece, ai "principi" interpretativi per alludere a quegli strumenti che, piuttosto che fornire un elemento utile a determinare il significato di una previsione, forniscono un obiettivo che deve essere preso in considerazione nell'interpretare una previsione facendo uso di una determinata tecnica (l'interpretazione concreta ed effettiva può essere considerato un principio interpretativo perché non chiarisce quali elementi dovrebbero assumere un ruolo nel ragionamento, ma fornisce un obiettivo generale che dev'essere preso in considerazione nel processo di interpretazione, ovvero che l'interpretazione, su qualunque tecnica fondata, sia orientata alla protezione concreta ed effettiva dei diritti).

²⁹⁸ Circa i principi e le tecniche interpretative sviluppate dalla Corte, tra gli altri, SENDEN *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit.; MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, cit.; MATSCHER, *Method of interpretation of the Convention*, in MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD, *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 63-81; OST, *The original canons of interpretation of the European Convention on human rights*, in DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*, cit.; OVEY, WHITE, *Principle of interpretation in OVEY, WHITE, The European convention on Human Rights*, 4ed, Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 38-55.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, tra i numerosi esempi possibili, possono citarsi a fini esemplificativi: il caso *Hatton e altri c. Regno Unito*, ove la Corte fa riferimento ai suoi precedenti per richiamare le norme di interpretazione dell'art 8 CEDU secondo le quali, nonostante il diritto al rispetto per la vita privata e familiare non includa esplicitamente il diritto ad un ambiente salubre, quando un individuo riceva un serio pregiudizio dal rumore o da altra forma di inquinamento, tale questione può rientrare nell'alveo di protezione dell'art 8²⁹⁹; o il caso *Nsona c. Paesi Bassi*, in cui la Corte richiama i propri precedenti in materia di interpretazione dell'art 3 CEDU³⁰⁰. In simili ipotesi, i casi da cui la Corte ricava i principi interpretativi da applicare al caso in oggetto vengono solamente citati, ma non ne vengono descritti i fatti. Per quanto concerne, invece, la seconda ipotesi, può citarsi il caso *Chassagnou e altri c. Francia*, ove la Corte si riferisce al caso *Artico c. Italia* e ad altri precedenti per richiamare il principio della tutela concreta ed effettiva dei diritti³⁰¹ o il caso *Marckx c. Belgio*, in cui la Corte richiama il precedente *Tyrer c. Regno Unito* per riprendere il principio secondo cui la Convenzione è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle

²⁹⁹ Corte EDU, *Hatton e altri c. Regno Unito*, cit., § 96: "Article 8 protects the individual's right to respect for his or her private and family life, home and correspondence. There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8. Thus, in *Powell and Rayner v. the United Kingdom* (judgment of 21 February 1990, Series A no. 172, p. 18, § 40), where the applicants had complained about disturbance from daytime aircraft noise, the Court held that Article 8 was relevant, since "the quality of [each] applicant's private life and the scope for enjoying the amenities of his home [had] been adversely affected by the noise generated by aircraft using Heathrow Airport". Similarly, in *López Ostra v. Spain* (judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, pp. 54-55, § 51) the Court held that Article 8 could include a right to protection from severe environmental pollution, since such a problem might "affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health". In *Guerra and Others v. Italy* (judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I), which, like *López Ostra*, concerned environmental pollution, the Court observed that "[the] direct effect of the toxic emissions on the applicants' right to respect for their private and family life means that Article 8 is applicable" (p. 227, § 57)".

³⁰⁰ Corte EDU, 28 Novembre 1996, *Nsona c. Paesi Bassi*, ricorso n. 23366/94, § 92.

³⁰¹ Corte EDU, 29 Aprile 1999, *Chassagnou c. Francia*, ricorsi n. 25008/94, 28331/96, 28443/95, § 100: "If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as "public" or "para-administrative", to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective (see the *Artico v. Italy* judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15-16, § 33, and, more recently, the *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, pp. 18-19, § 33).

condizioni presenti (interpretazione dinamico-evolutiva)³⁰². Anche in simili ipotesi, i casi precedenti vengono solamente citati, senza dare conto dei fatti di causa.

Il riferimento ai precedenti, è importante sottolineare, è in tali ipotesi operato per riferirsi a quelle norme interpretative che la Corte elabora nell'esercizio della sua ampia competenza interpretativa - particolarmente ampia in ragione dei caratteri propri della Convenzione - e che la stessa considera "incorporati" al testo convenzionale, come visto nel capitolo precedente. Si tratta di norme che, pur avendo un contenuto più specifico rispetto al dato testuale della disposizione convenzionale di cui costituiscono l'interpretazione, sono pur sempre formulati come enunciazioni di carattere generale e astratto³⁰³. Per tale ragione, allo stesso modo in cui la Corte ragiona a partire dalle disposizioni convenzionali, ragiona, a partire dal precedente - o più spesso dai precedenti - che reca l'interpretazione di una disposizione convenzionale, o della Convenzione nel suo complesso: in entrambi i casi si tratta di sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta, rappresentata dalla disposizione convenzionale o, più frequente, dalla disposizione convenzionale come interpretata dalla Corte. E' lo stesso modo di operare del precedente che, nella dottrina di *civil law*, è chiamato "precedente di interpretazione", in contrapposizione al "precedente di soluzione": dal precedente non si ricava, attraverso una forma di ragionamento di tipo induttivo, la *ratio* o la giustificazione che si applica come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o analogia tra i fatti del primo e del secondo caso, ma un principio di diritto astratto suscettibile di essere applicato in casi successivi. Per tale ragione, la Corte non discute i fatti del caso precedente, né si riferisce al precedente in sé, ma alle norme di interpretazione ivi formulate³⁰⁴.

In linea di principio, tale tipo di ragionamento presenta come vantaggio un alto grado di prevedibilità e coerenza e quindi di capacità di convinzione allorché le premesse maggiori siano considerate "vere", perché il risultato non sarà altro che una applicazione logica delle

³⁰² Corte EDU, 13 Giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, § 41.

³⁰³ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.

³⁰⁴ TROPER, GRZEGORCZYK, *Precedent in France*, in MACCORMINICK, SUMMERS, *Intrepreting Precedents. A comparative study*, cit., p. 126.

premesse al caso di specie. Tuttavia, come non si è mancato di sottolineare, le caratteristiche del contenzioso europeo rendono tale modo di ragionare meno certo e, in una certa misura, potenzialmente arbitrario³⁰⁵. Innanzitutto, l'interpretazione di certi articoli non sempre è coerente nella giurisprudenza della Corte, anche in ragione di quelle caratteristiche strutturali che si sono evidenziate nel capitolo precedente ed in particolare in ragione della circostanza che la Corte è composta da un numero elevato di giudici che operano in una pluralità di composizioni³⁰⁶. Può accadere che la Corte in un caso enunci i principi di interpretazione di una disposizione convenzionale, ma non li riprenda nei casi successivi, o li riprenda solo in parte, senza precisarne le ragioni. È questa, ad esempio, l'ipotesi nel caso *Adolf c. Austria*, ove la Corte non fa riferimento ai principi di interpretazione della nozione "accusa in materia penale" di cui all'art 6 CEDU elaborati in precedenza, in particolare nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*³⁰⁷. In ogni caso, le norme di interpretazione possono essere di un grado di astrattezza tale da condurre, quando applicati alle premesse minori, a risultati potenzialmente differenti. Sempre con riferimento alla definizione della nozione di "accusa in materia penale", è, ad esempio, evidente che, dal modo in cui a loro volta si interpretino i tre criteri sopra richiamati, può discendere una differente qualificazione della fattispecie concreta. Deve osservarsi, infine, che, raramente le premesse maggiori possono essere considerate "vere", specialmente nella materia dei diritti umani, avendo essa a che fare con valori che possono mutare nel tempo e nello spazio, ovvero tra una società ed un'altra³⁰⁸.

³⁰⁵ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 411.

³⁰⁶ COHEN JONATHAN, *Quelques considerations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 63.

³⁰⁷ In Corte EDU, 26 Marzo 1982, *Adolf c. Austria*, ricorso n. 8269/79, § 30-31, la Corte precisa solamente che, nell'interpretazione della nozione di "accusa in materia penale", bisogna guardare al di là delle apparenze e analizzare le caratteristiche della procedura in gioco, trattandosi di una nozione autonoma. In Corte EDU, 8 Giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71 e altri, § 82, la Corte aveva invece indicato che, nell'interpretazione della nozione, bisognava avere riguardo: 1) al modo in cui l'ordinamento interno qualifica l'offesa; 2) alla natura dell'offesa; 3) al grado di severità della pena appartenendo alla sfera penale (e non disciplinare) quelle pene che comportano la privazione della libertà personale, eccetto quelle che, per natura, durata, o modalità di esecuzione, non arrecano un apprezzabilmente danno.

³⁰⁸ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 411.

Anche per tali ragioni, la Corte ha prevalentemente sviluppato, come osservato sopra, forme di ragionamento induttivo, ciò che ha contribuito a conferire alla sua giurisprudenza un approccio eminentemente casistico.

4. Giustificazioni per seguire il precedente

La Corte ribadisce costantemente di seguire i precedenti per esigenze di ordinato sviluppo della sua giurisprudenza (coerenza), certezza del diritto, prevedibilità e uguaglianza dinanzi al diritto³⁰⁹. Si tratta, peraltro, delle medesime finalità che spingono qualunque organo giurisdizionale a seguire i precedenti, siano riconosciuti o meno come formalmente vincolanti, e che costituiscono al contempo le giustificazioni su cui simile prassi si fonda³¹⁰.

Si pone, tuttavia, il problema di chiarire in cosa consistano esattamente tali finalità o giustificazioni. Sebbene, infatti, la Corte vi si riferisca indifferentemente e indistintamente, i valori tutelati dalle stesse sembrano essere differenti, per quanto connessi. La uguaglianza dinanzi al diritto, la più astratta delle giustificazioni per seguire i precedenti, risulta strettamente connessa alla necessità che casi simili siano trattati in modo simile. La coerenza, parallelamente, richiede che il precedente sia seguito per la semplice ragione che sarebbe incoerente che due casi simili siano decisi in modo differente³¹¹. La Corte è composta, infatti, da più giudici che siedono in più formazioni, i quali possono avere opinioni differenti e ugualmente legittime circa la risoluzione di un caso, di modo che la decisione sullo stesso potrebbe variare tra una composizione ed un'altra della Corte. Il rispetto del precedente garantisce, dunque, una minore variabilità dei risultati cui la Corte può pervenire. Se la coerenza è valutata sulla base del fatto che non esistano decisioni loro contraddittorie, è chiaro che non è possibile ritenere che il sistema della Corte europea sia coerente. D'altra parte, così come negli ordinamenti di diritto nazionale, tale concetto di coerenza, coincidente con l'assenza di antinomie, è per lo più considerato un mito, a maggior ragione ciò deve ritenersi valido con riferimento ad una corte, come la Corte europea, che decide in una pluralità di composizioni, di migliaia di ricorsi ogni anno,

³⁰⁹ *Cossey c. Regno Unito* cit. §35; *Christine Goodwin c. Regno Unito* cit.

³¹⁰ BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI, RUIZ MIGUEL, *Rationales for precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit. pp. 481-501.

³¹¹ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit. p. 10.

provenienti da cittadini di 47 Stati diversi. In altri termini, il concetto di coerenza cui la Corte si riferisce per giustificare la sua prassi di applicazione del precedente non può non tenere conto di tali peculiarità³¹². La certezza del diritto, d'altra parte, tutela l'affidamento delle parti rispetto alle decisioni della Corte³¹³: minerebbe le loro aspettative, infatti, la circostanza che la Corte, una volta resa una decisione, scelga di non seguirla. La prevedibilità, infine, risulta dipendere dal carattere indeterminato del diritto³¹⁴ e, in particolare, del diritto convenzionale. Le decisioni della Corte aiutano, infatti, a rendere il diritto convenzionale più specifico e concreto e, dunque prevedibile, di modo che risulti più facile per gli Stati conoscere e rispettare i loro obblighi derivanti dal testo convenzionale. Se la Corte non seguisse i propri precedenti, risulterebbe più difficile per gli Stati prevedere le decisioni della Corte e, conseguentemente, conformarsi ai propri obblighi.

³¹² LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 407; LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 66 ss.

³¹³ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit. p. 11.

³¹⁴ LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit. p. 11-12.

Capitolo quarto

L'autorità del precedente nella Corte europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione

Il modo in cui la Corte utilizza i propri precedenti come modello per la decisione di controversie successive è strettamente connesso alla forza o all'autorità che è ad essi riconosciuta. Da questa dipende, infatti, la misura in cui essa è chiamata a seguire i propri precedenti. Occorre, allora, precisare:

1) da un lato, a quali effetti delle sentenze si fa riferimento quando si parla di "forza" o "autorità" del precedente e ove essa trovi fondamento. Quando la Corte EDU applica un precedente ad un caso successivo, infatti, gli effetti della sentenza anteriore si "estendono" in una certa misura anche a parti diverse rispetto a quelle nei confronti delle quali essa era stata pronunciata. Chiaramente, tale effetto espansivo non concerne tutti gli aspetti della sentenza anteriore, ma, come si è osservato, solo quelli rilevanti ai fini della risoluzione della controversia. Quando, ad esempio, la Corte applica il precedente *Dudgeon* al caso *Norris* – per citare un caso sopra analizzato - la sentenza pronunciata nei confronti del Regno Unito, nella misura in cui fornisce una interpretazione "autorevole" dell'art 8 CEDU e delle altre disposizioni rilevanti ai fini della definizione della lite, produce effetti anche nei confronti dell'Irlanda. Per potere chiarire, allora, a quali effetti si fa riferimento quando si parla di forza o autorità del precedente, risulta utile distinguere, da un lato, tra autorità di cosa giudicata e autorità di cosa interpretata, dall'altro, tra effetti *inter partes* ed effetti *erga omnes* delle sentenze, distinzione che, a sua volta, permette di individuare gli effetti giuridici in senso stretto e l'"autorità in senso ampio" delle sentenze³¹⁵;

³¹⁵ Distingue tra effetti giuridici *strictu sensu* delle sentenze della Corte EDU e loro autorità, SUDRE, *Droit europeen et international des droit de l'homme*, cit., p. 839. Sugli effetti *erga omens* delle sentenze della Corte EDU, BESSON, *Le Cour europeenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Schultess, cit.; COHEN JONATHAN, *Quelques considerations sur l'autorité des arrêts de la Cour europeen des droits de*

2) dall'altro, quale sia la natura di tale forza o autorità e in che cosa si sostanzia. A tal riguardo, potrà osservarsi che ai precedenti della Corte è attribuita una forza, non solo di fatto, ma di carattere giuridico o formale. La natura di tale forza è differente: se talvolta essi sono impiegati in virtù delle ragioni sostanziali a loro fondamento, talaltra attribuendo rilievo al fatto stesso di essere stati decisi in passato. La Corte, inoltre, attribuisce ai precedenti, nel contesto giustificativo della decisione, un "peso" differente in ragione di una serie di fattori. In particolare, questi possono essere impiegati come unica ragione o principale ragione a supporto di una data conclusione, oppure assumere un valore meramente esemplificativo. Tale forza si sostanzia in un onere argomentativo in capo alla Corte che è tenuta a dar conto dei precedenti rilevanti e a seguirli, onore sanzionato solo in modo indiretto.

l'homme, cit.; LAMBRECHT, *The attitude of four Supreme Courts towards the European Court of Human Rights: Strasbourg has spoken...*, in BESSON, *Le juge en droit européen et International*, Shultness, 2014, pp. 301-332; VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit.; LAMBERT ALBDELGAWAD, *Les effets des arrest de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 337-338.

2. *Autorità di cosa giudicata e autorità di cosa interpretata delle sentenze della Corte EDU. Effetti erga omnes e inter partes*

Le sentenze della Corte europea, come tutti gli atti giurisdizionali, sono dotate di autorità di cosa giudicata cui corrisponde tipicamente il loro carattere obbligatorio e definitivo. Una volta che la sentenza sia divenuta definitiva ai sensi dell'art 44 CEDU³¹⁶, non potrà più essere messo in discussione quanto statuito dalla Corte - autorità di cosa giudicata formale – e sarà obbligatorio darvi esecuzione - autorità di cosa giudicata sostanziale. Cosa esattamente comprenda tale obbligo di esecuzione rappresenta un problema ulteriore e distinto, peraltro ampiamente dibattuto, che, alla luce dell'oggetto del presente studio, non risulta qui opportuno trattare. Il contenuto della *res judicata* si ricava, non solo dalla parte dispositiva della sentenza, ma anche dalla sua motivazione, alla luce della quale la prima dev'essere interpretata. Simile autorità, oltre a risiedere nel medesimo carattere giurisdizionale della Corte³¹⁷, trova espresso fondamento positivo nell'art 46 comma 1 della Convenzione. Tale disposizione, come già osservato, obbliga gli Stati a dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. Qualora gli Stati, disattendendo a quanto statuito dalla disposizione in commento, non si conformino alle sentenze pronunciate nei loro confronti dalla Corte, può darsi avvio alla procedura di controllo sull'esecuzione prevista dai commi 2-5 dell'art 46 CEDU³¹⁸ medesimo, sulla quale

³¹⁶Art 44 CEDU "Sentenze definitive. 1. La sentenza della Grande Camera è definitiva. 2. La sentenza di una Camera diviene definitiva (a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure (b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure (c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43. 26 27 3. La sentenza definitiva è pubblicata".

³¹⁷ BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, cit. p. 192. SUDRE, *Droit europeen et international des droit de l'homme*, cit., p. 839.

³¹⁸ Art 46 CEDU "2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. 3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato. 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire

vigila il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, insieme alla Corte stessa. La violazione dell'autorità di cosa giudicata si concretizza, pertanto, nella mancata esecuzione della sentenza.

In linea con dottrina prevalente, si ritiene che alle sentenze della Corte di Strasburgo, possa, inoltre, essere riconosciuta un "autorità di cosa interpretata"³¹⁹. Questa dipende dall'interpretazione di un diritto fornita dalla Corte e, una volta resa, si lega all'autorità stessa del diritto convenzionale³²⁰. Il contenuto della *res interpretata* si ricava dalla motivazione della sentenza e non dal suo dispositivo. Ad essa non corrisponde un obbligo di esecuzione, ma di conformazione all'interpretazione della Corte, il cui mancato rispetto porta ad una violazione di una norma convenzionale – così come interpretata dalla Corte – e non una violazione della sentenza³²¹.

L'autorità di cosa giudicata e l'obbligo di esecuzione ad essa connesso, essendo legati al contenuto decisionale della sentenza, si rivolgono tipicamente ai soli Stati nei confronti dei quali questa è stata pronunciata: esplicano quindi effetti *inter partes*. È in tal senso che va interpretato il disposto del già richiamato art 46 CEDU, secondo cui le sentenze pronunciate dalla Corte non vincolano che le parti della controversia. Gli effetti *erga omnes* della sentenza e l'obbligo di conformazione all'interpretazione fornita dalla Corte sono, invece, generalmente limitati alla sua sola autorità di cosa interpretata. Dipendendo essa come visto, dall'interpretazione di un diritto convenzionale fornita dalla Corte e legandosi

la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame".

³¹⁹ BESSON, *The erga omnes effects of judgment of the ECtHR*, in BESSON, *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14.*, cit.; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, 1998; SUDRE, *Droit européen et international des droit de l'homme*, cit.

³²⁰ VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 1078.

³²¹ BESSON, *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, cit., p. 129.

all'autorità del diritto medesimo, si rivolge a tutti e 47 gli Stati membri del Consiglio d'Europa³²².

Quando si parla di autorità del precedente è alla autorità in senso ampio delle sentenze, ovvero agli effetti *erga omnes*, di cosa interpretata, che si fa riferimento, in contrapposizione ai suoi effetti giuridici in senso stretto, legati alla autorità di cosa giudicata *inter partes*. Tale autorità in senso ampio delle sentenze della Corte si manifesta, per un verso, nella prassi della Corte di seguire le proprie decisioni anteriori (autorità cd interna del precedente), per altro verso, nella prassi statale di conformazione del proprio diritto interno alla giurisprudenza della Corte (autorità cd esterna del precedente, o effetti *erga omnes* delle sentenze). Tali aspetti, possono, infatti, considerarsi due facce della stessa medaglia: se la Corte si considera per sé obbligata alla interpretazione data in una sentenza precedente, tale sentenza obbligherà indirettamente anche altri Stati, i quali, per evitar di incorrere in una futura condanna da parte della Corte, saranno "spinti" a conformarsi alla giurisprudenza della Corte³²³.

Dell'autorità del precedente - che, come visto, rappresenta una delle dimensioni in cui si manifesta la cd autorità in senso ampio delle sentenze - risulta controverso, innanzitutto, il fondamento giuridico.

Guardando al dettato convenzionale, non si rintraccia un fondamento esplicito di simile autorità. Talune disposizioni possono apparire, anzi, in contrasto con essa. L'art 46 comma 1 CEDU, innanzitutto, è chiaro nel delimitare gli effetti strettamente obbligatori

³²² Secondo BESSON, *Le Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole*, cit, p. 132-133, vi sono casi eccezionali in cui possono individuarsi altre combinazioni tra l'autorità di cosa giudicata e interpretata, da un lato, e gli effetti *erga omnes* e *inter partes*, dall'altra. È possibile avere: effetti *inter partes* della *res interpretata* – intesi, sia come una conseguenza dell'autorità di cosa interpretata che si rivolge nei confronti di tutti gli Stati parte, incluso lo Stato nei confronti del quale la sentenza è pronunciata, sia come conseguenza dell'autorità di cosa giudicata; ed anche effetti *erga omnes* della *res judicata*, nei casi in cui l'interpretazione fornita riguardi doveri generali corrispondenti a diritti umani imperativi, nel qual caso non fa differenza se l'interpretazione sia fornita nel dispositivo o nella motivazione della sentenza.

³²³ Che si tratti di due aspetti della stessa autorità di cosa interpretata in senso ampio delle sentenze è opinione di Besson, e Lambert - che distingue tra effetto "orizzontali" e "verticali" delle sentenze della Corte EDU.

delle sentenze alle sole parti in causa, come visto, sancendo la relatività della cosa giudicata. La circostanza che il campo di applicazione di tale disposizione sia limitato ai soli Stati parte della controversia, potrebbe essere intesa come una tacita esclusione di effetti *erga omnes* delle sentenze. Come osservato, inoltre, la Convenzione, non attribuisce esplicitamente alla Corte una funzione di conformazione o modifica degli ordinamenti interni attraverso le proprie sentenze³²⁴. Le sentenze della Corte hanno, in principio, mero carattere dichiarativo. Esse possono dichiarare esservi stata una violazione e accordare, se del caso, alla parte lesa una equa soddisfazione *ex art 41 CEDU*, ma la loro esecuzione dipende dagli Stati medesimi. Gli Stati, può dirsi, hanno un obbligo solamente di risultato, essendo liberi di scegliere le misure più idonee a mettere fine alla violazione. Alla Corte è affidato il compito di dirimere la specifica controversia che le viene sottoposta, decidendo sull'applicazione concreta della norma al caso, non di valutare in astratto della compatibilità di atti o prassi statali con i diritti garantiti dalla Convenzione. Non esiste, infine, nessuna disposizione che obblighi la Corte a seguire l'interpretazione data in una o più sentenze precedenti, o quantomeno a non discostarsi se non per buone ragioni.

Pur tuttavia, da altre disposizioni sembrerebbe potersi ricavare un fondamento quantomeno indiretto di tale autorità in senso ampio delle sentenze della Corte. Da un lato, l'art 32 CEDU già menzionato - il quale dispone che *"la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli"* - insieme con l'art 19 CEDU - secondo cui la Corte è istituita *"per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla Convenzione e dai suoi protocolli"* - nel disegnare il ruolo della Corte quale interprete della Convenzione, potrebbe essere inteso come idoneo a fondare l'autorità di cosa interpretata *erga omnes* delle sentenze³²⁵. Tale assunto potrebbe trovare una conferma nell'art. 37 CEDU il quale prevede che la Corte non possa disporre la cancellazione dal ruolo, ma debba procedere con l'esame del ricorso *"qualora il rispetto dei*

³²⁴ Si veda Cap I, para 1.

³²⁵ SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 860. Nello stesso senso BESSON, *The erga omnes effect of judgments of the European Court of Human Rights*, cit., p. 140. DRZEMCEWSKI, *Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg*, in *La conscience des droits. Melanges en l'honneur de Jean Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 243-347.

diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dei suoi Protocolli lo imponga". Dall'altro, talune disposizioni della Convenzione, conferendo un certo rilievo all'interpretazione precedentemente resa dalla Corte, sembrerebbero fondare indirettamente l'autorità del precedente. Si tratta degli articoli che regolano la distribuzione di competenze tra le varie composizioni della Corte e in particolare: l'art 28 CEDU, il quale dispone che un Comitato investito di un ricorso individuale possa, con voto unanime, *"dichiararlo ricevibile e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte"*; l'art 30 CEDU, secondo il quale la questione oggetto del ricorso all'esame della Camera può essere rimessa alla Grande Camera se *"solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte"*. Non può farsi a meno di osservare poi che, se è vero che l'art 46 CEDU - così come l'art 59 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia - definisce l'ampiezza dell'autorità della cosa giudicata delle sentenze, nulla dice circa la loro autorità di cosa interpretata. Tale disposizione, infatti, ha lo scopo precipuo di limitare gli effetti strettamente obbligatori delle sentenze alle sole parti nei confronti delle quali sono pronunciate. Da ciò non può, tuttavia, farsi discendere la limitazione degli effetti *erga omnes* delle sentenze, trattandosi di effetti, come si è detto, distinti quando a contenuto e portata³²⁶.

Ma è soprattutto dall'interpretazione del testo convenzionale operata dalla Corte che si ricava il principale fondamento giuridico dell'autorità in senso ampio delle sue sentenze. Come si è osservato, infatti, essa è andata sempre più assumendo un ruolo di "conformazione" degli ordinamenti interni attraverso un'applicazione combinata degli artt 41 e 46 CEDU³²⁷. Una sentenza che individui una violazione della Convenzione impone allo Stato responsabile, non solo di pagare alla parte lesa le somme accordate a titolo di equa soddisfazione *ex art 41 CEDU*, ma sovente di adottare anche le misure generali o individuali

³²⁶ BALCERAK, *The doctrine of precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, cit., p.137; SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, cit.

³²⁷ Si veda Cap I, para 1.

idonee a porre fine alla violazione ed eliminarne per quanto possibile gli effetti, come statuito in diverse occasioni dalla Corte³²⁸. Prassi a cui si sono conformati gli Stati nell'esecuzione delle sentenze e il Comitato dei ministri nell'esercizio delle proprie competenze di controllo sull'esecuzione *ex art 46 CEDU*. In tal modo la Corte di Strasburgo, sebbene non abbia sviluppato alcuna dottrina sull'applicabilità diretta né sul primato del diritto europeo dei diritti umani, a differenza, ad esempio, della Corte di giustizia dell'Unione europea, incide sugli ordinamenti interni, producendo quanto meno un effetto di orientamento su di essi e andando al di là del compito affidatole dalla Convenzione di dirimere la controversia individuale che le viene sottoposta, che pure rimane primario³²⁹.

Tale tendenza si manifesta, inoltre, nel ruolo interpretativo "in senso ampio" della Convenzione che la Corte è andata assumendo³³⁰. In molti dei casi da essa affrontati vengono, infatti, fornite definizioni generali e astratte e sviluppati criteri e standard interpretativi suscettibili di applicazione in casi successivi³³¹. Ciò significa che il significato delle previsioni convenzionali è plasmato dalle interpretazioni sviluppate dalla Corte nella propria giurisprudenza³³². Sebbene, come detto, la sua funzione rimanga primariamente quella di decidere dei ricorsi individuali, la Corte ha interpretato il suo ruolo come

³²⁸ Corte EDU, *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit. § 249 "The Court points out that by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects (see, *mutatis mutandis*, the *Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50)* judgment of 31 October 1995, Series A no. 330-B, pp. 58-59, § 34). Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment. Nesso stesso senso 22 Giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/93, § 192.

³²⁹ SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 860.

³³⁰ Si veda Cap I, para 2.

³³¹ BESSON, *The erga omnes effects of judgment of the ECtHR*, in BESSON, *Le Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, cit., p. 153; SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 861.

³³² GERARDS, FLEUREN, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgment of the ECtHR in national case law*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 1-6.

consistente nello specificare e sviluppare i diritti garantiti dalla Convenzione. Anche sotto tale profilo, gli Stati hanno aderito a tale prassi, dando rilievo nell'esecuzione dei loro obblighi derivanti dalla CEDU alle interpretazioni di essa fornita dalla Corte. Che il ruolo della Corte europea non si limiti ad una mera applicazione della Convenzione al caso di specie, ma sia, in misura "maggiore" rispetto ad altre corti creativo del diritto, è corollario delle caratteristiche proprie del sistema europeo di tutela dei diritti umani. Si deve, infatti, tenere in considerazione, intanto, che la Convenzione europea, quale trattato in materia di diritti umani, per sua propria natura e a differenza degli ordinari trattati internazionali, genera in capo agli Stati obblighi connotati dai caratteri della non reciprocità, generalità e obiettività. Inoltre, che l'opera interpretativa risulta essere una parte essenziale dell'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani, essendo questi garantiti in forma di principi astratti e non di regole e abbondando il testo convenzionale di nozioni particolarmente vaghe ed indeterminate.

3. Forza giuridica non vincolante del precedente

Precisato che l'autorità del precedente rientra nell'autorità in senso ampio delle sentenze, si pone la questione se il precedente possa o meno considerarsi giuridicamente vincolante.

Tale questione non può che essere risolta in senso negativo. È infatti innegabile che i precedenti della Corte, nella loro direzione orizzontale – ovvero con riferimento alla decisione di casi successivi da parte della Corte medesima - non possono essere considerati formalmente vincolante, secondo quanto sostiene, peraltro, unanimemente la dottrina³³³.

La Corte, infatti, pur adottando la prassi di seguire quanto statuito in precedenza, non è a ciò obbligata. Essa può non applicare il precedente qualora ritenga non sia stato correttamente deciso e la decisione che si allontani dal precedente non può considerarsi illegittima. La Corte, oltre ad ammetterne in via generale la possibilità, di fatto usa discostarsi dai propri precedenti³³⁴.

Non esiste, inoltre, nessuna disposizione del testo convenzionale che preveda un obbligo in tal senso in capo alla Corte e, anzi, la Convenzione,³³⁵ nonché il Regolamento interno della Corte³³⁶, ammettono implicitamente tale possibilità. Una disposizione del genere non potrebbe neppure esistere, poiché, escludere la possibilità per una corte che si esprime in ultima istanza di discostarsi dai propri precedenti, minerebbe il carattere dinamico-evolutivo del diritto. L'interpretazione resa in una sentenza, non potendo essere superata in un caso successivo, ma solo, eventualmente, attraverso la modifica del testo

³³³ Tra gli altri, LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER ET AL, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, cit.; SUDRE, *Droit international et européenne des droits de l'homme*, cit.; BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the international court of justice and the European court of human rights*, cit.; SUNDBERG, *The european experience of Human Rights Proceedings: The Precedent Value of the European Court's Decisions*, cit.

³³⁴ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., § 35.

³³⁵ Art 30 CEDU.

³³⁶ Art 51 Regolamento interno della Corte.

convenzionale, o costituzionale, rimarrebbe, di fatto, cristallizzata. Un simile meccanismo modificativo sarebbe difficilmente praticabile, com'è facile intuire³³⁷. D'altra parte, tali considerazioni sono ancor più pressanti nel contesto della Convenzione europea "*strumento vivente da interpretarsi alla luce delle condizioni presenti*"³³⁸. Per tale ragione, la forza interna del precedente della Corte EDU è accostata a quella dei precedenti delle Corti supreme, tanto dei Paesi di *civil law* che di *common law*, dotate, come visto del potere di *overruling* anche rispetto alle proprie decisioni anteriori³³⁹.

³³⁷ MATTEI, *Stare decisis*, cit.

³³⁸ La dottrina della Convenzione quale "*strumento vivente*" è stata elaborata a partire da Corte EDU, 25 Aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n., 5856/72, § 31: "*The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions*".

³³⁹ LUCAS ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 59 ss; WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER ET AL, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, cit.

4. *L'autorità del precedente*

Precisato che i precedenti della Corte non esercitano forza giuridica vincolante, si pone il problema di descrivere che tipo di forza essi esplicano, in particolare chiarendo se ad essi possa essere attribuita una forza di tipo giuridico o formale o sola una forza di fatto.

Un approccio adoperato per descrivere la forza esercitata dai precedenti non vincolanti nel contesto CEDU consiste nel domandarsi se gli effetti *erga omnes* delle sentenze siano obbligatori o meno. Tale approccio consente, tuttavia, solo una risposta secca e, facendo applicazione del diritto internazionale generale e del diritto CEDU solo una risposta negativa. Gli effetti *erga omnes* delle sentenze non possono che essere qualificati come non obbligatori, disponendo, come visto, l'art 46 della Convenzione che gli effetti obbligatori delle sentenze si rivolgano alle sole parti in lite. Seguendo tale approccio dicotomico, si conclude, pertanto, per l'assenza non solo di forza vincolante, ma anche di forza in qualche modo giuridica (o formale), cioè fondata su regole anche implicite o non scritte, del precedente nel contesto CEDU, come nel contesto del diritto internazionale³⁴⁰. L'espressione "precedente vincolante di fatto", con cui viene talvolta descritta la forza esercitata dai precedenti della Corte, sembrerebbe veicolare l'idea che non esistano giustificate ragioni per seguire tale tipo di precedenti diverse dal fatto che essi siano di fatto seguiti. Sembrerebbe, in altri termini, riferirsi al fatto che, come questione di regolarità statistica, i precedenti siano seguiti, oppure al fatto che i precedenti siano parte della base motivazionale e che abbiano una mera forza psicologica nel processo che conduce alla decisione. In ogni caso, qualunque interpretazione non normativa, ovvero non supportata da norme giuridiche, della cd vincolatività di fatto, contrasta con il modo in cui essa è intesa nella prassi giudiziale³⁴¹.

³⁴⁰ JACOB, *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication* cit.

³⁴¹ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*. cit.

Contrasta con il fatto che la Corte di Strasburgo, specie nella sua composizione di Grande Camera, al pari, peraltro, delle corti supreme in molti sistemi, detti linee guida, raccomandando di seguire un precedente o una classe di precedenti (forza prospettica). O con il fatto che la Corte, nel decidere un caso, guardi alle decisioni passate e ne segua il modello, discostandosi da queste in presenza di ragioni giustificative, secondo quanto si è precisato nei capitoli precedenti (forza retrospettiva). Se non si riconoscesse forza normativa ai precedenti della Corte - o, quanto meno, ad alcuni di essi - una disposizione come il già richiamato art 30 CEDU, che prescrive la rimessione alla Grande Camera di quei casi che sollevino problemi di interpretazione o la cui soluzione rischi di porsi in contrasto con un precedente, sarebbe incomprensibile.

Per descrivere la forza esercitata dai precedenti nel contesto CEDU, la dottrina maggioritaria fa riferimento, allora, alla categoria del “precedente persuasivo”, ovvero parla di “limitata dottrina *stare decisis*”. Si sostiene, così, che la Corte utilizzi i precedenti come guida per la risoluzione di casi successivi, nella misura in cui essi forniscano ragioni convincenti - persuasive, appunto - per decidere un caso alla stregua del precedente. Ciò significa, innanzitutto, che il precedente sarebbe rilevante solo ove susciti l’adesione dei destinatari alla soluzione di diritto formulata dalla Corte³⁴². Inoltre, che il precedente sarebbe preso in considerazione a fini argomentati dalla Corte insieme ed al pari di altre ragioni. Anche altre considerazioni, come i principi interpretativi della Convenzione o i principi generali di diritto internazionale, verrebbero in rilievo nel ragionamento della Corte che porta alla decisione³⁴³. Infine, che, pur essendo i precedenti di fatto seguiti, non sarebbe esclusa la possibilità di discostarsi dalla giurisprudenza anteriore³⁴⁴. Tale opinione è in linea con l’idea che precedenti non formalmente vincolanti, sia negli ordinamenti di *common law* - ad esempio il precedente “analogo” ma non “identico” - sia negli ordinamenti di *civil law*,

³⁴² SUDRE, *Droit international et européenne des droits de l’homme*, cit., p. 863.

³⁴³ BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the international court of justice and the European court of human rights*, cit., pp. 131-145, p. 139-140.

³⁴⁴ SUNDBERG, *The European experience of Human Rights Proceedings: The Precedent Value of the European Court’s Decisions*, cit., p. 631. MERRILLS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, cit, p. 265.

vengano presi in considerazione dal giudice successivo insieme a qualunque altro tipo di considerazione, in quanto razionalmente persuasivi. Essi verrebbero adottati a sostegno di una decisione se e nella misura in cui il giudice ritenga convincenti gli argomenti a loro fondamento e sarebbero citati per rendere nota l'origine di tali argomenti³⁴⁵.

Anche tale maniera di descrivere la forza esercitata dai precedenti della Corte non sempre collima, tuttavia, con il modo in cui essi sono impiegati nella prassi. Ad essi viene, talvolta, fatto riferimento per ragioni che vanno al di là del contenuto che esprimono.

Non si concilia, innanzitutto, con la circostanza che la Corte si riferisce, talvolta, ai precedenti nelle sue sentenze, non limitandosi semplicemente a citarli, ma discutendoli ampiamente, come osservato. E lo fa, non solo considerando quanto convincenti siano gli argomenti a loro fondamento, ma dando peso al fatto stesso di avere espresso quel punto di vista in passato. Affermando che essa usualmente segue e applica i propri precedenti nell'interesse della certezza giuridica e del coerente sviluppo della sua giurisprudenza³⁴⁶, e quindi non semplicemente in ragione della meritevolezza degli argomenti a loro fondamento, la Corte mostra di attribuire ai precedenti un "peso" per il fatto stesso di essere state rese in passato dalla Corte stessa.

Non si concilia, inoltre, con la considerazione che dei precedenti hanno le parti, le quali mostrano di essere convinte sia in sé un vantaggio avere un precedente, ancorché non formalmente vincolante, in favore dei loro argomenti e uno svantaggio non averne o averne in contrasto. Queste ricorrono, infatti, frequentemente ai precedenti della Corte per supportare la propria tesi, cercando di dimostrare o che il loro caso ricade in un precedente, o che se ne distingue, o che richiede in ogni caso una soluzione differente. Tra i numerosi esempi possibili, può farsi riferimento al noto caso *Oliari e altri c. Italia*³⁴⁷, ove sia il Governo dello Stato rispondente che alcuni ricorrenti citano il precedente *Schalk e Kopf c. Austria*³⁴⁸ tra gli argomenti a sostegno della propria posizione. Entrambi i casi riguardavano la mancata

³⁴⁵ BRONAUGH, *Persuasive precedent*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, cit.

³⁴⁶ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., § 35.

³⁴⁷ Corte EDU, 21 Luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11.

³⁴⁸ Corte EDU, 24 Giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04.

previsione negli ordinamenti domestici di qualunque forma di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali e la compatibilità di tale *deficit* normativo con il rispetto degli obblighi positivi discendenti dal divieto di discriminazioni e dal diritto al rispetto della vita privata e familiare garantiti dalla Convenzione. Nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, in aderenza ad un orientamento già consolidato nella propria giurisprudenza, la Corte aveva ritenuto che, in assenza di un terreno comune in materia di riconoscimento delle unioni omosessuali tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, dovesse riconoscersi a ciascuno un ampio margine di apprezzamento con riferimento ai tempi di tale riconoscimento e, pertanto, non potesse configurarsi una violazione della Convenzione. Mentre il governo italiano cita il precedente *Schalk e Kopf c. Austria* al fine di sottolineare la uguaglianza tra i due casi e quindi la opportunità di adottare la medesima soluzione³⁴⁹, i ricorrenti, invece, al fine di evidenziare il mutamento di contesto sociale e giuridico e la conseguente necessità di adottare una decisione di segno contrario³⁵⁰.

Non si concilia, infine, con talune opinioni concorrenti o dissenzienti espresse dai giudici della Corte in calce alle decisioni della maggioranza. Nel già citato caso *Borgers c. Belgio*, ad esempio, il giudice Cremona, tra gli argomenti che lo conducono a dissentire dall'opinione maggioritaria, rileva come non siano stati forniti dalla Corte né precedenti validi, né ragioni cogenti tali da giustificare il superamento del precedente *Delcourt c. Belgio*,

³⁴⁹ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 122. "Il Governo ha osservato che la Corte ha riconosciuto il diritto garantito dalla Convenzione delle coppie dello stesso sesso di vedere la loro unione riconosciuta giuridicamente, ma ha ritenuto che le disposizioni rilevanti (artt. 8, 12 e 14) non dessero luogo a un obbligo giuridico per gli Stati contraenti, dato che questi ultimi godono di un più ampio margine di discrezionalità nell'adozione di modifiche legislative atte a soddisfare il mutato "senso comune" della comunità. Difatti, alla luce di ciò, nella causa *Schalk e Kopf*, nonostante la mancanza di legislazione sul matrimonio o su altre forme di riconoscimento delle unioni omosessuali, lo Stato austriaco non è stato ritenuto responsabile di violazioni della Convenzione".

³⁵⁰ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 112. "I ricorrenti hanno affermato che nella causa *Schalk e Kopf* una delle Camere della Corte non aveva riscontrato alcuna violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, con una maggioranza molto contenuta (4-3), considerando che gli Stati godessero di un margine di discrezionalità per ciò che riguardava i tempi di tale riconoscimento, e che all'epoca non vi fosse ancora una maggioranza di Stati che prevedeva tale riconoscimento. I ricorrenti hanno osservato che fino al mese di giugno 2014 (data delle osservazioni), 22 dei 47 Stati riconoscevano qualche forma di unione omosessuale" ... "Ciò significava che, all'epoca in cui avevano presentato le loro osservazioni, il 49% degli Stati aveva riconosciuto le unioni dello stesso sesso".

in tal modo mostrando di attribuire a questo, appunto, un rilievo per il fatto stesso di essere stato reso dalla Corte³⁵¹.

La prassi applicativa suggerisce, allora, che i precedenti della Corte, sono in certe ipotesi considerati dotati di autorità di tipo giuridico: essi forniscono ragioni per la decisione cui è attribuita una forza che va al di là del loro merito e che si distinguono, pertanto, dalle ragioni sostanziali che hanno condotto in passato a raggiungere quella decisione.

Che i precedenti cd persuasivi, al pari dei precedenti formalmente vincolanti, esercitino autorità, significa, quindi, innanzitutto, che essi forniscono ragioni per la decisione. Il fatto stesso che il precedente supporti una data conclusione costituisce, cioè, una ragione per il giudice successivo per adottare quella conclusione. Significa, in secondo luogo, che essi forniscono ragioni che non si aggiungono a tutte le altre che è possibile prendere in considerazione a supporto di una conclusione, ma che competono con tutte esse. Il giudice, infatti, non prende in considerazione il precedente insieme a tutte le altre ragioni, ma decide se rimettersi o meno ad esso. Tale caratteristica dipende dal fatto che il precedente fornisce un giudizio "tutto considerato", un giudizio, cioè, basato su un bilanciamento delle ragioni a favore e contro una data conclusione. Significa, infine, che essi forniscono ragioni a supporto di una data conclusione che si caratterizzano per essere indipendenti dal contenuto – *content-independent reasons*. La ragione per adottare quella conclusione non dipende dal fatto che essa è supportata da un precedente bilanciamento di ragioni, ma dal fatto stesso che quella conclusione è stata adottata in passato. Si tratta di ragioni fornite di una forza aggiuntiva rispetto alle altre, non in ragione del contenuto, ma della loro provenienza³⁵².

³⁵¹ Opinione dissenziente giudice Cremona, Corte EDU, *Borgers c. Belgio*, cit. "I do not think that the judgments cited in paragraph 24 are in effect valid precedents for overruling *Delcourt*, nor do I see any other reason cogent enough to justify overruling a previous judgment of the Court on the basis of which the respondent State has for so many years acted in good faith".

³⁵² LAMOND, *Persuasive authority in the law*, in *The Harvard review of philosophy*, vol XVII 2010, pp. 16-35; PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.; SCHAUER, *Authority and authorities*, in *Virginia law review*, 94 2008, pp. 1931-1961.

5. *Differente peso del precedente nel contesto giustificativo. Autorità defettibile e superabile*

L'autorità esplicita dai precedenti della Corte è tanto "graduabile", che defettibile e superabile.

Che l'autorità dei precedenti della Corte sia graduabile, significa che il peso di essi nel contesto giustificativo può variare. Mentre in taluni casi la Corte si riferisce ad un precedente, o a più precedenti, come unico o principale argomento a sostegno di una determinata conclusione³⁵³, in altri vi si riferisce a meri fini esemplificativi³⁵⁴. Il differente peso che i precedenti assumono dipende da una serie di fattori.³⁵⁵

Rileva, innanzitutto, la composizione della Corte da cui la decisione proviene. Dall'articolazione della Corte sopra esaminata, risulta, infatti, attribuito alle sentenze pronunciate dalla Grande Camera un peso, un grado di vincolatività, maggiore rispetto a quelle pronunciate dalla Corte in altra composizione. Anche se non è affidata esplicitamente alla Grande Camera una funzione nomofilattica, il fatto che sia chiamata ad esprimersi su importanti questioni di carattere generale, che sollevano gravi problemi di interpretazione o la cui soluzione rischia di dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale, fa sì, da un lato, che essa si reputi chiamata a dettare guide interpretative per le singole sezioni che in futuro si trovino ad affrontare la medesima questione, dall'altro, che queste ultime guardino alle sue decisioni come principale punto di riferimento nella loro opera interpretativa. Pur non dotate formalmente di forza giuridica vincolante rispetto alle altre formazioni della Corte, allora, le sentenze rese dal consesso dei diciassette giudici godono di una autorità peculiare, anche in considerazione del più circoscritto numero di occasioni in cui esso è chiamato ad esprimersi.

³⁵³ Può farsi riferimento, tra gli altri, a Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., sopra richiamato.

³⁵⁴ Può farsi riferimento, tra gli altri ai casi citati nel paragrafo 2.1.

³⁵⁵ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

La particolare autorità di cui godono le decisioni della Grande Camera emerge, inoltre, dal modo in cui è intesa la nozione di “giurisprudenza consolidata” o “giurisprudenza costante”, frequentemente impiegata dalla Corte quale ulteriore fattore in grado di influenzare la vincolatività delle sue pronunce³⁵⁶. Per tale ragione, i due aspetti, che in parte si sovrappongono, possono esaminarsi congiuntamente. Generalmente, la Corte riconosce maggiore peso alle decisioni che siano espressione di una sua giurisprudenza consolidata. La Corte ha, tuttavia, inteso tale nozione in modo peculiare, facendovi riferimento in presenza, tanto di una serie di casi “minori”, quanto di una singola pronuncia particolarmente rilevante, come già osservato. Nell’articolazione del concetto di giurisprudenza costante, viene attribuito rilievo, da un lato ad un criterio formale/quantitativo, ovvero il numero delle sentenze in cui la stessa soluzione è stata adottata, dall’altro ad un criterio di tipo sostanziale/qualitativo, ovvero la tipologia di sentenza dalla quale la soluzione proviene. La ripetizione di una soluzione non sembrerebbe, quindi, essere una condizione necessaria affinché si abbia una giurisprudenza costante, ma, piuttosto, una sua conseguenza: attraverso la ripetizione può constatarsi il consolidarsi di una giurisprudenza. Una giurisprudenza, a prescindere dal fatto che sia espressa da una pluralità o da una singola decisione, può dirsi consolidata, allora, quando sia formulata in modo tale da non far sussistere alcun dubbio circa la sua attitudine a non essere contraddetta o abbandonata in futuro.³⁵⁷ Ciò sembra verificarsi a condizione, innanzitutto, che essa sia chiara, ovvero non presenti ambiguità, condizione dalla quale

³⁵⁶ Deve osservarsi che la nozione di “giurisprudenza consolidata”, oltre ad essere utilizzata dalla Corte e ad incidere sull’autorità interna delle sue sentenze, è impiegata anche dai giudici domestici al momento di dare esecuzione agli obblighi discendenti dalle sentenze della Corte EDU (seppur con un significato in parte differente) incidendo così pure sulla loro autorità esterna. Molti giudici interni si riferiscono a o seguono la giurisprudenza della Corte solo ove ne accertino il carattere consolidato. Peraltro, il consolidarsi di una giurisprudenza della Corte EDU non dipende solamente da quest’ultima, ma sembra essere risultato del dialogo indiretto tra Corti domestiche e Corte di Strasburgo, nel senso che una giurisprudenza può definirsi costante quando presenti tutta una serie di caratteristiche implicite, che si descriveranno più avanti, dalle quali dipende la sua capacità di guidare in modo chiaro le autorità statali nell’interpretazione degli obblighi su di esse gravanti, come sottolinea LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., p.3 28.

³⁵⁷ ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p.163., p. 167.

discende a sua volta il suo carattere di prevedibilità³⁵⁸. Ulteriore condizione sembrerebbe essere la sua univocità, ovvero l'assenza di sentenze che accolgono soluzioni tra loro contrastanti. La presenza di incoerenze nella giurisprudenza della Corte non può che incidere negativamente, infatti, sul suo consolidarsi³⁵⁹. Una singola pronuncia per qualificarsi come giurisprudenza costante deve presentare, inoltre, un carattere cd iterativo, ovvero essere idonea, per il fatto di esprimersi su questioni interpretative a portata generale, ad essere applicata a casi successivi uguali³⁶⁰. È chiaro, infatti, che una decisione se, o per la parte in cui, si esprime su questioni strettamente legate al caso contingente, non potrà essere applicata in futuro e, conseguentemente, consolidarsi. Il carattere iterativo è in genere insito nelle decisioni rese dalla Grande Camera per le ragioni già menzionate. Da ciò emerge il collegamento tra la nozione di giurisprudenza consolidata e la provenienza di una sentenza dalla Grande Camera. Non è escluso in assoluto, tuttavia, che il carattere iterativo possa contraddistinguere anche la decisione di una Camera semplice la quale, pertanto, potrebbe qualificarsi come giurisprudenza consolidata e conseguentemente essere dotata di una speciale autorità³⁶¹. Così definita, la giurisprudenza consolidata della Corte ricopre un campo di applicazione vasto³⁶². La Corte ha, ad esempio, elaborato una giurisprudenza costante con riferimento alle garanzie procedurali di cui all'art 5 CEDU. In particolare, ha definito il campo di applicazione di tale disposizione, enunciando le condizioni minime affinché la privazione della libertà di un alienato possa considerarsi legittima ai sensi dell'art 5 § 1 e)³⁶³, o specificando che la persona privata della libertà ha diritto a presentare ricorso

³⁵⁸ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 328.

³⁵⁹ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 327.

³⁶⁰ LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 328.

³⁶¹ LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

³⁶² LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 330.

³⁶³ Giurisprudenza inaugurata in Corte EDU, 24 Ottobre 1979, *Winterwerp c. Olanda*, ricorso n. 6301/73 e poi costantemente ripresa dalla Corte § 39: "... "In the Court's opinion, except in emergency cases, the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of "unsound mind". The very nature of what has to be established before the competent national authority - that is, a true mental disorder - calls for objective medical expertise. Further, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. What is more, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder (see, mutatis mutandis, the *Stögmüller* judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, pp. 39-40, para. 4, and the above-mentioned *De Wilde, Ooms and Versyp* judgment, p. 43, para. 82)".

ad un tribunale perché decida sulla legittimità della sua detenzione *ex art 5 § 4* solo ove la detenzione sia stata decisa da un'autorità amministrativa e non da un tribunale nell'ambito di una procedura giudiziaria *ex art 5 § 4*³⁶⁴. Anche sulle garanzie di cui all'art 6 CEDU la Corte ha sviluppato una giurisprudenza costante su più punti, ad esempio precisando che *“risulta da una giurisprudenza consolidata che l'art 6 § 1 non garantisce un diritto d'appello. Tuttavia uno Stato contraente che istituisca un sistema d'appello è tenuto a vigilare affinché le persone sotto la sua giurisdizione godano dinanzi alle corti d'appello delle garanzie fondamentali di cui all'art 6 CEDU”*³⁶⁵.

I precedenti della Corte EDU, inoltre, sono certamente, sia defettibili – dovrebbero essere applicati a meno che non vengano in rilievo eccezioni – che superabili – dovrebbero essere applicati a meno che non rilevino ragioni contrarie. La Corte EDU, infatti, si allontana dai propri precedenti in alcune circostanze, come in ipotesi di contrasto con un altro precedente. La Corte, inoltre, si allontana dai propri precedenti, come si è già avuto modo di osservare, anche qualora non ritenga più convincente quanto statuito in precedenza. In tale ipotesi il precedente mantiene la sua forza normativa ma viene bilanciato con altre ragioni che conducono la Corte a superarlo. Essa ha, infatti, in più circostanze precisato che l'allontanamento da un precedente può essere giustificato in presenza di *“ragioni cogenti”*³⁶⁶ o *“buone ragioni”*³⁶⁷. La Corte segue la soluzione resa nel precedente fino a quando il contesto giuridico è in favore del suo mantenimento, viceversa se ne allontana. Come si vedrà nel dettaglio nel capitolo seguente, analizzando la procedura di *overruling* operata dalla Corte,

³⁶⁴ Corte EDU, 23 Febbraio 1984, *Luberti c. Italia*, ricorso n. 9019/80, § 31 *“...”* *“Where the decision to deprive an individual of his liberty is one taken by an administrative body, that individual is entitled to have the lawfulness of the decision reviewed by a court, but the same does not apply when the decision is made by a court at the close of judicial proceedings, the review required by Article 5 § 4 (art. 5-4) being in that event incorporated in the decision (see, as the most recent authority, the above-mentioned Van Droogenbroeck judgment, ibid., p. 23, §§ 44-45).”* *“...”*.

³⁶⁵ Corte EDU, 13 Luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, ricorso n. 18139/91, § 59 *“...”* *“It follows from established case-law that Article 6 para. 1 (art. 6-1) does not guarantee a right of appeal. Nevertheless, a Contracting State which sets up an appeal system is required to ensure that persons within its jurisdiction enjoy before appellate courts the fundamental guarantees in Article 6 (art. 6) (see, in particular, the Delcourt v. Belgium judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 14-15, para. 25)”* *“...”*.

³⁶⁶ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit.

³⁶⁷ Corte EDU, *Cristhine Goodwin c. Regno Unito*, cit.

le ragioni da questa prese in considerazione al fine di superare un precedente afferiscono ad almeno tre categorie: la presenza di incertezze della definizione ed interpretazione di una nozione tali da minacciare la coerenza interna della Corte; l'eccessivo aumento dei ricorsi ad essa presentati che può minare la sua efficienza; la obsolescenza di un precedente generata dall'evoluzione nello standard di tutela di un diritto³⁶⁸. Il potere di *overruling* riconosciuto alla Corte, corollario dell'assenza di forza vincolante dei suoi precedenti, è in linea con il concetto di interpretazione dinamico-evolutiva della Convenzione.

Può ritenersi, allora, che i precedenti della Corte costituiscono, generalmente, ragioni autoritative per la decisione, distinte dalle cd ragioni sostanziali per la decisione, la cui forza dipende solo la loro contenuto e non dalla loro origine. La loro forza o autorità può essere descritta come di carattere argomentativo: la Corte è tenuta a dare conto, nella motivazione della sentenza, dei precedenti rilevanti e a seguirli. La decisione che non tenga in considerazione il precedente rilevante o non lo segua non sarà, chiaramente, illegittima. D'altro canto, essendo la Corte europea dei diritti dell'uomo, una Corte di "ultima istanza", difficilmente potrebbero essere previsti rimedi formali volti a sanzionare con l'invalidità tale eventualità. La circostanza che una decisione ometta di fare riferimento ad un precedente rilevante o di seguirlo potrà essere sanzionata solo attraverso meccanismi indiretti. Da un punto di vista interno alla stessa Corte, attraverso la possibilità che la Grande Camera, cui tale competenza è istituzionalmente affidata, prevenga o rimedi a decisioni non conformi alla giurisprudenza della Corte; da un punto di vista esterno – relativo agli effetti delle sentenze rispetto agli Stati membri – attraverso la possibilità degli Stati di non conformarsi alle decisioni della Corte che si allontanino senza giustificate ragioni dai precedenti - chiaramente le decisioni non rese nei loro confronti e quindi non dotate di autorità di cosa giudicata strettamente vincolante. I precedenti della Corte, in ogni caso, come osservato sopra, risultano sia defettibile – la Corte è chiamata ad applicarli a meno che non vengano rilievo eccezioni- che superabile – la Corte è chiamata ad applicarli a meno che non siano superato da altre ragioni controbilancianti³⁶⁹. Si richiede, in ogni caso, che la Corte espliciti

³⁶⁸ Si veda Cap IV.

³⁶⁹ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.

le ragioni per cui non sta procedendo a seguire un precedente. Il grado di rilevanza di un precedente può, poi, essere influenzato da vari fattori quali: il fatto che provenga da una Camera semplice o dalla Grande Camera; la presenza o assenza di *dissenting opinion*; il fatto che il precedente rappresenti un trend ecc.³⁷⁰.

³⁷⁰ PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, cit.

Capitolo quinto

Superare il precedente nella Corte europea

1. Introduzione

Se è vero che la Corte di Strasburgo segue di regola i propri precedenti, ciò non le impedisce di allontanarsi dagli stessi. Come si è osservato nel capitolo precedente, infatti, la forza riconosciuta ai precedenti risulta certamente sia defettibile, quando vengono in rilievo eccezioni, che superabile, quando sussistono ragioni contrarie alla loro applicazione.

L'importanza di analizzare il modo in cui la Corte si discosta dai propri precedenti emerge sotto due profili almeno. Innanzitutto, se non esistessero procedure e giustificazioni specifiche per allontanarsi dai precedenti o per rimediare all'esistenza di precedenti contrastanti, semplicemente non sarebbe vero che questi esercitino una forza normativa. La Corte deciderebbe ciascun caso senza avere riguardo ai propri precedenti, sacrificando i valori della coerenza, certezza del diritto, prevedibilità e uguaglianza dinanzi al diritto. D'altra parte, se non esistessero meccanismi di tale tipo, il precedente rimarrebbe "cristallizzato" e il diritto convenzionale rimarrebbe insensibile, tra l'altro, ai mutamenti sociali, economici e scientifici ecc.³⁷¹. La Convenzione, invece, come costantemente interpretata dalla Corte, è uno "strumento vivente" da leggere alla luce delle condizioni presenti. Se anche i sistemi che adottano una dottrina del precedente formalmente vincolante, come più volte sottolineato, si dotano di meccanismi attraverso cui i giudici possono, non solo distinguere, ma anche superare il precedente, a maggior ragione ciò si riscontra nel sistema della Corte europea ove è assente una formale dottrina *stare decisis*.

³⁷¹ SUMMERS, SVEIN, *Departures from precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 519-530, pp. 519-520.

Ci si concentrerà, allora, sul procedimento, cui ci si riferirà con il termine di *“overruling”*, da questa largamente impiegato al fine superare i propri precedenti, discostandosi da questi e adottando una soluzione nuova. Si esamineranno, in particolare, da un lato, i requisiti affinché possa parlarsi di *overruling*, dall’altro le condizioni richieste nel sistema convenzionale per procedervi, con specifico riferimento alle giustificazioni generalmente addotte dalla Corte a suo fondamento.

2. *Overruling*. Definizione

Affinché possa dirsi che la Corte stia procedendo ad un *overruling*, è necessario che ricorrano determinati presupposti.

Innanzitutto, si richiede che si sia effettivamente in presenza di un precedente. Al riguardo non è rilevante, che si tratti di una singola o di una pluralità di decisioni. Infatti, come più volte osservato, sebbene il testo convenzionale non faccia riferimento alla nozione di “precedente”, ma a quella di “giurisprudenza consolidata”, la Corte ha considerato sussistere una giurisprudenza consolidata, in presenza, sia di una serie di casi “minori”, che di una singola pronuncia particolarmente rilevante, prassi che è stata peraltro recepita dal Protocollo 14. Al contempo la Corte, quando impiega nozione di precedente, può indifferentemente riferirsi ad una singola decisione o ad una più ampia giurisprudenza. Perché possa aversi un precedente e conseguentemente un *overruling* poi, non sembra essere rilevante la composizione che ha preso la decisione - tranne, appunto, il caso appena menzionato, di una pronuncia isolata su una questione di principio. Sicuramente una sentenza pronunciata dalla Grande Camera avrà maggiore autorità, ma ciò non significa che una decisione presa dalla Corte in un'altra composizione non possa qualificarsi come precedente, a meno che non sia soggetta ad un rinvio, nel qual caso solo la decisione definitiva sarà presa in considerazione. Nemmeno la circostanza che una decisione presenti opinioni dissenzianti o sia stata presa all'unanimità sembra incidere sulla sua qualità di precedente.

È necessario, in secondo luogo, che il precedente sia simile o presenti sufficienti tratti di somiglianza rispetto al caso successivo. Può in particolare, parlarsi di *overruling* in senso stretto solo quando il precedente sia in *point*, ovvero nelle ipotesi in cui i fatti del caso successivo siano simili a quelli del caso precedente, ricadendo nella sua *ratio*. In tal caso l'*overruling* si risolverà nella statuizione di una nuova norma per i medesimi fatti disciplinati dal precedente. In tutte le altre ipotesi, ovvero quando i casi pongano semplicemente

questioni astratte simili ma siano diversi quanto ai fatti concreti, può parlarsi di *overruling* solo in senso ampio³⁷².

In terzo luogo si richiede, chiaramente, che il precedente sia definitivo. In caso contrario, infatti, non si potrà parlare di *overruling*, ma di rinvio ad altra composizione della Corte. Come osservato, mentre le pronunce dei giudici unici e dei comitati sono sempre definitive (artt. 27 e 28 CEDU), al pari di quelle della Grande Camera (art. 44.1 CEDU), le sentenze emesse da una Camera possono essere rinviate per l'esame alla Grande Camera (art 43 CEDU). Esse divengono definitive, pertanto, o quando le parti dichiarino che non intendono richiederne il rinvio, o trascorsi tre mesi dalla data della sentenza, o, infine, quando il collegio della Grande Camera respinga una richiesta di rinvio (art 44.2 CEDU).

Infine, è chiaramente requisito essenziale dell'*overruling* l'adozione di una soluzione nuova rispetto a quella fornita in precedenza. Per verificare il carattere innovativo di una soluzione, tuttavia, non può farsi riferimento solo a quanto espressamente affermato dalla Corte, ma deve procedersi a confrontare effettivamente le due soluzioni. Capita, infatti, che l'*animus mutandi* espresso dalla Corte non sia indicativo, potendo questa qualificare una soluzione come nuova, sebbene, o non vi sia effettivamente nessun antagonismo tra le due soluzioni date, o sia la differenza tra i fatti di causa a giustificare tale antagonismo³⁷³. O, al contrario, che la Corte non esprima apertamente l'intenzione di mutare la propria giurisprudenza, potendo distinguersi tra *overruling* espliciti e *overruling* impliciti³⁷⁴. Soprattutto nelle sue prime pronunce, la Corte era piuttosto riluttante, infatti, nel superare esplicitamente l'interpretazione data in una precedente decisione e ha proceduto a farlo in modo implicito o indiretto, adoperando alcune specifiche tecniche a tale scopo³⁷⁵. In alcuni casi, in particolare, ha mascherato un *overruling* attraverso un uso distorto della tecnica del

³⁷² SUMMERS, SVEIN, *Debarures from precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents*, cit., pp. 520-521.

³⁷³ LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

³⁷⁴ SUMMERS, SVEIN, *Debarures from precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents*, cit., pp. 622-525.

³⁷⁵ MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 179-201.; LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 526 ss.

distinguishing. Si tratta, come osservato, della tecnica, ordinariamente applicata dai giudici di *common law*, attraverso cui essi si sottraggono all'applicazione di un precedente apparentemente applicabile in ragione di differenze significative tra i fatti rilevanti relativi al caso anteriore e i fatti rilevanti relativi al caso in questione. Chiaramente nell'applicare tale tecnica, i giudici possono giocare sulla delimitazione dei fatti rilevanti in modo da allargare o ridurre la portata della *ratio decidendi* e, qualora desiderino sottrarsi all'applicazione del precedente, non devono fare altro che forzare la distinzione³⁷⁶. I giudici europei non esitano ad usare la tecnica del *distinguishing*, anche nella sua forma distorta. Un esempio del genere si ha nel già esaminato caso *Vogt c. Germania*, dove la Corte reputa opportuno adottare una soluzione nuova rispetto al precedente *Kosiek c. Germania*, in ragione di una supposta differenza tra i due casi in oggetto. Secondo l'opinione dei giudici di Strasburgo, infatti, mentre il cuore del problema nel caso riguardava l'accesso del ricorrente alla funzione pubblica, nel caso *Vogt c. Germania*, il ricorrente era, invece, un funzionario³⁷⁷. Tuttavia, essendo l'obbligo di lealtà condizione, tanto dell'accesso alla funzione pubblica, quanto dello sviluppo della carriera e del licenziamento, i fatti dei due casi non paiono potersi distinguere in misura sufficiente da giustificare una differenza di

³⁷⁶ MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, cit.

³⁷⁷ Corte EDU, 26 Settembre 1995, *Vogt c. Germania*, ricorso n. 17851/91, § 44 “*The Court considers, like the Commission, that the present case is to be distinguished from the cases of Glasenapp and Kosiek. In those cases the Court analysed the authorities’ action as a refusal to grant the applicants access to the civil service on the ground that they did not possess one of the necessary qualifications. Access to the civil service had therefore been at the heart of the issue submitted to the Court, which accordingly concluded that there had been no interference with the right protected under paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1) (see the previously cited Glasenapp and Kosiek judgments, p. 27, para. 53, and p. 21, para. 39). Mrs Vogt, for her part, had been a permanent civil servant since February 1979. She was suspended in August 1986 and dismissed in 1987 (see paragraphs 16 and 20 above), as a disciplinary penalty, for allegedly having failed to comply with the duty owed by every civil servant to uphold the free democratic system within the meaning of the Basic Law. According to the authorities, she had by her activities on behalf of the DKP and by her refusal to dissociate herself from that party expressed views inimical to the above-mentioned system. It follows that there was indeed an interference with the exercise of the right protected by Article 10 (art. 10) of the Convention*”. Esempio analogo si ha in Corte EDU, 25 Marzo 1992, *B. c. Francia*, ricorso n. 13343/87 in cui La Corte detta una regola differente rispetto ai precedenti *Rees* e *Cossey*, operando un *distinguishing*, sebbene sia dato dubitare della effettiva differenza tra i fatti in causa, e sorga il sospetto che la Corte mascheri un *overruling*.

trattamento³⁷⁸. In altre occasione, ha proceduto ad un *overruling* implicito attraverso il riferimento *mutatis mutandis*. Spesso, come osservato, la Corte abusa di tale riferimento e, anche quando i casi sono differenti, piuttosto che distinguerli appunto, preferisce applicare la soluzione adottata in precedenza con gli opportuni adattamenti. In tale modo, la decisione viene presentata come frutto di una naturale evoluzione già in atto nella propria giurisprudenza, quando in realtà la Corte ha proceduto a formulare una soluzione nuova, di fatto operando un *overruling*. Un esempio di tale prassi, distorta, si ha nel già citato caso *Borgers c. Belgio*³⁷⁹. Qui la Corte ha di fatto stravolto la decisione presa nel caso, analogo, *Delcourt c. Belgio*, ma se si guarda all'argomentazione della Corte, simile decisione viene presentata come il prolungamento dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte. A tale giurisprudenza la Corte si è limitata a fare riferimento *mutatis mutandis*, sebbene tali decisioni non potessero essere ritenute propriamente come precedenti.

³⁷⁸ SUDRE, *Function publique et Convention europeenne des droit de l'homme. Larret Vogt de la Cour europeenne des droit de l'homme ou l'art de l'illusionisme juridique*, in *Revue Trimestrelle des Droit de l'Homme*, 27/1996, pp. 404-4032.

³⁷⁹ Corte EDU, 30 Ottobre 1991, *Borgers c. Belgio*, ricorso n. 12005/86.

3. *Overruling. Procedure e giustificazioni*

Nel sistema convenzionale si sono affermate delle procedure e delle giustificazioni specifiche per allontanarsi dal precedente. Ciò conferma che il precedente esercita forza normativa, potendo la Corte procedervi solo in presenza di determinate condizioni

Quanto alla procedura, l'art 30 della Convenzione, dispone che un *overruling* può essere effettuato, di regola, solo dalla Grande Camera. L'art 72.2 del Regolamento della Corte, che specifica tale disposizione, prevede infatti che “*quando la soluzione di una questione sottoposta ad una camera può entrare in contraddizione con la giurisprudenza della Corte, la camera deve dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera*”. Solo eccezionalmente, ovvero quando la Camera non possa spogliarsi della propria competenza perché una delle parti vi si oppone, sempre secondo quanto previsto dall'art 72.2 citato, anche una Camera semplice potrà esercitare la facoltà di *overruling*. La Corte si dimostra, in genere, rispettosa di tale requisito, sebbene non manchino ipotesi, come si vedrà, in cui a procedere ad un *overruling* sia stata una Camera semplice³⁸⁰.

Quanto all'onere argomentativo in capo alla Corte, questa ha affermato ripetutamente che, affinché possa procedersi ad un *overruling*, devono sussistere “*ragioni cogenti*” (*Cossey c. Regno Unito*) o “*buone ragioni*” (*Christine Goodwin c. Regno Unito*). Il modo in cui tali ragioni vengono espresse può variare e di fatto varia parecchio da un caso ad un altro. Può notarsi banalmente che, mentre nel caso *Pellegrin c. Francia* la Corte impiega un solo paragrafo per giustificare un *overruling*, in *Christine Goodwin c. Regno Unito* l'argomentazione è sviluppata attraverso numerose pagine. Ciò che è certo è che la Corte non può procedere a superare esplicitamente un precedente senza fornire giustificate ragioni. Senza pretesa di esaustività, possono individuarsi per lo meno tre tipologie di giustificazioni impiegate dalla Corte al fine di superare un precedente.

³⁸⁰ LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

In primo luogo, la Corte usa come giustificazione per discostarsi da un precedente, la presenza di incertezze nella definizione e interpretazione di una nozione che possono minacciare la coerenza della sua giurisprudenza³⁸¹. Spesso, come osservato, l'accordo sulla definizione di una nozione non è facile da raggiungere tra i giudici di Strasburgo e, quando raggiunto, può lasciare spazio a incertezze al momento della sua applicazione. Quando ciò accade, al fine di preservare la certezza giuridica, la Corte fornisce una interpretazione differente, elaborando una nozione autonoma, in tal modo operando un *overruling*. Caso emblematico a tal riguardo è *Pellegrin c. Francia*, dove la Grande Camera si trova ad affrontare la questione se le controversie tra dipendenti pubblici e loro datori di lavoro rientrino tra i diritti e obblighi di carattere civile protetti dall'art 6 CEDU³⁸². Il ricorrente, assunto dal Ministero francese per la cooperazione e lo sviluppo, lamentava, appunto ai sensi dell'art 6 della Convenzione, la eccessiva durata del processo. Per rispondere alla questione, la Corte fa riferimento alla sua ricca giurisprudenza anteriore in materia, che aveva stabilito che *"le controversie concernenti l'assunzione, la carriera e il licenziamento dei dipendenti pubblici ricadono quale regola generale fuori dal campo di applicazione dell'art 6(1)"*³⁸³, riconoscendo al contempo come tale principio di esclusione fosse stato limitato e precisato in una serie di casi successivi. La Corte nota allora che *"la menzionata giurisprudenza contiene*

³⁸¹ MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, cit.; LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.

³⁸² Art 6(1) CEDU *"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia"*.

³⁸³ Corte EDU, 8 Dicembre 1999, *Pellegrin c. Francia*, ricorso n. 28541/95, § 59. *"As the Court has noted in previous cases, in the law of many member States of the Council of Europe there is a basic distinction between civil servants and employees governed by private law. This has led the Court to hold that "disputes relating to the recruitment, careers and termination of service of civil servants are as a general rule outside the scope of Article 6 § 1" (see, for example, the Massa v. Italy judgment of 24 August 1993, Series A no. 265-B, p. 20, § 26). This general principle of exclusion has however been limited and clarified in a number of judgments"*.

un margine di incertezza per gli Stati Contraenti per quanto riguarda l'ampiezza dei loro obblighi ai sensi dell'Articolo 6(1) con riferimento alle dispute sollevate da dipendenti nel pubblico settore relativamente alle loro condizioni di servizio...³⁸⁴ e afferma, pertanto, di volere mettere fine a simile incertezza. Discostandosi dalla precedente giurisprudenza, articola quindi una interpretazione autonoma del termine "dipendente pubblico", basata su un criterio funzionale, per cui "le sole dispute escluse dall'ambito di applicazione dell'Articolo 6(1) della Convenzione sono quelle sollevate da dipendenti pubblici i cui doveri tipizzano specifiche attività di pubblico servizio nella misura in cui agiscano quale depositari di autorità pubblica responsabili per la protezione di interessi generali dello Stato o di altre pubbliche autorità"³⁸⁵. La Grande Camera, applicando il nuovo approccio al caso in oggetto, considera così il ricorrente escluso da tale classe, perché depositario di doveri collegati alla salvaguardia degli interessi dello Stato. Solo pochi anni più tardi, tuttavia, tale decisione viene superata da un'altra resa dalla Grande Camera nel caso *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, facendo ricorso al medesimo tipo di giustificazione. La Corte, infatti, osservato come l'approccio delineato nel caso *Pellegrin c. Francia* non avesse di fatto aiutato a chiarire i criteri di applicabilità dell'art 6(1), fissa una nuova regola. Al fine di escludere una lite dal campo di applicazione dell'art 6(1), lo Stato deve dimostrare, in primo luogo, che la propria legislazione espressamente esclude l'accesso alla Corte per il posto o la categoria in considerazione; in secondo luogo, che tale esclusione sia giustificata da ragioni obiettive di interesse statale. La Corte dichiara così applicabile al caso in questione, che concerneva un ufficiale di polizia, l'art 6(1)³⁸⁶. Questi esempi mostrano come il riferimento alla certezza giuridica sia ambiguo: per il

³⁸⁴ Corte EDU, *Pellegrin c. Francia*, cit., § 60 "The Court considers that, as it stands, the above case-law contains a margin of uncertainty for Contracting States as to the scope of their obligations under Article 6 § 1 in disputes raised by employees in the public sector over their conditions of service".

³⁸⁵ Corte EDU, *Pellegrin c. Francia*, cit. § 66 "The Court therefore rules that the only disputes excluded from the scope of Article 6(1) of the Convention are those which are raised by public servants whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities".

³⁸⁶ Corte EDU, 19 Aprile 2007, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, ricorso n. 63235/00, § 62 "To recapitulate, in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion must be justified on objective grounds in the State's interest".

perseguimento di questa può giustificarsi, tanto il mutamento di interpretazione che dà origine all'*overruling*, quanto, al contrario, il mantenimento di una data interpretazione³⁸⁷.

Una seconda giustificazione impiegata dalla Corte per mutare un precedente è rappresentata dalla necessità di rispondere ad un eccessivo aumento del numero di ricorsi presentati dinanzi ad essa, il quale può minare l'efficienza della Corte e a lungo termine la stessa tenuta del sistema europeo di tutela dei diritti umani³⁸⁸. Un esempio del genere si ritrova nel caso *Kudla c. Polonia*, in cui la Grande Camera affronta uno dei tanti ricorsi relativi alla irragionevole durata dei processi statali. In tale occasione, la Corte afferma espressamente *"è giunto il momento di modificare la propria giurisprudenza alla luce del continuo accumularsi dinanzi ad essa di ricorsi in cui l'unica, o la principale, allegazione, riguarda il fallimento di assicurare un processo in un tempo ragionevole in violazione dell'art 6(1)"*³⁸⁹. Ritiene, allora, opportuno *"esaminare la domanda del ricorrente ai sensi dell'Articolo 13(diritto ad un effettivo rimedio domestico) considerato separatamente, in aggiunta al suo previo riconoscimento di una violazione dell'Articolo 6(1) (diritto a conoscere della propria responsabilità pensale entro un termine ragionevole)"*³⁹⁰. I giudici di Strasburgo si discostano, così, dalla precedente giurisprudenza e adottano una nuova interpretazione dell'art 13 della Convenzione, che obbliga gli Stati a fornire un rimedio effettivo per rispondere ai ricorsi sulla irragionevole durata dei processi, proprio in considerazione del fatto che la precedente, piuttosto che risolvere il problema a livello domestico, aveva condotto un numero sempre maggiore di ricorrenti a presentare ricorsi davanti ad essa.

³⁸⁷ MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, cit.

³⁸⁸ LUCAS ALBERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit.; MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, cit.

³⁸⁹ Corte EDU, 26 Ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96, § 148 *"In the Courts view, the time has come to review its case-law in the light of the continuing accumulation of applications before it in which the only, or principal, allegation is that of a failure to ensure a hearing within a reasonable time in breach of Article 6(1)"*.

³⁹⁰ Corte EDU, *Kudla c. Polonia* cit., § 149 *"Against this background, the Court does now perceive the need to examine the applicants complaint under Article 13 taken separately, in addition to its earlier finding of a violation of Article 6(1) for failure to try him within a reasonable time"*.

Infine, nella maggior parte dei casi, la Corte procede a superare un precedente - o una giurisprudenza consolidata - quando esso è diventato obsoleto, utilizzando quale giustificazione l'emergere di nuove circostanze o la evoluzione negli standard di tutela di un diritto convenzionale. L'obsolescenza di un precedente è, d'altra parte, una delle ragioni giustificative per discostarsene più frequentemente invocate dai giudici in qualunque ordinamento giuridico³⁹¹. È la stessa Corte ad affermare esplicitamente, da un lato che *"la Convenzione è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni presenti"*³⁹², orientandosi, dunque, verso un'interpretazione evolutiva o dinamica³⁹³ del testo convenzionale, dall'altro che un allontanamento dal precedente può giustificarsi proprio *"al fine di assicurare che la interpretazione della Convenzione rifletta i cambiamenti sociali e rimanga in linea con le condizioni presenti"*³⁹⁴. Nonostante la Corte richiami frequentemente la sua dottrina della Convenzione quale strumento vivente al fine di giustificare un *overruling*, non è chiaro quali siano i criteri che la guidino, oltre a esserne controverso il fondamento. Si tratta, come noto, di uno degli aspetti più caratteristici e al contempo controversi del metodo interpretativo adottato dalla Corte, innestandosi su una serie di questioni di carattere più generale. È opportuno, dunque, approfondire tale aspetto, soffermandosi brevemente sull'interpretazione evolutiva nel sistema convenzione, per poi analizzare le principali questioni che essa pone con riferimento all'applicazione del precedente.

³⁹¹ SUMMERS, SVEIN, *Departures from precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, cit.

³⁹² La dottrina della Convenzione quale strumento vivente è delineata per la prima volta in Corte EDU, 25 Aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*, § 31 e costantemente richiamata dalla Corte nella sua giurisprudenza successiva.

³⁹³ Nella giurisprudenza della Corte gli aggettivi dinamica ed evolutiva sono usati indifferentemente quali sinonimi.

³⁹⁴ Corte EDU *Cossey c. Regno Unito* cit., § 35.

3.1. *Interpretazione evolutiva*

Può osservarsi, innanzitutto, che la cd interpretazione evolutiva o dinamica, più che in un'unica e specifica tecnica o regola interpretativa, consiste in un approccio o una dottrina interpretativa tendente a preferire, tra le interpretazioni possibili di una disposizione, quella che gli attribuisca il suo significato attuale, ovvero il significato che questa ha nel momento in cui viene interpretata e applicata. Simile risultato interpretativo può giustificarsi facendo ricorso a tecniche interpretative differenti. Come si vedrà, il più delle volte, a fondamento di un'interpretazione evolutiva, la Corte invoca l'argomento teleologico o l'argomento sistematico - l'oggetto e lo scopo del trattato e il contesto della disposizione - ma non è escluso in linea di principio il riferimento anche ad altri argomenti. In ogni caso, è ricorrente l'appello a certe considerazioni, come il cambiamento nella coscienza sociale o l'emergere di nuove esigenze. In quanto tale, l'interpretazione evolutiva si contrappone all'interpretazione originalistica, quell'approccio che, al contrario, consiste nel preferire l'interpretazione che attribuisca alla disposizione il suo significato originario, ovvero il significato che aveva nel momento in cui è entrata in vigore (originalismo). Entrambi gli approcci sono tesi ad affrontare lo stesso problema, ricorrente nell'interpretazione dei testi normativi, specie se destinati a durare a lungo nel tempo e contenenti disposizioni dal carattere vago ed indeterminato, che fanno riferimento a valori morali o politici, quali le Carte costituzionali o, appunto, la CEDU³⁹⁵: se, nell'interpretazione di una disposizione, debba tenersi conto del fattore tempo, ovvero del mutamento delle condizioni giuridiche, sociali, economiche, scientifiche ecc. successivo all'entrata in vigore della stessa, o meno. Tale problema si intreccia con quello, anch'esso come si vedrà affrontato dalla Corte EDU, di stabilire se nell'interpretazione di un testo normativo debba aversi riguardo all'intenzione dei redattori - nel caso della Convenzione, all'intenzione o volontà degli Stati contraenti - ovvero alla lettera della disposizione. Mentre secondo un primo approccio, intenzionalista, il significato da attribuirsi dovrebbe essere quello conforme all'intenzione

³⁹⁵ Come "Ordine pubblico", "Libertà", "società democratica" ecc.

dei redattori, secondo un approccio letteralista, invece, il significato da attribuirsi dovrebbe essere quello ricavabile dalle regole sintattiche e semantiche della lingua in cui espressa. Per tale ragione, sia dell'interpretazione originalistica, che dell'interpretazione evolutiva esistono per lo meno due varianti, una letterale e una intenzionalista³⁹⁶.

Entrambe le questioni evidenziate, che costituiscono aspetti della più ampia problematica relativa alle regole d'interpretazione dei trattati internazionali e della CEDU in particolare, sono state affrontate dalla Corte sin dalle sue più risalenti pronunce. Nel caso *Golder c. Regno Unito*, in particolare, la Corte, dopo avere affermato in via di principio la soggezione della CEDU alle regole di interpretazione dei trattati internazionali dettate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³⁹⁷ agli artt 31 e 32³⁹⁸, riconoscendone il carattere di norme di diritto internazionale consuetudinario, si è espressa avverso un approccio interpretativo fondato sull'intenzione storica o originaria dei redattori. La questione affrontata concerneva la possibilità di riconoscere e tutelare il diritto di accesso ad un giudice, nonostante non espressamente menzionato nel testo dell'art 6 della Convenzione, che si riferisce alle garanzie di un giusto processo solo una volta che questo si sia incardinato. Una questione, quella dei diritti innominati o inespressi, non confinata

³⁹⁶ Su interpretazione evolutiva e originalismo, intenzionalismo e letteralismo, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, pp. 440 ss.; con riferimento alla Corte EDU, LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, pp. 58 ss.

³⁹⁷ D'ora in avanti, anche solo "Convenzione di Vienna".

³⁹⁸ Art 31 Regola generale per l'interpretazione "1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato. 3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. 4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti"

Art 32 Mezzi complementari di interpretazione "Si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31: a) lasci il significato ambiguo od oscuro; o b) porti ad un risultato chiaramente assurdo o non ragionevole".

all'ambito della CEDU o del diritto internazionale, ma ricorrente nel dibattito tra originalisti e anti-originalisti. Nell'acclarare il significato di tale disposizione, la Corte, rilevata la non concluzione dell'interpretazione letterale - potendo questa condurre tanto all'affermazione quanto alla negazione del diritto di accesso ad un giudice - ha ritenuto di dare preminenza all'oggetto e allo scopo della Convenzione, piuttosto che ai lavori preparatori o ad altri strumenti volti a ricercare la intenzione storica dei redattori. Da ciò la conclusione che il diritto di accesso al giudice non può che considerarsi inerente al diritto ad un equo processo di cui all'art 6 CEDU. Il ragionamento seguito dalla maggioranza dei giudici è stato quello di osservare che, ove la possibilità effettiva di accesso alla giustizia non fosse garantita, difficilmente sarebbe concepibile il *rule of law*, l'affermazione del quale rientra invece nell'oggetto e nello scopo della Convenzione, come individuabili tenendo in considerazione il suo Preambolo, che si riferisce, tra l'altro, al "*patrimonio comune di tradizioni, di ideali politici, di rispetto delle libertà e del rule of law*" tra gli Stati firmatari. L'assenza di una chiara volontà dei redattori nel riconoscere tale diritto non è stata, invece, considerata rilevante³⁹⁹. La Corte ha, infatti, respinto la tesi interpretativa sostenuta dallo Stato convenuto e da una minoranza dei suoi giudici, secondo la quale il diritto di accesso alla giustizia non poteva ritenersi incluso nell'alveo di protezione dell'art 6 CEDU poiché, qualora i redattori avessero inteso offrire tale ulteriore garanzia, lo avrebbero fatto esplicitamente, adottando una differente formulazione linguistica⁴⁰⁰. Né ha reputato necessario, come accennato, ricorrere ai lavori preparatori della Convenzione.

³⁹⁹ 21 Febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70 § 32-36.

⁴⁰⁰ Opinione separate giudice Fitzmaurice, *Golder c. Regno Unito*, cit., §40: "*It is hardly possible to establish what really were the intentions of the contracting States under this head; but that of course is all the more reason for not subjecting them to obligations which do not result clearly from the Convention, or at least in a manner free from reasonable doubt. The obligation now under discussion does not have that character. Moreover, speaking from a very long former experience as a practitioner in the field of treaty drafting, it is to me quite inconceivable that governments intending to assume an international⁴⁰⁰ obligation to afford access to their courts, should have set about doing so in this roundabout way, - that is to say should, without stating the right explicitly, have left it to be deduced by a side-wind from a provision (Article 6.1) (art. 6-1) the immediate and primary purpose of which (whatever its other possible implications might be) - no one who gives an objective reading can doubt - was something basically distinct as a matter of category, namely to secure that legal proceedings were fairly and expeditiously conducted. No competent draftsman would ever have handled such a matter in this way*".

Se in *Golder c. Regno Unito* la Corte ha respinto un approccio interpretativo fondato sull'intenzione originaria dei redattori, è solo nel caso *Tyrer c. Regno Unito* che ha affermato esplicitamente che la Convenzione dev'essere interpretata in senso evolutivo, elaborando la sua dottrina della Convenzione quale strumento vivente⁴⁰¹. Il caso concerneva l'interpretazione delle nozioni di "pene e trattamenti inumani e degradanti" di cui all'art 3 CEDU⁴⁰², in particolare determinando se tali potessero essere considerate le punizioni giudiziarie corporali inflitte ad un minore dalla polizia, in applicazione di una prassi istituzionalizzata nell'isola di Man. In tale circostanza, la Corte non ha ritenuto significativo, secondo quanto rilevato dallo Stato convenuto, che tale tipo di punizioni fosse largamente accettato dall'opinione pubblica locale e, dunque, non percepito come offensivo, per valutarne il carattere "degradante" ai sensi dell'art 3 CEDU. Ha considerato, invece, determinanti, da un lato l'effettivo carattere della punizione, guardando alla natura, al contesto e alle modalità di esecuzione di questa, dall'altro, soprattutto l'evoluzione nell'ambito dei Paesi del Consiglio d'Europa degli standard di tutela in materia. Le punizioni corporali erano state, infatti, abolite nel Regno Unito, nonché nella larga maggioranza degli altri Stati membri. Evidenziando il carattere vivente della Convenzione e la necessità che la sua interpretazione rimanga in linea con le condizioni presenti, la Corte ha così condannato il Regno Unito per violazione dei suoi obblighi derivanti dall'art 3 CEDU. Nella sentenza, tuttavia, il raggiungimento di comuni standard in materia di punizioni corporali non trova riscontro in un'analisi comparativa sul diritto penale degli Stati membri.

Solo successivamente, la Corte ha iniziato ad ancorare l'interpretazione evolutiva ad un'analisi più stringente - sebbene non priva, come si vedrà di seguito, di elementi di discrezionalità - della situazione all'interno e all'esterno dello Stato rispondente. Nel caso

⁴⁰¹ Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, cit. § 31: "The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field."

⁴⁰² Art 3 CEDU: "Proibizione della tortura Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

Markx c. Belgio, deciso poco tempo dopo il caso *Tyrer c. Regno Unito*, ad esempio, la Corte ha fatto riferimento esplicito a due convenzioni internazionali ratificate successivamente alla CEDU⁴⁰³ per testimoniare il sorgere di un atteggiamento di disfavore nel Consiglio d'Europa nei confronti delle discriminazioni tra figli legittimi e figli naturali e, in tal modo, giustificare un'interpretazione evolutiva dell'art 8 CEDU, così condannando il Belgio il cui diritto successorio manteneva delle disparità per i figli nati fuori dal matrimonio.

A partire dal caso *Tyrer c. Regno Unito*, l'interpretazione evolutiva è stata adoperata dalla Corte, come noto, in un ampio numero di occasioni e con riferimento a diversi articoli della Convenzione, come si vedrà più nel dettaglio nel paragrafo successivo, analizzando la sua giurisprudenza. Può qua osservarsi che la Corte ha, in particolare, utilizzato simile approccio in due categorie di circostanze. Innanzitutto, nelle ipotesi in cui si è trovata a confrontarsi con questioni nuove, ovvero emerse, in ragione di sviluppi scientifici, economici, politici, sociali ecc., solo successivamente all'entrata in vigore della Convenzione. In secondo luogo, nei casi in cui ha potuto constatare l'emergere, non di nuove fattispecie, ma piuttosto di nuovi standard di tutela applicati a fattispecie già esistenti, spesso accostando in tale ipotesi all'approccio evolutivo, la ricerca di un *consensus* europeo. Attraverso l'interpretazione evolutiva, la Corte ha potuto, così, estendere o innalzare il livello di protezione di un diritto garantito dalla Convenzione a fattispecie non previste, o addirittura a fattispecie non prevedibili dai redattori della Convenzione, in entrambi i casi andando evidentemente al di là dell'intenzione storica di questi. Tali

⁴⁰³ Corte EDU, 13 Giugno 1979, *Markx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74 § 41: *"The Government concede that the law at issue may appear open to criticism but plead that the problem of reforming it arose only several years after the entry into force of the European Convention on Human Rights in respect of Belgium (14 June 1955), that is with the adoption of the Brussels Convention of 12 September 1962 on the Establishment of Maternal Affiliation of Natural Children (see paragraph 20 above). It is true that, at the time when the Convention of 4 November 1950 was drafted, it was regarded as permissible and normal in many European countries to draw a distinction in this area between the "illegitimate" and the "legitimate" family. However, the Court recalls that this Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (Tyrer judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, p. 15, para. 31). In the instant case, the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim "mater semper certa est".*

circostanze possono, peraltro, ricorrere simultaneamente. In tal caso l'interpretazione evolutiva è frutto dell'affermarsi nella prassi degli Stati membri successiva all'entrata in vigore della Convenzione al contempo di nuove situazioni di fatto e di nuovi livelli di protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione. La giurisprudenza in materia di art 4 CEDU⁴⁰⁴ e tratta di essere umani costituisce un esempio della prima categoria di circostanze. La Corte si è confrontata, in particolare, con la questione di stabilire se tale disposizione potesse applicarsi a tali forme nuove di schiavitù, nonostante il suo testo non vi si riferisca espressamente. Nel caso *Rantsev c. Russia e Cipro*⁴⁰⁵ ha, così, stabilito che tutti quei comportamenti che si concretizzano nella tratta degli esseri umani, indipendentemente dal fatto che presentino i presupposti per essere qualificati come forme di schiavitù, servitù o lavoro forzato e obbligatorio, costituiscono di per sé una violazione dell'art 4 CEDU, nonostante il significato ordinario delle parole utilizzate da tale disposizione non li includerebbe. Significativa nel ragionamento che ha condotto la Corte ad una interpretazione evolutiva dell'art 4 CEDU, in parziale riforma di quanto stabilito in precedenza⁴⁰⁶, è stata proprio la constatazione dell'inedito proliferare, in nuove forme ed in particolare quale fenomeno globale, della tratta di esseri umani oltre che, parallelamente, delle norme volte a contrastarlo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Art 4 CEDU: "Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato 1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. 2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio. 3. Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo: (a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale; (b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio; (c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità; (d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici".

⁴⁰⁵ Corte EDU, 07 Gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, § 272-282.

⁴⁰⁶ In Corte EDU, 26 Luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01, il primo caso in cui si era presentata la questione della possibile applicabilità dell'art 4 CEDU al fenomeno della tratta, la Corte aveva, infatti, stabilito che il trattamento subito dalla ricorrente, che era stata vittima di tratta, ricadesse nell'ambito della servitù e del lavoro forzato senza, tuttavia, qualificare la tratta in sé quale violazione dell'art 4 CEDU.

⁴⁰⁷ Sempre con riferimento all'art 4 CEDU, un altro esempio in cui la Corte ha adottato un approccio evolutivo nell'interpretazione della Convenzione in ragione degli sviluppi normativi in materia, è rappresentato da Corte EDU, 30 Marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, ricorso n. 21884/15. In tale ipotesi la Corte ha per la prima volta stabilito che lo sfruttamento di migranti irregolari - nello

La giurisprudenza in materia di riconoscimento giuridico dei transessuali può essere considerata, invece, esemplificativa delle ipotesi in cui la Corte procede a un'interpretazione evolutiva in ragione dell'affermarsi di più alti standard di tutela di un diritto convenzionale. Se in un primo momento la Corte aveva ritenuto che il rifiuto di modificare all'anagrafe il sesso dei transessuali post-operati non costituisse una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata ai sensi all'art 8 CEDU né del loro diritto al matrimonio ex art 12 CEDU⁴⁰⁸, il progressivo svilupparsi di una differente prassi in materia, ha condotto la Corte a mutare il proprio orientamento. Facendo riferimento a fattori di diversa natura – giuridica, ma anche scientifica e sociale - la Corte ha, infatti, potuto constatare l'affermarsi nell'ambito del Consiglio d'Europa di una esigenza di più forte tutela di tale categoria di soggetti e sulla base di questa ha modificato in senso evolutivo la sua interpretazione del testo convenzionale⁴⁰⁹.

Nonostante l'approccio evolutivo si sia progressivamente affermato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tanto da essere considerato distintivo del suo metodo interpretativo, continuano a rimanere aperte diverse questioni, attinenti a due distinti profili. Da un lato, alla astratta legittimità dell'interpretazione evolutiva nell'ambito dell'ordinamento internazionale, aspetto sul quale ci si soffermerà qua di seguito. Dall'altro, alla trasparenza e coerenza delle modalità concrete con cui la Corte impiega tale approccio nell'interpretazione della Convenzione, come si vedrà nel paragrafo successivo analizzando la sua giurisprudenza.

Per quanto concerne il primo profilo, viene innanzitutto in rilievo il rapporto tra l'interpretazione evolutiva e l'intenzione dei redattori. Come osservato, nella

specifico si trattava di migranti provenienti dal Bangladesh, costretti a lavorare in un'azienda agricola in condizioni fisiche critiche, senza salario e sotto la supervisione di guardie armate - costituisse lavoro forzato, oltre che traffico di esseri umani, ai sensi dell'art 4 CEDU, in considerazione degli sviluppi normativi in materia. Ha, così, condannato la Grecia per violazione dei suoi obblighi positivi discendenti da tale disposizione.

⁴⁰⁸ Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit.; *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, cit.

⁴⁰⁹ Corte EDU, *I c. Regno Unito*, cit.; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit.

giurisprudenza della Corte, l'approccio evolutivo si accompagna al rigetto di un approccio intenzionalista - per lo meno nella sua versione originalista, ovvero basata sull'intenzione originaria dei redattori: nell'interpretare in senso evolutivo una disposizione, la Corte non guarda al significato che ad essa avevano inteso attribuire gli Stati contraenti, ma al suo significato attuale. Secondo le perplessità espresse da taluni commentatori, tale approccio si risolverebbe, per tale ragione, in un'illegittima attività di creazione giudiziale del diritto. Attraverso l'interpretazione evolutiva, infatti, i giudici di Strasburgo farebbero discendere dalla Convenzione obblighi diversi e più ampi di quelli che gli Stati contraenti avevano inteso assumere al momento della sua redazione, così esercitando un'attività, non di interpretazione e applicazione della Convenzione, ma di creazione e modifica del diritto, affidata esclusivamente alla volontà degli Stati⁴¹⁰.

Sebbene tale posizione sia rimasta largamente minoritaria, continua ad essere ricorrente tra gli internazionalisti la preoccupazione di come ancorare l'interpretazione evolutiva alla volontà degli Stati contraenti. Una delle soluzioni proposte è di tenere distinte intenzione astratta e intenzione concreta dei redattori e di accordare preminenza alla prima. Nell'interpretazione di una disposizione, la Corte sarebbe, pertanto, chiamata a tenere in considerazione, non l'idea concreta che i redattori, nel 1950, avevano relativamente a quali situazioni fossero ricomprese nei diritti da loro sanciti nel testo della Convenzione (intenzione concreta o di dettaglio), ma la loro idea astratta di promuovere e salvaguardare una lista di diritti fondamentali in Europa, qualunque essi fossero (intenzione astratta o di principio)⁴¹¹. Tale soluzione, che si traduce sostanzialmente in un approccio intenzionalista, nella sua variante evolutiva, nell'interpretazione della Convenzione, per cui il significato da attribuire ad una disposizione dovrebbe essere il suo significato intenzionale, non storico, ma attuale, non manca di sollevare, tuttavia, talune perplessità. Può, innanzitutto, osservarsi che il significato intenzionale attuale non può essere attribuito ad una disposizione, se non

⁴¹⁰ Opinione separata giudice Fitzmaurice, *Golder c. Regno Unito*, cit., § 40.

⁴¹¹ Distinzione applicata al contesto CEDU da BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford University Press, 2014, pp. 61-63; LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, pp. 70-71.

facendo ricorso ad una finzione. Deve necessariamente farsi riferimento, infatti, all'intenzione che può ipotizzarsi avessero i redattori attraverso congetture del tipo "se avessero preso in esame la seguente fattispecie, come l'avrebbero disciplinata?", oppure "se avessero legiferato nelle condizioni presenti, cosa avrebbero disposto?"⁴¹². Può, in secondo luogo, rilevarsi che tale soluzione finisce per difettare di circolarità. Una volta distinto tra intenzione astratta e intenzione concreta dei redattori, la questione centrale rimane quella di stabilire a quale di esse dare rilevanza. Anche ammesso che l'intenzione espressa dei redattori (meta-intenzione) fosse proprio quella di autorizzare la corte ad accordare preferenza all'intenzione astratta piuttosto che concreta, così' adattando l'interpretazione della Convenzione ai mutamenti sociali, economici, giuridici - circostanza che, peraltro, non pare darsi - ci si può continuare a domandare perché attribuire rilievo alla meta-intenzione degli Stati contraenti, piuttosto che alla loro intenzione concreta o astratta. A tale domanda non può risponderci facendo riferimento all'intenzione dei redattori, pena una circolarità del ragionamento. In altre parole, la scelta di attribuire rilievo ad una intenzione piuttosto che ad un'altra, non può giustificarsi facendo riferimento alla sola intenzione degli Stati contraenti, ma necessita di ulteriori ragioni giustificative. Sembra qui, pertanto, doversi condividere l'idea che qualunque teoria dell'interpretazione della CEDU debba ad un certo punto fare a meno del riferimento all'intenzione degli Stati contraenti⁴¹³.

Altra questione che viene in rilievo, in parte connessa alla prima, è quella riguardante il rapporto tra l'approccio evolutivo, come sviluppato dallo Corte EDU, e le regole di interpretazione dei trattati internazionali, dettate dalla già menzionata Convenzione di Vienna. Si tratta, come noto, di una questione ampiamente dibattuta, che si inserisce nella più ampia problematica relativa alla frammentazione del diritto internazionale ed in particolare alla possibilità di riconoscere l'esistenza di un unico, ovvero di una pluralità di metodi di interpretazione a seconda della tipologia di trattato oggetto di interpretazione. Semplificando estremamente il dibattito, può osservarsi che una delle tesi sostenute al

⁴¹² GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp.440-441.

⁴¹³ LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 68-72.

riguardo è che l'interpretazione evolutiva non costituisca una tecnica interpretativa *sui generis*, ma più precisamente il risultato – uno dei possibili - dell'applicazione degli ordinari criteri di interpretazione dei trattati previsti dalla Convenzione di Vienna. Ciò sulla base del presupposto – e in ciò emerge il collegamento con la prima questione analizzata - che esista un unico metodo di interpretazione per tutti i tipi di trattati, quello codificato, appunto, dagli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna, volto a determinare l'intenzione delle parti, da intendersi in senso oggettivo o astratto⁴¹⁴.

Tale posizione sembra potersi accogliere nella misura in cui descrive l'interpretazione evolutiva, più che quale specifica tecnica argomentativa, quale approccio tendente a preferire un determinato risultato interpretativo, risultato che può giustificarsi facendo riferimento ai più vari tra i metodi elencati dalla Convenzione di Vienna, in linea con quanto si è già potuto osservare. Deve, tuttavia, osservarsi che, se è certamente vero che la Corte utilizza i criteri della Convenzione di Vienna come punto di partenza nell'interpretazione, anche in senso evolutivo, della Convenzione – come, peraltro, dalla stessa affermato - ciò non le impedisce di allontanarsi da questi, adottando un proprio, peculiare, approccio ermeneutico. L'esempio più evidente in tal senso è rappresentato dall'impiego della nozione di *consensus* europeo al fine di verificare l'affermarsi di un più alto standard di tutela di un diritto convenzionale in Europa e, conseguentemente, giustificare un'interpretazione evolutiva⁴¹⁵. Come si vedrà di seguito, la prassi cui la Corte guarda per decretare l'affermarsi di un *consensus* europeo non coincide con la prassi successiva degli Stati di cui alla Convenzione di Vienna. Né la Corte guarda solo alle regole rilevanti nei rapporti tra gli Stati contraenti. L'elaborazione di un metodo autonomo nell'interpretazione della Convenzione appare, peraltro, giustificata alla luce delle già evidenziate caratteristiche del sistema convenzionale, che lo rendono un sistema eccentrico nell'ambito del diritto internazionale. Tra queste, può farsi riferimento alla circostanza che la CEDU, a differenza degli ordinari trattati internazionali, non prevede obblighi reciproci

⁴¹⁴ BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, cit.

⁴¹⁵ DJEFFAL, *Static and evolutive interpretation. A functional Reconstruction*, Cambridge University Press, 2016, p. 334.

tra Stati, ma diritti che gli Stati si impegnano a riconoscere in capo ai propri cittadini. Si tratta, inoltre, di un testo che, al pari delle carte costituzionali, è stato adottato per durare a lungo nel tempo e, in ragione di questo, è ricco di termini e concetti vaghi e indeterminati, che possono assumere differenti significati in differenti contesti storici. Rileva, infine, anche la circostanza che il sistema si è dotato di una corte permanente, cui è istituzionalmente affidato il compito di interpretare e applicare la Convenzione. Tali caratteristiche al contempo favoriscono e legittimano lo sviluppo, da parte della Corte di Strasburgo, di un metodo interpretativo proprio, che tenga in considerazione l'evolversi delle circostanze e ponga in secondo piano l'intenzione originaria degli Stati contraenti⁴¹⁶.

⁴¹⁶ BERNHARDT, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, pp. 11-25.

3.2. *Overruling e interpretazione evolutiva nella giurisprudenza della Corte*

Come accennato, un ulteriore profilo controverso concerne il modo in cui la Corte fa concretamente uso del suo approccio evolutivo. Dalla sua giurisprudenza emerge, infatti, che non sempre sono adottati criteri chiari e coerenti per determinare l'affermarsi di esigenze di tutela nuove o più ampie ed eventualmente giustificare, sulla base di queste, l'*overruling* di un precedente. La Corte appare, in particolare, conferire un peso diverso ai medesimi fattori, senza, tuttavia, esplicitarne le ragioni.

In alcune ipotesi, in particolare, la Corte fa riferimento al *consensus* europeo, tenendo in considerazione, nell'interpretazione della Convenzione, la prassi degli Stati successiva alla sua adozione. In linea di principio, la convergenza di questa verso un più alto livello di tutela di un diritto garantito dalla Convenzione è considerata un argomento a favore di un'interpretazione evolutiva e, dunque, dell'*overruling* di un precedente. Di contro, il permanere di una diversità di pratiche tra gli Stati rileva contro un'interpretazione evolutiva del testo convenzionale. L'affermarsi o meno di un *consensus* su una determinata materia, è inoltre, frequentemente considerato quale argomento per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento accordato agli Stati. La prassi cui la Corte dà rilievo, tuttavia, è piuttosto variegata e non corrisponde, come accennato, ad un tacito accordo tra le parti circa l'interpretazione autentica della Convenzione, secondo il significato di cui all'art 31§3(b) della Convenzione di Vienna. Per valutare la presenza di un *consensus* e, conseguentemente, giustificare un'interpretazione evolutiva, infatti, la Corte non guarda solamente alla prassi degli Stati propriamente di applicazione della Convenzione, né si preoccupa di verificare che questa provenga da tutti gli Stati o sia comunque accettata da quelli che non vi partecipano⁴¹⁷. Né sono tenute in considerazione solo le norme di diritto internazionale applicabili nelle relazioni tra le parti. Ad essere presi in considerazione sono tutti quegli atti, non necessariamente adottati allo scopo precipuo di dare applicazione alla CEDU, dai quali

⁴¹⁷ STARITA, *Il diritto non scritto nel sistema della Corte europea dei diritti umani*, in PALCHETTI, *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, pp. 133-160.

può ricavarsi, in senso ampio, un'evoluzione negli standard di tutela di un diritto convenzionale. Può trattarsi, tanto della prassi interna allo Stato rispondente e agli altri Stati del Consiglio d'Europa, quanto della prassi esterna. Avendo statuito che l'interpretazione della Convenzione deve riflettere le idee prevalenti negli Stati democratici, la Corte ha attribuito rilievo, ad esempio, a convenzioni o trattati internazionali non ratificati dallo Stato rispondente o, comunque, ratificati solo da una minoranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁴¹⁸, oppure addirittura a sviluppi normativi, giurisprudenziali ecc. di Stati extra-europei. La Corte ha fatto anche riferimento, in alcuni casi, non solo alla prassi dello Stato inteso come stato-apparato o stato-governo, guardando alla sua attività amministrativa, legislativa o giudiziaria, ma anche a pratiche o trend sociali, più propriamente riferibili allo Stato inteso quale comunità o società. In tale ambito può collocarsi il riferimento, talora operato dalla Corte, agli sviluppi della comunità scientifica su una determinata materia⁴¹⁹. Inoltre, non è necessario, affinché il *consensus* possa dirsi raggiunto, che la pratica sia unanime, ma è sufficiente che questa sia anche solo accettata dalla maggioranza degli Stati contraenti. Ancora, mentre in alcune ipotesi la Corte richiede il consenso di una ampia maggioranza di Stati, in altri si accontenta di verificare il semplice emergere di un consenso nella maggioranza, anche non ampia, di questi⁴²⁰. Non essendo sempre coerenti i fattori cui la Corte attribuisce rilievo per ricostruire la nozione di *consensus*, risultano a loro volta ambigui i criteri che la Corte adotta per giustificare, alla luce del raggiunto *consensus* su una determinata materia, l'*overruling* di un precedente.

La giurisprudenza relativa all'art 12 della Convenzione⁴²¹, che garantisce il diritto di sposarsi e formare una famiglia, risulta emblematica al riguardo. In più occasioni, infatti, si

⁴¹⁸ Corte EDU, *Markx c. Belgio*, cit., § 41.

⁴¹⁹ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., § 40; *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, cit., § 56; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit. 81-83.

⁴²⁰ Corte EDU, *Christine Goodwin*, cit. Per tale ragione, si è osservato che la nozione di "*consensus europeo*" corrisponde ad un consenso in realtà a-consensuale, DJEFFAL, *Static and evolutive interpretation. A functional Reconstruction*, p. 336.

⁴²¹ Art 12 CEDU: "*Diritto al matrimonio A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto*".

è presentato alla Corte il problema di stabilire se procedere ad un'interpretazione evolutiva della disposizione, discostandosi da un precedente, problema che la Corte ha affrontato tenendo in considerazione l'affermarsi o meno di un *consensus* europeo. Ciò si è verificato, in particolare, relativamente all'interpretazione della nozione di matrimonio: attraverso una serie di decisioni concernenti alleggate violazioni degli articoli 12 e 8 della Convenzione – due disposizioni strettamente connesse – la Corte è passata dal riferirsi ad una concezione di matrimonio quale unione tra un uomo e una donna, all'accogliere una concezione più ampia, includente anche i transessuali post-operati e gli omosessuali. Per quanto riguarda i transessuali, nel primo caso in cui si è trovata ad esprimersi su una simile questione, *Rees c. Regno Unito*, la Corte ha ritenuto che il concetto di matrimonio si riferisse esclusivamente alla tradizionale unione tra persone di sesso biologico opposto. Ciò sulla base del significato ordinario delle parole utilizzate nel testo dell'art 12 CEDU, nonché del contesto di tale disposizione, da cui risultava che essa era volta a proteggere il matrimonio quale base della famiglia⁴²². Così, dopo avere escluso che il mancato riconoscimento giuridico dei transessuali, attraverso la modifica dei loro certificati di nascita, configurasse una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art 8 CEDU, ha ritenuto anche che la limitazione del diritto di matrimonio alle sole persone di sesso biologico diverso non ledesse l'art 12 CEDU. Tale conclusione è stata sostanzialmente ribadita nei successivi *Cossey c. Regno Unito* e *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*. A fianco al significato ordinario delle parole, la Corte ha fatto riferimento, tuttavia, nell'interpretazione della disposizione, alla prassi degli Stati successiva all'entrata in vigore della Convenzione. Nel caso *Cossey c. Regno Unito*, ha, in particolare, dato conto degli sviluppi normativi e scientifici nei Paesi membri del Consiglio d'Europa, al riguardo. Il permanere di "little common ground" in materia – solo una minoranza di Stati aveva dato riconoscimento giuridico alla riassegnazione di genere dei transessuali, e un numero ancora più esiguo al loro diritto al matrimonio – ha condotto la Corte a riconoscere un certo margine di apprezzamento degli Stati in materia,

⁴²² Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, § 49: "In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 (art. 12) is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family".

riaffermando così il proprio precedente⁴²³. Nei casi *Christine Goodwin c. Regno Unito e I c. Regno Unito*, la Corte ha, invece, proceduto ad interpretare in senso evolutiva gli artt 12 e 8 della Convenzione e a superare i propri precedenti, proprio in ragione dell'emergere tra i Paesi membri di un *consensus* in materia. Ha, in particolare, ritenuto che il concetto di matrimonio non potesse più riferirsi esclusivamente all'unione tra persone di sesso biologico opposto, non potendo il genere fondarsi su criteri puramente biologici. A fondamento di tale conclusione, la Corte ha fatto riferimento alla prassi successiva degli Stati e alle norme rilevanti in materia, dopo avere ritenuto non più concludente, nell'interpretazione della disposizione, il significato ordinario delle parole – ha osservato, infatti, che, se è vero che l'art 12 CEDU riconosce il diritto di sposarsi e di formare una famiglia, quest'ultimo aspetto non deve necessariamente considerarsi condizione nel primo⁴²⁴. È interessante notare come sia stato conferito rilievo, più che alla prassi legislativa, amministrativa o giurisprudenziale degli Stati membri, a fattori sociali e scientifici. Sebbene solo un numero ancora limitato di Stati avesse garantito ai transessuali il diritto di sposarsi con un partner dello stesso sesso biologico – un numero inferiore rispetto a quelli che avevano modificato le proprie legislazioni in modo da dare riconoscimento giuridico al mutamento di genere – l'accettazione da parte della comunità medico-scientifica del disordine di genere e, più in generale, l'ampia accettazione sociale del matrimonio dei transessuali, è stata dalla Corte considerata determinante per procedere ad un'interpretazione evolutiva e dunque all'*overruling* di un precedente⁴²⁵. Per quanto

⁴²³ Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., § 46 “Although some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss Cossey’s situation and a man, the developments which have occurred to date (see paragraph 40 above) cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage. In these circumstances, the Court does not consider that it is open to it to take a new approach to the interpretation of Article 12 (art. 12) on the point at issue. It finds, furthermore, that attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person’s sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to Marry”.

⁴²⁴ Corte EDU, *Christine Goodwin*, cit. § 98.

⁴²⁵ Corte EDU, *Christine Goodwin*, cit., § 100: “It is true that the first sentence refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria (as held by Ormrod J. in the case of *Corbett v. Corbett*, paragraph 21 above). There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by

riguarda, invece, il matrimonio tra persone omosessuali, la Corte ha proceduto ad una parziale evoluzione della sua interpretazione dell'art 12 CEDU nella sentenza sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*. La Corte ha, nello specifico, ritenuto che tale disposizione fosse applicabile alle ipotesi di mancato riconoscimento dei matrimoni *same-sex*. A fondamento di ciò ha fatto riferimento, tra l'altro, a quanto osservato nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* ed in particolare alla circostanza che, in ragione dei mutamenti sociali, scientifici e giuridici intervenuti successivamente all'entrata in vigore della Convenzione, l'art 12 CEDU non potesse più riferirsi esclusivamente all'unione tra persone di sesso biologico diverso. Ha, tuttavia, ritenuto che, sebbene applicabili, né l'art 12, né l'art 8 CEDU, potessero considerarsi violati nell'ipotesi in questione, non essendosi affermato tra gli Stati membri un *consensus* al riguardo, distinguendo il caso dal precedente *Christine Goodwin c. Regno Unito*. La Corte ha, infatti, osservato che solo 6 su 47 gli Stati avevano riconosciuto alle persone omosessuali il diritto di accedere al matrimonio e che, pertanto, dovesse riconoscersi in materia un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati⁴²⁶. Quanto osservato relativamente all'interpretazione dell'art 12 CEDU, è stato, peraltro, ribadito nel caso *Oliari e altri c. Italia*. Qui, tuttavia, la Corte ha proceduto ad un'interpretazione evolutiva dell'art 8 CEDU, ritenendo che, sebbene rientrasse nel margine di apprezzamento degli Stati la scelta di introdurre o meno i matrimoni *same-sex*, la totale assenza di un quadro giuridico che consentisse alle coppie omosessuali di far riconoscere e tutelare in qualche forma la loro relazione ai sensi del diritto interno costituisse una violazione da parte dello Stato del suo

developments in medicine and science in the field of transsexuality. The Court has found above, under Article 8 of the Convention, that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender. The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women (see paragraph 58 above)".

⁴²⁶ Corte EDU, *Shalk e Kopf c. Austria*, cit., § 58: "The Court is not persuaded by the applicants' argument. Although, as it noted in *Christine Goodwin* (cited above), the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage".

obbligo positivo di garantire il rispetto della vita privata e familiare di cui all'art 8 CEDU. Anche in tale ipotesi, a supporto dell'interpretazione evolutiva, la Corte ha fatto ricorso a parametri differenti. In parte, ha fatto riferimento a sviluppi giuridici - legislativi, giurisprudenziali o delle pratiche adottate - scientifici e sociali, all'interno dell'ordinamento dello stesso Stato rispondente. In parte, ha richiamato evoluzioni a livello internazionale, tanto all'interno che all'esterno del Consiglio d'Europa⁴²⁷. L'*overruling* del precedente è stato, così, connesso all'affermarsi di un *consensus* europeo tale da restringere l'ampiezza del margine di apprezzamento accordato agli Stati nell'attuazione degli obblighi positivi discendenti dall'art 8 CEDU.

In altri casi, invece, la Corte, al fine di valutare se procedere ad un'interpretazione evolutiva e quindi al superamento di un precedente, tiene in considerazione, non tanto lo svilupparsi di un *consensus* europeo, come sopra delineato, ma l'affermarsi di una vera e propria norma consuetudinaria internazionale. Guarda, infatti, alla prassi degli Stati, per verificare l'esistenza di un comportamento costante ed uniforme tenuto dalla generalità di questi, accompagnato dall'obbligatorietà e necessità del comportamento stesso. La prassi cui la corte dà rilievo, non è la prassi sociale, ma la prassi tenuta dagli organi statali, l'unica che ha rilievo nel valutare il formarsi di una consuetudine internazionale⁴²⁸. Può, ad esempio, farsi riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione e diritto di accesso al giudice. La Corte ha avuto occasione di affrontare un simile questione interpretativa nel caso *Jones e altri c. Regno Unito*. In tale circostanza ha dovuto, in particolare, stabilire se il riconoscimento dell'immunità

⁴²⁷ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., § 178: "Oltre a quanto sopra, ai fini dell'esame della Corte rileva anche il movimento a favore del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali che ha continuato a svilupparsi rapidamente in Europa dopo la sentenza della Corte nella causa *Schalk e Kopf*. Ad oggi un'esigua maggioranza di Stati del Consiglio d'Europa (ventiquattro su quarantasette, si veda il paragrafo 55 supra) ha già legiferato a favore di tale riconoscimento e della relativa tutela. La stessa rapida evoluzione può essere riscontrata a livello globale, con particolare riferimento ai paesi delle Americhe e dell'Australia (si vedano i paragrafi 65 e 135 supra). Le informazioni disponibili mostrano pertanto un continuo movimento internazionale a favore del riconoscimento giuridico, al quale la Corte non può che attribuire qualche importanza (si vedano, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, § 85, e *Vallianatos*, § 91, entrambe sopra citate)".

⁴²⁸ CONFORTI, *Diritto internazionale*, X Edizione, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 40 ss.

giurisdizionale di uno Stato straniero per atti commessi da propri funzionari comportasse una restrizione ingiustificata del diritto di accesso alla giustizia garantito dall'art 6§1 della Convenzione. Nello specifico, i ricorrenti, tutti cittadini britannici, lamentavano, di non avere potuto portare in giudizio davanti ai tribunali del Regno Unito, affinché fossero condannati al risarcimento dei danni loro procurati, funzionari dell'Arabia Saudita che si erano resi responsabili nei loro confronti di atti di tortura mentre si trovavano detenuti nelle prigioni di quel Paese. Si trattava, quindi, di accertare se la limitazione del diritto di accesso alla giustizia nel caso in questione perseguisse uno scopo legittimo e risultasse proporzionata nei mezzi rispetto allo scopo perseguito. I giudici di Strasburgo avevano già avuto modo di osservare che le misure statali che riflettono norme di diritto internazionale generalmente riconosciute in materia di immunità statale dalla giurisdizione perseguono l'interesse generale della comunità internazionale alla promozione di buone relazioni tra Stati sovrani⁴²⁹. Nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, dove si erano confrontati con una questione simile a quella sollevata dal caso *Jones e altri c. Regno Unito*, avevano, inoltre, ritenuto che lo Stato convenuto, nel riconoscere l'immunità giurisdizionale del Kuwait per atti compiuti da propri funzionari, non avesse limitato in maniera sproporzionata il diritto di accesso alla giustizia dei ricorrenti. Ciò, nonostante gli atti oggetto della domanda giudiziale presentata da questi consistessero in atti di tortura. A fondamento di tale decisione la Corte ha richiamato la necessità di interpretare l'art 6 CEDU alla luce delle norme di diritto internazionale generale rilevanti in materia – in applicazione di quanto previsto dall'art 31§3(c) della Convenzione di Vienna – ed in particolare alla luce delle norme in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione. Secondo l'opinione della Corte, a tali norme non faceva eccezione la circostanza che gli atti oggetto detta domanda consistessero in crimini internazionali⁴³⁰. Nel caso *Jones e altri c. Regno Unito*, la Corte ha

⁴²⁹ Ad esempio in Corte EDU, 21 Novembre, 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, ricorso n. 31112/97, § 34; 21 Novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, § 54.

⁴³⁰ Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, § 66: "The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United

dovuto valutare, pertanto, se seguire tale precedente, ovvero procedere ad un'interpretazione evolutiva dell'art 6§1 CEDU in ragione degli sviluppi normativi in materia, così discostandosene. Nell'effettuare tale valutazione, la Corte ha utilizzato come parametro, non l'affermarsi di un generico *consensus* tra gli Stati del Consiglio d'Europa, ricavabile dalla prassi della maggioranza di questi successiva al precedente *Al-Adsani c. Regno Unito*, ma il consolidarsi di una norma consuetudinaria internazionale. Guardando alle convenzioni internazionali e, soprattutto, alla giurisprudenza nazionale e internazionale rilevante in materia - che nel campo della formazione delle norme consuetudinarie in materia di immunità statali ha sempre giocato un ruolo decisivo⁴³¹ - ha così ritenuto che, nonostante l'emergere di un certo favore nel riconoscere un'eccezione alle regole in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione nei casi aventi oggetto crimini internazionali, non si fosse affermata una nuova norma consuetudinaria in tal senso. Confermando il precedente, non ha, pertanto, considerato il Regno Unito responsabile di avere violato l'art 6§1 della Convenzione⁴³².

Può dunque osservarsi come, in linea di principio, ancorare l'interpretazione evolutiva alla ricerca di un *consensus* europeo o di una norma consuetudinaria internazionale, permette ai giudici di Strasburgo di bilanciare tra due contrapposte

Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”.

⁴³¹ CONFORTI, *Diritto internazionale*, X Edizione, Editoriale Scientifica, 2015, p. 44.

⁴³² Corte EDU, 14 Gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 34356/06, 40528/06, § 213: “*Having regard to the foregoing, while there is in the Court's view some emerging support in favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials, the bulk of the authority is, as Lord Bingham put it in the 2006 House of Lords judgment, to the effect that the State's right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead. Taking the applicants' arguments at their strongest, there is evidence of recent debate surrounding the understanding of the definition of torture in the Convention against Torture; the interaction between State immunity and the rules on attribution in the Draft Articles on State Responsibility; and the scope of Article 14 of the Convention against Torture (see paragraphs 206-08 above). However, State practice on the question is in a state of flux, with evidence of both the grant and the refusal of immunity *ratione materiae* in such cases. At least two cases on the question are pending before national Supreme Courts: one in the United States and the other in Canada (see paragraphs 125 and 134 above). International opinion on the question may be said to be beginning to evolve, as demonstrated recently by the discussions around the work of the ILC in the criminal sphere. This work is ongoing and further developments can be expected”.*

esigenze. Da un lato, attraverso l'approccio evolutivo è possibile mantenere un certo grado di flessibilità nell'interpretazione della Convenzione al fine di offrire una tutela concreta ed effettiva ai diritti garantiti da questa. Dall'altro, il riferimento agli sviluppi normativi, sociali o scientifici ecc. in materia, è volto a garantire maggiore prevedibilità nella giurisprudenza europea, potendo gli Stati conoscere il probabile sviluppo di questa, alla luce dello sviluppo degli standard di tutela di un diritto⁴³³. Le considerazioni ora svolte permettono, tuttavia, di cogliere il margine di manovra di cui gode la Corte nell'interpretare in senso evolutivo la Convenzione e, conseguentemente, nel procedere ad un *overruling*. Se talvolta, infatti, sembra essere richiesto il consolidarsi di una nuova consuetudine internazionale, talaltra viene fatto riferimento al più malleabile concetto di "*consensus europeo*". Lo stesso concetto di *consensus europeo*, inoltre, non viene ricostruito facendo ricorso sempre ai medesimi criteri. La giurisprudenza della Corte in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione e il diritto di accesso al giudice *ex art 6 CEDU* e la giurisprudenza relativa alla definizione del concetto di matrimonio ai sensi dell'art 12 CEDU sopra esaminate suggeriscono tale conclusione. In entrambe le circostanze, la Corte si è trovata, infatti, a dovere valutare se si fosse affermato un più alto standard di tutela di un diritto convenzionale e se questo potesse giustificare una modifica del proprio orientamento interpretativo. I fattori cui la Corte ha conferito rilievo nel valutare l'opportunità di un *overruling*, sono stati, tuttavia, diversi.

⁴³³ DZEHTSIAROU, *European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 1730-1745.

Conclusioni

Preso atto della prassi frequente della Corte europea di riferirsi alle proprie decisioni anteriori, obiettivo della presente ricerca era di chiarire se si sia affermato un complesso di regole e principi che guidi tale prassi. Obiettivo era, in altri termini, di delineare una dottrina del precedente riferibile al contesto CEDU, chiarendo il modo in cui i precedenti sono utilizzati come modello per la risoluzione di controversie successive e la forza che è ad essi riconosciuta. L'analisi svolta consente di trarre al riguardo le seguenti riflessioni conclusive.

Può ritenersi, innanzitutto, che fattori di diversa natura abbiano favorito lo sviluppo, nel contesto convenzionale, di norme in una certa misura costanti circa il ruolo del precedente. Si tratta, per un verso, di fattori connessi alla struttura stessa del sistema convenzionale, per altro verso, di pratiche poste in essere dalla Corte nell'esercizio della propria competenza giurisdizionale. Quanto al primo profilo, rilevano, tra gli altri, i caratteri del testo convenzionale, le cui disposizioni sono per lo più formulate come principi e contengono nozioni particolarmente vaghe e indeterminate, che hanno favorito l'evolversi di un diritto prevalentemente giurisprudenziale. Rileva anche la presenza di un assetto "gerarchicamente ordinato" tra le differenti composizioni della Corte, nonché la circostanza che la stessa sia chiamata ad interpretare e applicare fondamentalmente un'unica fonte, fattori che garantiscono una certa omogeneità alla sua giurisprudenza. Quanto al secondo profilo, risulta significativa la prassi della Corte di Strasburgo con riferimento ai propri precedenti: la Corte, infatti, da un lato si premura di ribadire in via di principio che essa segue e applica i propri precedenti per esigenze di certezza giuridica e di ordinato sviluppo della propria giurisprudenza, dall'altro impiega modalità costanti, per quanto complesse, per conformarsi o allontanarsi dai precedenti.

Con riferimento al modo in cui i precedenti sono seguiti, si sono sviluppate nella giurisprudenza della Corte almeno tre modalità attraverso cui il precedente è utilizzato per guidare le decisioni successive, o, in altri termini, tre modelli di precedente. 1) In alcune ipotesi la Corte si riferisce al precedente per ricavarne la *ratio decidendi* ed applicarla al caso

successivo, in ragione della somiglianza tra i fatti del primo e del secondo caso. La *ratio* è intesa come la norma, necessaria per la risoluzione della questione di diritto controversa, che la Corte ha implicitamente o esplicitamente statuito e applicato ai fatti del caso anteriore e che, al contempo, si applica ai casi successivi simili. La struttura fondamentale del ragionamento è, in tale ipotesi, l'analisi dei fatti: se i fatti del caso successivo sono simili a quelli del caso precedente, ovvero ricadono nella sua *ratio*, anche un solo precedente è sufficiente a giustificare la decisione del caso successivo, anche se la circostanza che il precedente sia espressione di una giurisprudenza consolidata può conferire a questi maggiore peso nel contesto giustificativo. Tale forma di ragionamento è impiegata raramente e, sostanzialmente, nell'ipotesi di casi concernenti il medesimo Stato o Stati le cui legislazioni o prassi prese in considerazione dalla Corte siano pressoché identiche. 2) Più frequentemente la Corte utilizza il precedente come esempio illuminante, a partire dal quale costruire un ragionamento di tipo analogico. Anche se il precedente non è *in point*, ovvero la sua *ratio* non ricomprende i fatti del caso successivo, la somiglianza tra i fatti dei due casi giustifica l'adozione, nel caso successivo, delle medesime conclusioni accolte nella decisione precedente. La somiglianza che giustifica l'applicazione del precedente è data dalla circostanza che i medesimi principi giustificativi che hanno fondato la decisione precedente rilevano anche con riguardo al caso successivo. Anche in tale ipotesi il ragionamento è fondamentalmente basato sull'analisi dei fatti e il riferimento può essere tanto al singolo precedente, quanto alla giurisprudenza consolidata. Solitamente la Corte adopera tale modello affermando che sta esaminando un caso "alla luce" del precedente o che questo si applica "*mutatis mutandis*" al caso successivo, sebbene non manchino ipotesi in cui il riferimento *mutatis mutandis* non è espressione di un ragionamento fondato sull'analogia. 3) In numerose ipotesi, infine, la Corte si riferisce ai precedenti o, più frequentemente, alla giurisprudenza consolidata per ricavarne regole e principi che essa elabora nella sua attività di interpretazione astratta della Convenzione ed applicare questi al caso successivo in virtù della somiglianza, non tra i fatti di causa, ma tra le questioni di diritto astratte sollevate dai due casi. Il riferimento, in particolare, può concernere, tanto norme relative all'interpretazione di una specifica previsione convenzionale, quanto principi o tecniche

interpretative della Convenzione nel suo complesso, che la Corte usa elaborare attraverso statuizioni esplicite nella propria giurisprudenza. In tale ipotesi, dunque, non sono presi in considerazione i fatti del caso precedente, ma norme dotate di un grado di astrattezza tale da essere applicate automaticamente e senza particolari adattamenti al caso successivo.

Nel sistema convenzionale, inoltre, si sono affermate delle procedure specifiche e delle giustificazioni ricorrenti per allontanarsi dal precedente. Da un lato, il testo convenzionale e il regolamento interno della Corte prevedono che un *overruling* possa essere disposto solo dalla Grande Camera, dall'altro la Corte afferma costantemente che i propri precedenti possono essere superati solo in presenza di buone ragioni o ragioni cogenti. Si tratta di ragioni che la Corte, specie nella sua prassi più recente, si cura di rendere esplicite, sebbene non manchino ipotesi di *overruling* impliciti. Tra queste, particolare rilievo è attribuito alla necessità di adattare il diritto convenzionale all'affermarsi di nuove esigenze sociali o di più alti standard di tutela di un diritto. La Corte utilizza, così, la sua dottrina della Convenzione quale strumento vivente per procedere ad interpretare in senso evolutivo il testo convenzionale e conseguentemente a superare un precedente. Alla necessità di bilanciare tra le esigenze di certezza, coerenza uguaglianza e, soprattutto, prevedibilità garantite dal rispetto del precedente, e il carattere vivente della Convenzione, la Corte fa fronte ancorando l'interpretazione evolutiva all'affermarsi, talvolta di una nuova di una nuova norma consuetudinaria internazionale, talaltra di un *consensus* europeo. Non utilizzando sempre criteri chiari e coerenti per determinare l'affermarsi di un *consensus* europeo, né ragioni esplicite per attribuire rilievo a questo piuttosto che al consolidarsi di una consuetudine internazionale, non sempre è possibile, tuttavia, per gli Stati prevedere l'*overruling* di un precedente e in tal modo conformarsi ai loro obblighi.

Tali fattori inducono a ritenere che ai precedenti della Corte sia riconosciuta una forza di carattere giudico e non solamente di fatto. I precedenti, cioè, non esercitano solo una forza psicologica nel processo che conduce alla decisione, né vengono seguiti semplicemente come questione di regolarità statistica. La prassi costante della Corte, l'opinione degli Stati ricorrenti, e altri fattori hanno contribuito, invece, allo sviluppo di una serie di norme

giuridiche, prevalentemente di carattere non scritto, in materia di precedente. La forza esercitata dal precedente è, in particolare, di carattere autoritativo. Essi forniscono, cioè, ragioni per la decisione successiva cui è attribuita una forza che va al di là del loro merito e che si distinguono dalle ragioni sostanziali che hanno condotto in passato a raggiungere la decisione. Il fatto stesso che il precedente supporti una decisione costituisce, pertanto, una ragione sufficiente per adottare quella decisione. Una ragione che non si aggiunge a tutte le altre che è possibile prendere in considerazione, ma che “compete” con esse, in ragione della circostanza che il precedente fornisce un giudizio “tutto considerato”, ovvero basato su un bilanciamento di ragioni a favore e contro una data conclusione. La forza della decisione dipende, in altri termini, non dal suo contenuto, ma dalla sua provenienza autorevole. Tale forza si estrinseca in un onere di carattere argomentativo in capo alla Corte: questa è chiamata a dare conto, nella motivazione delle sue sentenze, dei precedenti rilevanti e a seguirli. Può discostarsi dai precedenti qualora sussistano giustificate ragioni, che è chiamata ad esplicitare – la forza del precedente essendo sia defettibile, che superabile. Che si tratti di un onere di carattere argomentativo, e non di una vincolatività in senso stretto, implica che la decisione della Corte che ometta di fare riferimento nella motivazione ad un precedente rilevante o di seguirlo senza esplicitarne le ragioni, non può considerarsi illegittima, ma, certamente, mal giustificata, specie se il precedente è particolarmente autorevole. Ciò significa che potrà essere soggetta a meccanismi solo indiretti di sanzione: da un lato, è possibile che venga superata da una decisione successiva della Grande Camera; dall’altro, è più probabile che venga ignorata dagli Stati contraenti – diversi, chiaramente, dallo Stato nei confronti del quale la decisione è pronunciata.

Più in generale tale considerazioni, oltre a confermare il carattere autonomo del sistema convenzionale, che giustifica un’analisi del precedente limitata, nell’ambito del diritto internazionale, al solo contesto di questa, mettono in discussione le modalità con cui i giudici interni, per lo meno nell’ordinamento italiano, si riferiscono ai precedenti della Corte europea. L’analisi svolta nel presente lavoro, in altre parole, pur essendosi concentrata sul valore interno dei precedenti della Corte europea – ovvero sul valore che questi hanno rispetto alla risoluzione di un caso successivo da parte della stessa Corte – può essere utile

anche per riconsiderare il valore esterno del precedente – ovvero il valore che questi rivestono rispetto alle decisioni dei giudici interni degli Stati membri del Consiglio d'Europa. In particolare, i criteri adottati dalla Corte costituzionale italiana per verificare la presenza di un precedente rilevante, non sembrano essere idonei a cogliere le peculiarità del sistema convenzionale e, in ogni caso, non coincidono con quelli adottati da parte della Corte europea⁴³⁴. Da un lato, procedere ad un confronto tra le questioni astratte sollevate dai casi, senza fare riferimento ai fatti di questi – secondo la modalità del raffronto tra “massime” giurisprudenziali - non sembra in linea con l'analisi caso per caso, spesso basata sul confronto tra i fatti di causa, svolta, nella maggior parte dei casi, dalla Corte europea. Dall'altro, dare rilievo, nella ricerca di un precedente rilevante, solo a determinate caratteristiche - come la circostanza che si sia in presenza di una giurisprudenza consolidata, o che la decisione provenga dalla Grande Camera – non sembra cogliere le caratteristiche peculiari del sistema convenzionale, che ha conferito rilievo a tali fattori, semmai, per considerare una decisione come particolarmente autorevole, senza escludere che anche una decisione singola proveniente da una Camera semplice possa costituire precedente.

⁴³⁴ In particolare, Corte Cost. italiana, sentenza n. 49/2015.

Bibliografia

AANRIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion Pratica* 1996/6, pp. 9-18

AANRIO, *Precedent in Finland*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 65-101

ACQUAVIVA, POCAR, *Stare decisis*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1683?rskey=1uSMtC&result=1&prd=EPIL>.

ALEC STONE SWEET, *On the Constitutionalization of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Faculty Scholarship Series, Paper 71*, 2009

ALEXANDER, *Constrained by precedent*, in *Southern California Law Review* 63 (1989), pp. 1-64

ALEXY, KIEL, DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 17-64

BALCERZAK, *The doctrine of precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *The polish yearbook of international law*, 27, 2004, pp. 131-145.

BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI, RUIZ MIGUEL, *Rationales for precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 481-501

BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSZY, *Commentario breve alla CEDU*, Cedam, 2012

BERNHARDT, *Evolutionary Treaty interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, pp. 11-25

BESSON, *The erga omnes effects of judgment of the ECtHR*, in BESSON, *Le Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Schultess, 2011 pp. 125-175

BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008

BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford University Press, 2014

BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003

BRONAUGH, *Persuasive precedent*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991 pp. 217-247

CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, Relazione presentata in occasione del Convegno "Diritti fondamentali e diritti sociali" organizzato nell'Università di Macerata il 22 e 23 novembre 2011

CHIASSONI, *Il fascino discreto della common law. Appunti sulla rilevanza dei precedenti giudiziari*, in BIANCHINI, VIARENGO, *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 93-124

CHIASSONI, *Il precedente giudiziale, tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e Diritto*, 2004, pp. 75-10

CHIASSONI, *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*, in BUSTAMANTE, PULIDO, *On the philosophy of precedent*, Franz Steiner Verlag, Stoccarda, 2012

COHEN JONATHAN, *Quelques considerations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruyellat, 1995, pp. 39-64

COHEN-JONATHAN, *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Edmond Pettiti*, 1998, pp. 165-196.

CONFORTI, *Diritto internazionale*, X Edizione, Editoriale Scientifica, 2015

CRAWFORD, *Brownlie's principle of public international law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

CROSS, HARRIS, *Precedent in English law*, 4 ed, Clarendon Press, Oxford, 1991

DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2010

DJEFFAL, *Static and evolutive interpretation. A functional Reconstruction*, Cambridge University Press, 2016

DRZEMCEWSKI, *Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg*, in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 243-34

DZEHTSIAROU, *European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 1730-1745.

EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions A. Pedone, 2005

FABRI, GRADONI, *La hiérarchisation des précédents*, in ALOUPI, KLEINER, *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*, Pedone, Parigi, pp. 191-211

FLAUSS, *La nouvelle procédure*, in WACHSMANN ET AL., *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 53-71

GARLICKI, *Judicial deliberation: the Strasbourg perspective*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of iughest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, Springer, 2009, pp. 389-399

GERARDS, FLEUREN, *Implemetation of the European Convention on Human Rights and of the judgment of the ECtHR in national case law*, Intersentia, Cambridge, 2014

GERARDS, *Judicial deliberation in the European Court of Human Rights*, in HULS, ADAMS, BAMHOFF, *The legitimacy of Highest Court's rulings – judicial deliberations and beyond*, Springer, 2009, pp. 407-437

GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006

GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011

HARRIS, O'BOYLE, WALBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014

JACOB, *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*, in *German Law Journal*, Vol. 12 No 05, pp. 1005-1032

LAMBERT ABDELGAWAD, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999

LAMBERT, *Discussion* in WACHSMANN ET AL, *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995,

LAMBRECHT, *The attitude of four Supreme Courts towards the European Court of Human Rights: Strasbourg has spoken...*, in BESSON, *Le juge en droit europeen et International*, Shultness, 2014, pp. 301-332

LAMOND, *Analogical reasoning in the common law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, N.3 (2014), pp. 567-588

LAMOND, *Do precedents create rules?*, in *Legal Theory* 11 (2005), pp. 1-26

LAMOND, *Persuasive authority in the law*, in *The Harvard review of philosophy*, vol XVII 2010, pp. 16-35

LAMOND, *Precedent*, in *Philosophy Compass* (2007) 2, pp. 699-711

LAMOND. *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.

LAUTERPACHT, *The development of international law by the International Court*, Londra, 1958

LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007

LEVENBOOK, *The meaning of a precedent*, in *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 185-240

LUCAS ABERNI, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008

MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon press, Oxford, 2003

MACCORMICK, SUMMERS, *Further general reflections and conclusion*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Darmouth, 1997

MACCORMICK, SUMMERS, *Introduction*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Darmouth, 1997

MACCORMICK, *Why cases have rationes and what these are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 155-182

MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate, Darmouth, 1997, pp. 503-530

MATSCHER *Il metodo di lavoro e lo stile delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in VENTURINI, BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Giuffrè, 2009, pp. 541-556

MATSCHER, *Method of interpretation of the Convention*, in MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD, *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 63-81

MATSCHER, *Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 270/1997, pp. 251-397

MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988

MELCHIOR, *Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Carl Heymans Verlag, 1989

MERRILS, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993

MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 179-201

OST, *The original canons of interpretation of the European Convention on human rights*, in DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 283-318

OVEY, WHITE, *Principle of interpretation* in OVEY, WHITE, *The European convention on Human Rights*, 4ed, Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 38-55

PAUWELYN, *Fragmentation of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406?rskey=y0XASA&result=1&prd=EPIL>.

PECZENICK, *The binding force of precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479.

PELLET, in ZIMMERMANN, TOMUSCHAT, OELLERS-FRAHM, *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2007

PERRY, *Judicial obligation, precedent and the common law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, n2, (1987), pp. 215-257

PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2004

POPOVIĆ, *The emergence of the European human rights law*, Eleven International publishing, 2011

PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale Scientifica, 1998

RAIMONDI, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*. in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WHILDABER ET AL, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000

SCHAUER, *Authority and authorities*, in *Virginia law review*, 94 2008, pp. 1931-1961

SCHAUER, *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1991

SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law review*, 39/1987, pp. 455-471

SCHLESINGER, *Comparative Law, 7 ed.*, Foundation Press, 2009

SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, Intersentia, 2011

SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1996

STARITA, *Il diritto non scritto nel sistema della Corte europea dei diritti umani*, in PALCHETTI, *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, pp. 133-160

SUDRE, *Droit europeen et international des droit de l'homme*, Press Universitaires de France, 2012

SUDRE, *Function publique et Convention europeenne des droit de l'homme. L'arret Vogt de la Cour europeenne des droit de l'homme ou l'art de l'illusionisme juridique*, in *Revue Trimestrelle des Droit de l'Homme*, 27/1996, pp. 404-4032

SUDRE, *La réforme du mécanisme de contole de la Cour européenne des droits de l'homme: le Protocole 11 addittional à la Convention*, in *Le semaine juridique*, 21/1995

SUMMERS, SVEIN, *Departures from precedent*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedents*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 519-530

SUNDBERG, *The European experience of Human Rights Proceedings: The Precedent Value of the European Court's Decisions*, in *Akron Law Review* 629, 1986, pp. 629-649

TARUFFO, *Institutional factors influencing precedents*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 437-460

TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion Pratica*, 6/1996, pp. 55-64

TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007

TROPER, GRZEGORCYK, *Precedent in France*, in MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting precedent. A comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 103-141

VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990

WACHSMANN, *La nouvelle structure*, in WACHSMANN ET AL, *Le Protocole n°11 a la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 9-29

WILDHABER, *A constitutional future for the European Court of Human Rights?* in *Human Rights Law Journal* 23 (2002), pp. 161-165

WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD, WILDHABER et al, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, melanges a la memoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1529-45

ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca. 19-20 Novembre 2009*, Giuffrè

ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991

Indice della giurisprudenza

22 Aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93

1 Luglio 1961, *Lawless c. Irlanda* (n°3), ricorso n. 332/57

9 Febbraio 1967, *Caso relativo a certi aspetti sull'uso delle lingue nell'educazione in Belgio*, ricorsi n.1474/62 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64

27 Giugno 1968, *Wehmhoff c. Germania*, ricorso n. 2122/64

17 Gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, ricorso n. 2689/65

19 Giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*, ricorsi n. 2832/66; 2835/66; 2899/66

16 Luglio 1971, *Ringelsen c. Austria*, ricorso n. 2614/65

21 Febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70

8 Giugno 1976, *Engel e altri c. Olanda*, ricorso n. 5100/71; 5101/71; 5102/72; 5354/72; 5370/72

18 Gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71

25 Aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n., 5856/72

28 Giugno 1978, *Konig c. Germania*, ricorso n. 6232/73

6 Settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, ricorso n. 5029/71

26 Aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74

13 Giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74

24 Ottobre 1979, *Winterwerp c. Olanda*, ricorso n. 6301/73

23 Giugno 1981, *Le Compte, van Leuven, De Meyere c. Belgio*, ricorsi n. 6878/75 e 7238/75

22 Ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76

26 Marzo 1982, *Adolf c. Austria*, ricorso n. 8269/79

21 Febbraio 1984, *Özturk c. Germania*, ricorso n.8544/79

23 Febbraio 1984, *Luberti c. Italia*, ricorso n. 9019/80

21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79

17 Ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81

21 Ottobre 1986, *Sanchez-Reisse c. Svizzera*, ricorso n. 9862/82

26 Ottobre 1988, *Norris. c. Irlanda*, ricorso n. 10581/8

7 Luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88

24 Aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, ricorso n. 11801/85

27 Settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84

30 Ottobre 1991, *Borgers c. Belgio*, ricorso n.12005/86

20 Settembre 1994, *Otto-Preminger-Institute c. Austria*, ricorso n. 13470/87

23 Settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, ricorso n. 15890/89

13 Luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsy c. Regno Unito*, ricorso n. 18139/91

26 Settembre 1995, *Vogt c. Germania*, ricorso n. 17851/91

31 Ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, ricorso n. 14556/89

22 Febbraio 1996, *Bulut c. Austria*, ricorso n. 17538/90

28 Novembre 1996, *Nsona c. Paesi Bassi*, ricorso n. 23366/94

1 Luglio 1997, *Pammel c. Germania*, ricorso n.17820/91

30 Luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorsi n. 22985/93 e 23390/94

29 Aprile 1999, *Chassagnou c. Francia*, ricorsi n. 25008/94, 28331/96, 28443/95

8 Dicembre 1999, *Pellegrin c. Francia*, ricorso n. 28541/95

31 Luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorso n. 39221/98 e 41963/98

26 Ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96

18 Gennaio 2001, *Beard c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94

21 Novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97

21 Novembre, 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, ricorso n. 31112/97

12 Dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio*, ricorso n. 52207/99

9 Aprile 2002, *Togcu c. Turchia*, ricorso n.27601/95

11 Luglio 2002, *I c. Regno Unito*, ricorso n. 25680/94

11 Luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95

13 Febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, ricorso n.41340/98

12 Marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99

24 Luglio 2003, *Karner c. Austria*, ricorso n. 40016/98

12 Febbraio 2004, *Perez c. Francia*, ricorso n. 47287/99

22 Giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/93

11 Gennaio 2005, *Tekin Yildiz c. Turchia*, ricorso n. 6951/01

21 Luglio 2005, *Lo Tufo c. Italia*, ricorso n. 64663/01

26 Luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01

6 Ottobre 2005, *Lukenda c. Slovenia*, ricorso n. 23032/02

10 Novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98

19 Giugno 2006, *Hutten-Czapska c. Polonia*, ricorso n. 35014/97

18 Ottobre 2006, *Uner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46419/99

15 Gennaio 2007, *Sisojeva e altri c. Lettonia*, ricorso n. 60654/00

30 Gennaio 2007, *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/03

19 Aprile 2007, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, ricorso n.63235/00

11 Settembre 2007, *L. c. Lituania*, ricorso n. 27527/03

8 Luglio 2008, *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/03

25 Settembre 2008, *Kripak c. Ucraina*, ricorso n. 6164/05

21 Ottobre 2008, *Guiso-Gallisay c. Italia*, ricorso n. 58858/00

30 Giugno 2009, *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna*, ricorsi n. 25803/04 e 25817/04

5 Ottobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ikanov c. Ucraina*, ricorso n. 40450/04

27 Ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03

7 Gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04

23 Marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, ricorso n. 4864/05

24 Giugno 2010, *Shalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04

20 Ottobre 2010, *Pellegrini c. Italia*, ricorso n. 30882/96

18 Marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n. 30814/06

22 Marzo 2012, *Konstantin Markin c. Russia*, ricorso n. 30078/06

14 Gennaio 2014, *Jones e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 34356/06, 40528/06

21 Luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11

30 Marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, ricorso n. 21884/15

12 Maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, ricorso n. 21980/04