

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



3/2020

# Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. (Parte III)

*Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante*

*European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent*

ALESSANDRO TESAURO

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Palermo  
alessandro.tesauro@unipa.it*

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE,  
PROPORZIONALITÀ

INTERPRETACIÓN LEGAL,  
PROPORCIONALIDAD

LEGAL INTERPRETATION,  
PROPORTIONALITY

## ABSTRACTS

Questo articolo è suddiviso in tre parti e si occupa delle interazioni complesse che si instaurano tra bilanciamenti di competenza della Corte edu e bilanciamenti di competenza della Corte costituzionale sul terreno dei conflitti tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dal sistema penale nazionale. La prima parte dell'articolo (n. 3/2019) si concentra su un primo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa del giudice sovranazionale, e cioè il bilanciamento ad hoc (o "caso per caso"); e arriva alla conclusione per cui, in questa prima famiglia di strategie decisionali, la Corte europea, rompendo la c.d. "connessione necessaria diritti/interessi", quel che in realtà fa è decidere casi concreti mediante gerarchie astratte che affermano il primato unilaterale del bene convenzionale sul bene giuridico protetto dal legislatore statale. Il che avviene senza alcuna predeterminazione di regole generali e astratte di bilanciamento pensate in rapporto al caso generico e avvalendosi della direttiva interpretativa del "peso sproporzionato". Nella seconda parte dell'articolo (n. 4/2019) si forniscono alcune esemplificazioni giurisprudenziali a dimostrazione dell'assunto, selezionandole tra quelle che più hanno occupato il dibattito penalistico nostrano sul tema. La terza parte dell'articolo si concentra infine sulle ipotesi in cui effettivamente la Corte europea formula standard generali e astratti di risoluzione del conflitto tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco mettendo però in luce il dato di fondo per cui di solito lo fa esclusivamente in base alle caratteristiche specifiche del caso da decidere; e si avvanza la tesi per cui, per produrre effetti vincolanti nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, il bilanciamento di matrice europea o deve mettere a disposizione ex ante regole di collisione create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità nel contesto di un'unica decisione o deve pervenire allo stesso risultato secondo la logica del precedente giudiziario, ossia in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità/differenza ripetuti nel tempo.

El presente artículo se divide en tres partes, y aborda las complejas interacciones entre el ejercicio de ponderación de la Corte Constitucional y la Corte Europea de Derechos humanos en relación a los conflictos de derechos convencionales e intereses constitucionalmente tutelados por el sistema nacional. La primera parte del artículo se concentra en el modelo de ponderación presente en la jurisprudencia supranacional, la ponderación ad hoc, concluyéndose que lo que en realidad efectúa la Corte Europea es decidir casos concretos mediante una jerarquía abstracta en favor del derecho convención por sobre el bien jurídico protegido por el legislador nacional, lo cual tiene lugar en ausencia de una regla general de ponderación. En la segunda parte del artículo se proporcionan aquellos ejemplos jurisprudenciales más relevantes a fin de demostrar lo precedentemente indicado. En la tercera parte del artículo se abordan las hipótesis en las cuales efectivamente la Corte general un estándar general y abstracto de resolución de conflictos entre los bienes convencionales y constitucionales, destacando sin embargo que usualmente lo hace exclusivamente en base a las características específicas del caso a decidir. El artículo plantea la tesis de que, para producir efectos vinculantes sobre la jurisprudencia nacional, la ponderación de matriz europea o debe establecer de manera previa reglas generales o crear un cuerpo jurisprudencial sólido conforme a la lógica del precedente.

This article is divided into three parts. The subject is the complex connections between the test balancing of the Italian Constitutional Court and that of the CEDU Court. Balancing between interests protected by European Convention and interests protected by national constitutional system. The “ad hoc balancing” is the first type of test balancing, according to the author, applied by CEDU Court to many judicial cases, which argues that the value protected by the European Convention is superior to the value protected by the national State. In the second part of the article, the author shows some judicial cases as examples of his argumentation. In the third part, the author analyzes the cases in which the European Court applies general standards for the resolution of conflicts of interests at stake, but only connected to specific cases decided, and argues that if the balancing should be binding, general rules of conflict ex ante available should be applied or there should be many precedents which create rules.

## SOMMARIO

1. Un secondo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte Edu. – 1.1. (segue). Una breve rassegna giurisprudenziale a scopo esemplificativo. – 2. Il bilanciamento definitorio “a base parziale” della Corte edu: insufficienze e possibili rimedi. – 3. Do Cases Make Bad Law? La Corte edu alle prese con l’“effetto-calamita” prodotto dal caso concreto. – 3.1 (segue). ...E con l’euristica della disponibilità. – 4. Cosa abbiamo da imparare dalla «teoria generale del precedente». – 4.1 (segue). Un piccolo intermezzo: precedente e analogia. – 4.2. (segue). Il nesso concettuale tra «funzione retrospettiva» e «funzione prospettica» del precedente vincolante e il ruolo centrale giocato dalle c.d. «categorie di assimilazione». – 5. Lo standard di bilanciamento europeo come *prius* o come *posterius*. – 6. Per un’accezione “pragmaticamente orientata” di «bilanciamento consolidato» in ambito europeo. – 7. Che fare di fronte al c.d. «consolidamento degli errori»?

## 1.

## Un secondo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte Edu.

Nelle due parti precedenti di questo lavoro abbiamo visto che, nella specifica costellazione di ipotesi in cui pare più propensa a utilizzare tecniche di decisione dei conflitti con caratteristiche grosso modo assimilabili a quelle comunemente attribuite al bilanciamento *ad hoc*, la Corte edu finisca di fatto per comportarsi come un giudice che svolge prevalentemente compiti di *rights adjudication* nel caso concreto e che, nel farlo, finisca con l’ispirare la sua azione giurisdizionale al principio della c.d. “priorità ai diritti”: la Corte sovranazionale, in questi casi, si astiene dal formulare *regole di preferenza condizionata* tra gli interessi in conflitto con funzioni di integrazione della legislazione statale coinvolta e, al loro posto, formula *valutazioni di non proporzionalità in concreto* compiute a vantaggio esclusivo del solo diritto convenzionale, per lo più presentate come valide per il caso individuale oggetto di decisione. Ci è sembrato che, in questo particolare sotto-gruppo di ipotesi, la Corte europea miri in definitiva a stabilire la prevalenza *incondizionata* del diritto a base convenzionale sull’interesse costituzionale antagonista (un *overwhelming balancing*, se la si vuole dire con Aleinikoff)<sup>1</sup>, senza che sia sempre chiaramente riconoscibile una propensione esplicita a creare intenzionalmente una nuova regola per una certa *classe di casi*.

Se ci si dovesse pertanto chiedere quale sia il «principio di ponderazione» applicato dalla Corte in questi casi, se ne dovrebbe concludere che, in questo tipo di decisioni, è verosimilmente all’opera un criterio di risoluzione dell’antinomia che, in uno dei più recenti lavori di meta-teoria descrittiva e analitica sul bilanciamento, è stato definito come «principio di ponderazione per superamento»<sup>2</sup>. Di questo principio - che non di rado ricorre alla metafora del *peso* come espediente retorico per tradurre in termini “oggettivizzanti” considerazioni etico-politiche sottostanti (insomma, nient’altro che una «riformulazione metaforica del principio assiologico»)<sup>3</sup> - esistono almeno due varianti, differenziabili tra loro a seconda di come si concepisce il modo di articolare il peso delle norme in competizione: una *particularista* e l’altra *universalista*.

Secondo la variante *particularista*, «il peso delle due norme viene misurato in relazione al caso individuale che si tratta di decidere *in sé considerato*: vale a dire, tenendo conto della sua peculiare e irripetibile unicità»<sup>4</sup>. Sicché la «proposizione ponderativa *particularista*» cui il giudice europeo farebbe ricorso in queste ipotesi per risolvere il conflitto assumerebbe il tenore di un’affermazione del tipo: “la norma (convenzionale) N1 pesa di più della norma (costituzionale) N2 in relazione al caso individuale”.

E’ però forse il caso di ribadire che le cose non sarebbero destinate a mutare sensibilmente quand’anche si dovesse riuscire a ricostruire all’interno del processo decisionale del giudice europeo la presenza, quanto meno implicita, di un ragionamento ponderativo (pur sempre “per superamento” ma) di carattere “universalista”. E cioè un ragionamento in base al quale la prevalenza secca degli interessi protetti da norme convenzionali sugli interessi rivali protetti da norme costituzionali sia stata affermata dalla Corte europea in relazione a un’intera classe di casi. E infatti, qualora si fosse davvero in condizione di rintracciare all’interno di tali deci-

<sup>1</sup> A. ALEINIKOFF 1987, 943 e ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è a P. CHIASSONI 2019, 168 e ss.

<sup>3</sup> P. CHIASSONI 2019, 168-169.

<sup>4</sup> P. CHIASSONI 2019, 173.

sioni una «proposizione ponderativa universalista» di questo tipo, il bilanciamento cesserebbe sicuramente di essere un bilanciamento *ad hoc*, ma la regola di soluzione del conflitto in esse contenuta di certo non assumerebbe, con questo, i tratti di un'autentica regola di bilanciamento - e cioè i tratti di una regola che stabilisce la prevalenza di un interesse su un altro *al ricorrere di certe circostanze* - bensì si tratterebbe piuttosto di una regola di giudizio tutta sbilanciata in modo unilaterale nel senso della prevalenza *categorica e incondizionata* del diritto convenzionale sul concorrente interesse nazionale.

Ma, come abbiamo già anticipato, questo modo di procedere convive con una solida tendenza di segno opposto<sup>5</sup>.

Nel quadro di un secondo modello ricostruttivo - anch'esso identificabile in base alle indagini di teoria generale sul bilanciamento e parimenti riscontrabile nella prassi applicativa del giudice europeo - non si assiste più alla tentazione di usare la leva del "peso sproporzionato" per risolvere casi individuali (o classi di casi individuali) sulla base di mere graduatorie precostituite in astratto, ma quel che si fa è tentare piuttosto di passare dall'autorità di cosa "giudicata" o "interpretata" all'autorità di cosa "bilanciata". Nel contesto di simili operazioni, infatti, è sempre possibile reperire (almeno sotto traccia) la presenza di una apposita regola di bilanciamento agganciata a determinate "condizioni di applicazione" a contenuto generalizzante deputate a funzionare come *ratio decidendi* del conflitto: la regola di giudizio impiegata dal giudice, questa volta, fa seriamente i conti con la già analizzata "connessione necessaria di diritti-interessi" (o, *a fortiori*, diritti-dritti) e tenta di affrontarla e risolverla tramite l'impiego di un "principio di ponderazione" che mira questa volta a realizzare una "mediazione conciliativa" tra gli interessi in contesa piuttosto che un "superamento imperialista" del bene convenzionale a tutte spese del bene costituzionale<sup>6</sup>. Un'operazione che, più di frequente, la Corte compie fermandosi sulla soglia del particolare *caso generico* di cui è specificamente tenuta a occuparsi; più raramente spingendosi fino ai piani alti della costruzione di veri e propri *casi paradigmatici*: il che solitamente accade quando la Corte, spostando l'asse del giudizio dal *caso* alla *legge*, mostra di optare per i meno frequenti (e politicamente più impegnativi) "bilanciamenti-pilota". (su cui v. *infra*, par. 5)<sup>7</sup>.

## 1.1. (segue). Una breve rassegna giurisprudenziale a scopo esemplificativo.

Senza potere entrare più direttamente nel merito delle singole questioni, e pur con tutta l'inevitabile dose di arbitrarietà che inevitabilmente contraddistingue la scelta di un campione giurisprudenziale esemplificativo (soprattutto all'interno di una produzione giurisprudenziale caotica, alluvionale e ad alto tasso di "entropia" come quella della Corte Edu) si possono, qui di seguito, sinteticamente passare in rassegna a scopo puramente illustrativo, come specifiche

<sup>5</sup> In questo senso cfr. V. VALENTINI 2015, 7, il quale segnala che «l'ermeneutica della Corte EDU, anche nella visione della Consulta, non è affatto case by case, individualizzata, "serva del caso concreto", ma può avere un respiro generalizzante: può contenere, cioè, massime con valenze generale e sotto-fattispecie ripetibili. In effetti, se quella strasburghese non fosse mai un'ermeneutica generalizzante, se, in altri termini, gli arresti della Corte EDU non trascendessero mai il singolo caso, allora il diritto «scrittovivente» CEDU non potrebbe neppure giustificare l'espunzione di regole (primarie) generali e astratte, appunto perché si occuperebbe solo del "sottostante" livello dei casi-fatto».

<sup>6</sup> Per la distinzione tra principio di ponderazione «per superamento» e «per riconciliazione» v. P. CHIASSONI 2019, 168: «En una formulación genérica, el principio de ponderación por reconciliación (PPR) suena más o menos así: si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, se debe preferir la solución que proporcione la mejor reconciliación entre las soluciones alternativas suponibles», e cioè «la soluzione che contempera i diritti, gli interessi, le esigenze concorrenti o in conflitto nel modo migliore possibile» (così sempre P. CHIASSONI 2018, 21).

<sup>7</sup> Un modello che, in entrambe le sue varianti sopra segnalate, si può supporre ricorra con frequenza maggiore quando a fronteggiarsi siano un diritto e un interesse da contemperare in base alle ampie e indeterminate clausole di bilanciamento espresse di cui agli artt. 8-11 Cedu, oppure quando il confronto corre tra due diritti entrambi con una base convenzionale. Sottolinea la prevalente polarizzazione del bilanciamento europeo sul contemperamento dei diritti convenzionali, con esclusione di diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella Cedu R. BIN 1994, 8: «La Corte EDU può compiere sempre dei bilanciamenti tra vari diritti riconosciuti dalla Convenzione. Del resto, sta nel concetto stesso di "applicazione" l'individuazione dei criteri di prevalenza di un diritto sull'altro nello specifico caso sottoposto al giudice: benché la Corte - come sempre ripete - affronti problemi di applicazione della carta dei diritti nel caso concreto, e non in astratto, potrà fissare il significato di una determinata norma convenzionale in relazione alla fattispecie esaminata solo dopo aver valutato come quella norma debba conciliarsi con le altre norme convenzionali, riconoscendo in astratto le condizioni alle quali un interesse prevalga sull'altro. Ma il bilanciamento che si svolge all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale non può essere ridotto agli spazi definiti dalla Corte europea. Perché nella Costituzione italiana, per esempio, vi sono diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella CEDU: il che è facilmente comprensibile se solo si tiene conto della diversa origine e funzione storica che caratterizzano le due carte. Ragione per cui le valutazioni della Corte EDU non possono sovrapporsi o sostituirsi alle valutazioni delle corti nazionali».

emersioni giurisprudenziali di questa diversa tecnica di argomentazione e decisione dei conflitti tra garanzie convenzionali e diritti o interessi nazionali, le sistemazioni cui è pervenuto il giudice europeo su versanti eterogenei che vanno dalla fecondazione eterologa alla tutela della reputazione, dall'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita ai trattamenti carcerari inumani e degradanti. Casi esemplificativi che si differenziano tra loro essenzialmente in base alle diverse modalità (a seconda dei casi *immediate* o *differite*) con cui la Corte edu, in stretta connessione con un più o meno accentuato spostamento del baricentro argomentativo delle sue pronunce dal *caso* alla *legge*, perviene (già *ex ante*, o soltanto *ex post*) alla stabilizzazione della regola di bilanciamento chiamata ad amministrare il conflitto tra i beni in gioco.

a) E così, sul versante della fecondazione eterologa, la Corte edu, nel risolvere il conflitto tra «il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo», diritto concepito come specifica emanazione del più ampio diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, e l'articolata gamma di possibili scopi di tutela assegnabili al divieto di ricorrere a donatori esterni alla coppia, dichiara priva di «giustificazione oggettiva e ragionevole», alla luce dell'art. 14 Cedu, la differenza di trattamento (penalistico) tra coppie che possono lecitamente fare uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita senza ricorrere a donatori esterni e coppie che, per realizzare il loro bisogno procreativo, debbono obbligatoriamente (e illecitamente) farvi ricorso<sup>8</sup>. La mancanza di una legittima *ratio distinguendi* tra le due tipologie casistiche messe a raffronto è un esito che presuppone a monte l'esplicito riconoscimento da parte del giudice sovranazionale che l'unico interesse astrattamente in grado di fornire copertura assiologica, giustificazione razionale e legittimazione convenzionale al divieto è l'interesse penalmente tutelabile ad evitare la «selezione dei nascituri». Ma - e questo è il punto - alla stregua del canone della *necessità* non è consentito, per perseguire il suddetto, circoscritto obiettivo, «usare un martello pneumatico per schiacciare una noce»: e da questa presa d'atto si fa derivare la conclusione per cui «un divieto *assoluto* delle tecniche in questione»<sup>9</sup>, cioè un divieto categorico e senza eccezioni «della donazione di ovuli o di sperma non può essere considerato il solo mezzo, o il meno intrusivo, per raggiungere lo scopo prefissato». Se la si osserva in controluce, però, la pronuncia del giudice europeo, consente, sia pure «sottotraccia», di rilevare un dato che conviene mettere nel dovuto risalto: e cioè la presenza implicita al suo interno di una regola di bilanciamento a contenuto generalizzante tra gli interessi in conflitto. Una regola che, per quanto non canonizzata espressamente, perviene in definitiva, attraverso l'aggiunta implicita di requisiti ulteriori che «complicano» i presupposti della punibilità, al risultato finale di scorporare (eccettuare, «dissociare») dallo spettro previsionale della fattispecie un caso generico: il caso generico (o 'sotto-fattispecie astratta') dei genitori affetti da infertilità (maschile) o sterilità (femminile). Il divieto indiscriminato di effettuare interventi procreazione assistita di tipo eterologo viene quindi, in sostanza, implicitamente considerato come convenzionalmente illegittimo 'nella parte in cui' continua a prevedere la punibilità del suddetto caso tipologico (o, a parti invertite, convenzionalmente legittimo 'a patto che' la escluda). Divieto che, per il resto, continuerebbe pertanto a restare in piedi per tutti gli altri casi di fecondazioni eterologhe realizzate da coppie fertili, in particolare quelli realizzati per scopi di selezione eugenetica (per es. di miglioramento estetico della progenie)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Corte Edu, sentenza 1 aprile 2010, S. H. c. Austria. Per un commento a prima lettura, v. C. CAMPIGLIO 2010, 624; v. anche A. DIURNI 2011, 409; U. SALANITRO 2010 981; E. DOLCINI 2011, 353.

<sup>9</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>10</sup> Il verdetto pronunciato dalla prima sezione è stato poi ribaltato dalla Grande camera: Corte EDU, Grande camera, sentenza 3 novembre 2011, S.H. c. Austria, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2011, con nota di L. BEDUSCHI, A. COLELLA. La Grande camera analizza la vicenda esclusivamente nella prospettiva della possibile violazione dell'art. 8 Cedu, per valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisca un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata *ex art. 8 § 2 Cedu* a carico diritto al rispetto della vita privata e familiare. Dato per assodato che la suddetta interferenza fosse provvista di una idonea base legale ma anche che essa perseguisse scopi legittimi di protezione della salute, della morale, e della libertà individuale, la Grande Camera concentra la sua attenzione sul requisito della «necessità in una società democratica» dei limiti legislativamente imposti al ricorso a tali tecniche. A tale riguardo, la Corte avrebbe dovuto esaminare la presenza di ragioni «rilevanti e sufficienti» per l'adozione di un simile divieto assoluto di fare ricorso a donatori esterni, per poi passare a valutare se l'interferenza a carico del diritto al rispetto della vita privata e familiare potesse considerarsi proporzionata, in termini di idoneità strumentale, al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dal legislatore austriaco. Al riguardo, la Grande Camera, pur ravvisando l'esistenza di una diffusa convergenza verso il riconoscimento della possibilità di ammettere la donazione di gameti ai fini della fecondazione *in vitro*, ha fatto ricorso al consueto appello al margine di apprezzamento attribuito in materia di procreazione medicalmente assistita agli Stati membri, rilevando come non sia di fatto ravvisabile a livello europeo un consolidato orientamento «aperturista» in grado di condizionare in misura sensibile le scelte discrezionali dei legislatori nazionali. Come spesso accade, si tratta anche qui di una strategia di «fuga dal bilanciamento» che consente al giudice europeo di non affrontare gli oneri argomentativi del giudizio di proporzionalità e aggirare di conseguenza la necessità di specificare se e a quali condizioni la limitazione del diritto si considera giustificata o irragionevole. In particolare,

Lo stesso tipo di ragionamento è stato poi replicato dalla giurisprudenza costituzionale nostrana tramite un espresso ricorso al «test di proporzionalità-ragionevolezza»: con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale è pervenuta al medesimo risultato stabilendo che il simmetrico divieto contenuto nella legge n. 40 del 2004 «nella sua assolutezza è il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento»; e, nel rivalutare il bilanciamento diviso in sede legislativa tra la «libertà fondamentale di diventare genitori e formare una famiglia» di cui agli artt. 2, 3, 29, e 31 Cost. e il diritto alla «salute psichica di coppia» di cui all'art. 32 Cost. da un lato, e il (piuttosto evanescente) diritto del nascituro «a essere tutelato contro il rischio psicologico correlato a una genitorialità non naturale e a conoscere la propria identità genetica» dall'altro, ha affermato che il divieto generalizzato di ricorrere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non liberalizza l'accesso a tali tecniche da parte di coppie cui «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili»<sup>11</sup>. Secondo la Corte, dunque, non sussistono «incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto. L'accoglimento delle questioni, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute».

Con riserva di tornare più diffusamente sul punto in termini generali più avanti, si potrebbe, però, già qui problematicamente osservare che, invece di limitarsi (come il giudice europeo) a individuare una sola tipologia casistica da sottrarre all'area dei comportamenti punibili, il giudice costituzionale nazionale, allentando la rigidità del vincolo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in conformità alle finalità intrinseche del sindacato sulla razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie denunciata, avrebbe potuto procedere, tramite l'identificazione di «casi paradigmatici» in grado di mostrare connessioni analogiche rilevanti col tipo di caso che ha dato impulso alla questione di costituzionalità, ad un arricchimento, in chiave di integrazione suppletiva, del novero di proprietà da inserire nella regola di bilanciamento: simili valutazioni comparative avrebbero, per esempio, potuto spingerlo, attraverso un'opportuna valorizzazione dell'esperienza applicativa di casi simili relativi a disposizioni contigue, ad allargare la liceità penale della fecondazione eterologa anche al caso affine delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Caso del quale si era, del resto, già occupata la stessa Corte europea nel 2012, decidendo l'affare *Costa-Pavan* contro Italia<sup>12</sup>.

b) Quest'ultima pronuncia costituisce, dal canto suo, un significativo banco di prova di come il bilanciamento europeo possa, già in origine, ospitare al suo interno regole di collisione che, presumibilmente in ragione della loro ritenuta esaustività, vengono poi riprodotte negli esatti termini nel contesto di successive pronunce conformi del giudice costituzionale aventi ad oggetto la stessa normativa denunciata a Strasburgo.

Anche qui la Corte europea, all'esito di un bilanciamento tra i diversi interessi messi in tensione dalla fattispecie interessata, condotto in base alla logica comparativa del *tertium* che sta alla base del divieto di discriminazioni irragionevoli di cui all'art. 14 Cedu, afferma che la persistente punibilità del ricorso a tecniche di fecondazione assistita, previa diagnosi pre-impianto, da parte di coppie di aspiranti genitori fertili ma affetti da malattie geneticamente trasmissibili è un caso tipologico che viola l'art. 8 Cedu in quanto l'interferenza legislativa nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare è da ritenere «sproporzionato», se messo a raffronto con la possibilità legale di ricorrere all'innegabilmente più traumatico aborto terapeutico.

Anche qui la decisione del giudice sovranazionale ospita al suo interno un bilanciamento definitorio che si incarica di fissare le condizioni *ulteriori* (l'essere appunto portatori di una grave patologia genetica ereditaria capace, secondo le evidenze scientifiche disponibili, di tra-

la Grande camera, pervenendo a conclusioni divergenti rispetto a quelle raggiunte dalla prima sezione, dà atto della possibilità di accedere in Austria alle tecniche di fecondazione omologa, nonché di recarsi all'estero per ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa, e conclude che il divieto di donazione di oociti e di spermatozoi previsti dalla legislazione austriaca si collocano all'interno del margine di apprezzamento concesso allo Stato austriaco, costituendo espressione di un bilanciamento non censurabile tra il diritto alla genitorialità e l'esigenza di garantire la certezza delle relazioni familiari (in particolare, di evitare il possibile conflitto tra madre «biologica» e madre «genetica» e il pregiudizio all'interesse dell'individuo a conoscere i propri genitori).

<sup>11</sup> Corte cost., sentenza 10 giugno 2014 n. 162, con nota di C. TRIPODINA 2014, 2593; G. SORRENTI, 2014; V. TIGANO 2014.

<sup>12</sup> Corte edu, sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan* c. Italia Per alcuni commenti a caldo, E. Malfatti 2012; C. NARDOCCI 2013; F. VARI 2013; C. TRIPODINA, 2013, 923 ss. Sul punto, nella dottrina penalistica v. A. VALLINI 2013.

smettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni) in presenza delle quali un diritto convenzionalmente garantito (il diritto dei genitori «di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori», visto in connessione con la tutela del diritto alla salute fisica e psichica della gestante, *sub specie* di «sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere ad aborto terapeutico») può prevalere sul fronte antagonista degli «scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e libertà altrui» che si addensano attorno alla concorrente tutela dell'embrione.

Di peculiare c'è che questo parrebbe essere uno di quei casi in cui la Corte edu, col formulare, quanto meno implicitamente, una regola di bilanciamento tra gli interessi in conflitto (con cui, in particolare, provvede ad allargare l'area dei soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di fecondazione artificiale e, correlativamente, a ridurre la platea dei possibili soggetti attivi del reato) parrebbe davvero riuscire a «saturare», presumibilmente grazie alle capacità «esemplarizzanti» possedute dal caso concreto, l'universo delle proprietà potenzialmente rilevanti da considerare nel quadro di vita interessato.

Una soluzione, quella adottata dal giudice europeo, non a caso, sostanzialmente condivisa, sia pure in base a tecniche di ragionamento e parametri costituzionali interni, in sede di successivo giudizio costituzionale di ragionevolezza-uguaglianza ex artt. 3 e 32 cost: la sostanza del ragionamento poi seguito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 96 del 2015, infatti, pur dichiarando assorbito ogni profilo di censura relativo alla violazione dell'art. 117 Cost., non fa che riprodurre, nella sostanza, i passaggi salienti della *Costa-Pavan*, e lo fa attraverso una sentenza additivo-manipolativa con cui giudica costituzionalmente illegittima, «in ragione dell'assolutezza della riferita esclusione» (ossia «dell'irragionevolezza dell'indiscriminato divieto») la normativa denunciata nella parte in cui appunto non esclude (non eccettua, non dissocia) dallo spettro delle condotte punibili il caso generico del «ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili»<sup>13</sup>.

c) Come avevamo anticipato, in altre occasioni, invece, la legge di collisione tra gli interessi in gioco emerge soltanto a *posteriori*, come la risultante finale di processi di accumulazione casistica guidati da giudizi di somiglianza/differenza ripetuti nel tempo.

E così, ad esempio, sul versante del divieto di trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 Cedu, usualmente impiegato, insieme al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, come parametro per valutare la legittimità convenzionale di una normativa come quella contenuta nell'art. 41 bis sul carcere duro per mafiosi e assimilati, ci si accorge che la stabilizzazione in ambito europeo dello *standard* di risoluzione dei conflitti tra i diritti e gli interessi in gioco mostra un andamento «incrementalista» che procede per aggiustamenti o riconferme progressivi.

In questo specifico ambito, la giurisprudenza pertinente di Strasburgo, si è mossa in una duplice direzione. Per un verso i giudici europei non hanno mai considerato il circuito differenziato di detenzione di cui all'art. 41 *bis* - complessivamente inteso, indipendentemente dalle sue concrete e, in larga parte, *non formalizzate* modalità di attuazione - in contrasto col divieto in questione: e ciò in base al rilievo per cui il suddetto regime speciale non realizza forme di isolamento sociale e sensoriale *assoluto* assimilabili alla c.d. *Bubble-like Atmosphere*, ma soltanto forme di isolamento *relativo*, compatibili col mantenimento di modalità, sia pure attenuate, di interazione comunicativa con familiari e detenuti.

Per altro verso, la giurisprudenza sovranazionale ha provveduto a costruire ed elaborare, in relazione ad un'eterogenea serie di casi generici, per lo più legislativamente non tipizzati, di trattamenti carcerari di rigore (dalle c.d. perquisizioni personali «integrali», quotidianamente effettuate in entrata e in uscita da ambienti sottoposti a sorveglianza continua secondo modalità invasive o umilianti<sup>14</sup> alla videosorveglianza costante della cella<sup>15</sup>, alla applicazione prolungata del regime speciale di detenzione nei confronti di soggetti in età avanzata e in condizioni di salute notevolmente compromesse<sup>16</sup>) un criterio di bilanciamento tra sicurezza e dignità che punta sul binomio *idoneità allo scopo di tutela della misura/necessità effettiva delle modalità*

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015 n. 96, in Diritto penale contemporaneo, 8 giugno 2015, con nota di F. VIGANÒ. Per un utile quadro d'insieme cfr. A. PATRONI GRIFFI 2015.

<sup>14</sup> Corte edu, sentenza 17 aprile 2012, Piechowicz c. Polonia.

<sup>15</sup> Sul punto, oltre alla sentenza citata alla nota precedente v., con più specifico riferimento ai detenuti al 41 bis, Corte edu, sentenza 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia e sentenza 1 settembre 2015, Paoletto c. Italia.

<sup>16</sup> Corte edu, sentenza 9 settembre 2009, Enea c. Italia e sentenza 1 dicembre 2009, Stolder c. Italia.



*attraverso cui si svolge*<sup>17</sup>: a dispetto del proclamato carattere “assoluto” del diritto in questione (che, per essere tale, si ritiene non possa subire affievolimenti «in considerazione della natura dell’infrazione rimproverata al ricorrente»)<sup>18</sup>, la regola di bilanciamento progressivamente messa a punto, e costantemente ribadita, dalla Corte come criterio per ammettere o escludere, in rapporto alle specifiche tipologie trattamentali di volta in volta pervenute al suo vaglio, la violazione dell’art. 3 Cedu, si basa sull’accertamento di un doppio requisito: per un verso si tratta di verificare la presenza di un effettivo *nesso di strumentalità funzionale* della misura con il perseguimento di esigenze di stampo investigativo-preventivo-repressivo collegate al contrasto delle organizzazioni criminali specie di stampo mafioso, nella prospettiva di una rottura dei legami con l’associazione di appartenenza; per altro verso, a questo primo riscontro relativo a considerazioni di “razionalità allo scopo” si dovrebbe affiancare un ulteriore riscontro aggiuntivo, questa volta relativo al *carattere di stretta necessità* della misura applicata, che deve pertanto dimostrarsi non ultronea, inutilmente vessatoria o gratuitamente umiliante: un canone, questo dell’“inevitabilità altrimenti”, della indispensabilità o non superfluità delle prescrizioni atte a garantire la «sicurezza esterna o interna» di cui alla lett. a) del comma 2 *quater*, che la Corte è solita esprimere attraverso la ricorrente sottolineatura per cui «la sofferenza o l’umiliazione provocate non devono in ogni caso andare al di là di quelle inevitabilmente associate a una certa forma di trattamento o di pena»<sup>19</sup>.

Quel che al riguardo vale la pena di segnalare è che la Corte europea, invece di farne oggetto di separato riscontro, si mostra spesso più propensa a trattare i due contrassegni in questione come aspetti complementari di una medesima vicenda, in un gioco di specchi in cui essi finiscono in larga parte per sovrapporsi e coincidere. E così ad esempio, di fronte all’allegazione del ricorrente nel caso *Paolello* di essere stato sottoposto a perquisizioni personali condotte secondo modalità particolarmente intrusive (che includevano «perquisizione personale completamente nudo, prima e dopo ogni colloquio, con il suo difensore, o con i suoi familiari»; «obbligo di eseguire, nudo, delle flessioni dinanzi agli agenti della polizia penitenziaria affinché questi ultimi potessero controllare se, durante il colloquio, avesse potuto nascondere eventuali oggetti nell’orifizio anale»; «ispezione delle piante dei piedi, della cavità orale e della cavità anale con l’uso di un rilevatore di metalli»), la Corte si è accontentata dell’«affermazione del Governo secondo la quale le perquisizioni personali sono state eseguite soltanto quando l’interessato è stato in contatto diretto e senza separazione o protezione, con delle persone venute dall’esterno del carcere» per concludere nel senso della legittimità convenzionale dei comportamenti denunciati al cospetto dell’art. 3 Cedu, in quanto «utili per garantire la sicurezza in un carcere - compresa quella del detenuto stesso -, difendere l’ordine o prevenire la commissione di reati»: e ciò sul presupposto dell’assenza di adeguati riscontri probatori sul “livello minimo di gravità” effettivamente raggiunto da tali trattamenti sulla sua persona, e a nulla rilevando le modalità particolarmente degradanti che ne hanno contraddistinto l’esecuzione.

Dal canto suo, l’andamento della giurisprudenza costituzionale nazionale in materia, pur seguendo binari autonomi, mostra significative convergenze e involontarie assonanze con l’assetto complessivamente raggiunto dalla giurisprudenza sovranazionale, sebbene dimostrando una maggiore attenzione nel tenere ben distinto il piano dei bisogni preventivi da quello dei trattamenti comunque contrari al senso di umanità di cui all’art. 27, terzo comma, Cost.

In particolare, lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale sul 41 *bis* si articola lungo due diverse direttrici di fondo: secondo una prima linea di intervento, la Corte costituzionale (a differenza della Corte edu, che si concentra su casi concreti legislativamente non predeterminati di maltrattamento candidabili a forme *strandard* di comportamento contrario all’art. 3 Cedu) punta l’obiettivo su specifici casi generici *legislativamente tipizzati* di sospensione delle regole ordinarie di trattamento penitenziario, che giudica costituzionalmente illegittimi essenzialmente in base a considerazioni di idoneità-proporzionalità-ragionevolezza.

E’ il caso della sentenza n. 143 del 2013 relativa alle restrizioni quantitative al diritto dei detenuti al 41 *bis* a intrattenere colloqui con i difensori di cui alla lett. b) del comma 2 *quater*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Per un resoconto esauriente del percorso evolutivo della giurisprudenza di Strasburgo in materia v. A. DELLA BELLA 2016, 309 e ss.

<sup>18</sup> *Paolello c. Italia*, cit. Sul punto G. PUMA 2016, 243, secondo cui «Anche nel caso *Paolello c. Italia* si conferma come la giurisprudenza della Corte - a fronte della rituale enunciazione di principio in ordine al carattere *assoluto* del divieto di cui all’art. 3 Cedu - , sia ormai ‘assestata’ su una forma di *bilanciamento*, da operarsi anche tramite il criterio di proporzionalità, tra il bene giuridico tutelato dalla norma e *interessi*, a vario titolo e in varia misura, concorrenti e suscettibili di incidere sulla *qualificazione* di una data fattispecie alla stregua di trattamento inumano o degradante».

<sup>19</sup> Così, riproducendo una ricorrente formulazione *standard*, *Paolello c. Italia*, cit.

<sup>20</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2013, con nota di V. MANES e V. NAPOLEONI

; e della sentenza n. 186 del 2018 sull'assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi di cui alla lett. f)<sup>21</sup>.

In entrambe le occasioni, lo schema di ragionamento seguito dalla Corte è grosso modo il medesimo: se il tipo di trattamento "speciale" selezionato in sede legislativa si dovesse rivelare, in base a giudizi di normalità suffragati dall'esperienza, oggettivamente inidoneo al perseguimento degli scopi di tutela presi di mira, e cioè a garantire un'efficace salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini da eventuali rischi di collegamenti del detenuto con l'associazione criminale di riferimento, ciò significa che il sacrificio legislativamente imposto all'interesse concorrente si dimostra *inutile* e, quindi, sproporzionato, sicché la norma che lo prevede la si può considerare irragionevole.

In particolare, l'impianto motivazionale della sentenza in questione si divide tra considerazioni legate al piano dell'intangibilità o incomprimibilità del nucleo *minimo* del diritto di difesa, visto come limite strutturale invalicabile alle operazioni di bilanciamento; e considerazioni più direttamente legate al piano della ragionevolezza delle restrizioni legislative al diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette al 41 *bis*.

Sotto il primo profilo, la Corte osserva che il bilanciamento legislativo, per come è stato concepito dal decisore politico, finisce col compromettere «l'effettività» e, dunque, con l'intaccare il «nucleo essenziale» del diritto di difesa, violando così la garanzia costituzionale della sua inviolabilità: il senso ultimo dell'inviolabilità di un diritto fondamentale, infatti, si racchiude tutto nella sua «dimensione *difensiva*», la quale «si riferisce in primo luogo al "grado minimo" di quel diritto, che deve comunque essere assicurato anche se quel diritto è uscito "soccumbente" da un bilanciamento con altri diritti o principi», pena la perdita di identità o di riconoscibilità di quel diritto<sup>22</sup>. Da queste premesse teoriche la Corte ne conclude che «nella specie, il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca l'anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive», considerata tra l'altro l'usuale complessità e numerosità dei processi di mafia.

Sotto il secondo profilo, la Corte, dopo avere contestato, quanto meno nella sua pretesa assolutezza, la plausibilità empirico-criminologica della massima di esperienza alla base della supposizione legislativa secondo cui i difensori - peraltro tenuti all'osservanza di codici deontologici e connesse sanzioni disciplinari - «possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni», fa coerente uso dei passaggi classici del *test* di proporzionalità per escludere il nesso di congruità funzionale tra strumenti legislativi e obiettivi di tutela presi di mira e, con esso, la ragionevolezza del bilanciamento condensato nella previsione normativa. E, sulla base di un simile giudizio di inidoneità dei mezzi rispetto agli scopi, conclude che il sacrificio imposto al diritto concorrente non può che valutarsi come razionalmente ingiustificato e va, di conseguenza, giudicato come sproporzionato: è infatti considerato «dirimente il rilievo che, quando pure l'eventualità temuta si materializzi, le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti. Posto, infatti, che i colloqui con i difensori - diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone - restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno». Dalla constatata inidoneità della normativa sospetta se ne fa pertanto discendere l'esclusione del c.d. nesso di "proporzionalità in senso stretto" tra sacrifici e benefici, dato che «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango».

Gli stessi moduli argomentativi vengono utilizzati dalla Corte con la sentenza n. 186 del 2018 per giudicare come «privo di ragionevole giustificazione» il divieto di cottura dei cibi previsto in via generale e astratta dal legislatore a carico dei detenuti in regime differenziato. Valutato alla luce della sua presumibile *ratio* giustificativa, nella specie consistente nell'intento

2013.

<sup>21</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 186 del 2018, in *Diritto penale contemporaneo* 26 ottobre 2018, con nota di G. Alberto.

<sup>22</sup> Così G. PINO, 2017, 161, il quale, con una notazione che ben si adatta al senso ultimo del ragionamento fatto dalla Corte, osserva che se la limitazione del diritto si spinge fino al nucleo, allora si crea una situazione di "impedimento": si rende cioè impossibile esercitare il, o godere del, diritto stesso».

legislativo di evitare che la spendita di potere e prestigio criminale all'interno del carcere derivanti dalla messa a disposizione di altri detenuti di generi alimentari di lusso possano funzionare come mezzi per «aggregare un consenso traducibile in termini di potenzialità offensive criminali», il divieto in questione non è stato giudicato capace di reggere alla verifica di idoneità, considerato che analoghi effetti deriverebbero dalla disponibilità di cibi da consumare crudi (ostriche e champagne, per intenderci), che il c.d. gruppo di socialità con cui il detenuto può interagire è assai ristretto e che la stessa acquisizione a monte di generi alimentari pregiati al «sopravvito» soggiace, già in ingresso, a stringenti limitazioni qualitative e quantitative. La conclusione che se ne trae anche qui è che «in quanto incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente affittiva», e cioè come «una discriminazione negativa non altrimenti giustificata».

Quel che va messo opportunamente in evidenza, come punto di possibile discontinuità con la giurisprudenza di Strasburgo, è che se, come nei casi esaminati dalle sentenze costituzionali sopra richiamate, un trattamento valutabile - in base a considerazioni di «razionalità strumentale» - come inidoneo al conseguimento di reali obbiettivi prevenzionali è anche, giocoforza, da considerare come gratuitamente affittivo, come ingiustificatamente punitivo-dimostrativo, è anche vero che un determinato trattamento, pur se valutabile come utile a questi scopi, può nondimeno continuare a risultare caratterizzato - questa volta in base a considerazioni di «razionalità assiologica» - da un carico di sofferenza e umiliazione tale da iscriverlo pur sempre nel catalogo dei trattamenti inumani o degradanti.

Di questo sembra essere, del resto, ben consapevole la sentenza n. 351 del 1996, espressiva della diversa modalità di intervento sul regime speciale di detenzione del 41 *bis* cui si faceva cenno prima<sup>23</sup>: una modalità di intervento che non si concentra più, a differenza delle due pronunce ora passate in rassegna, su specifiche tipologie legislativamente prefissate di trattamenti «derogatori», con l'obbiettivo di dichiararle costituzionalmente illegittime, ma che semmai si appunta sulle coordinate di fondo del sistema differenziato, con l'obbiettivo di renderle costituzionalmente conformi.

In particolare, la sentenza in questione, sul presupposto per cui «la norma non si limita a prevedere la sottoposizione ad un regime già interamente predeterminato dalla legge (nel qual caso l'unico controllo giurisdizionale possibile -- a parte eventuali contrasti fra la stessa legge e la Costituzione -- potrebbe vertere sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento), ma affida un assai ampio spazio di scelta all'amministrazione riguardo al concreto atteggiarsi del regime derogatorio», si occupa del controllo giurisdizionale sul contenuto dispositivo di quelle misure atipiche discrezionalmente individuate dall'amministrazione penitenziaria nel contesto di una disposizione che sembra contenere al suo interno un'implicita «delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione», chiamati a stabilire caso per caso il punto di equilibrio tra «sicurezza interna ed esterna» e dignità-rieducazione. Questa volta si tratta di una «interpretativa di rigetto» con cui la Corte giudica costituzionalmente legittimo l'art. 41 *bis* comma 2, lett. a) *a patto che* venga osservato un duplice «limite interno»: non solo «non possono disporsi misure palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza che motivano il provvedimento», se non si vuole dare corso ad «ingiustificate deroghe con una portata puramente affittiva»; ma costituiscono altresì un ulteriore «limite all'esercizio del potere ministeriale il divieto di disporre trattamenti contrari al senso di umanità e l'obbligo di «dar conto dei motivi di un'eventuale deroga del trattamento rispetto alle finalità rieducative della pena»». Nell'impostazione della Corte costituzionale, dunque, a differenza di quanto è frequentemente dato riscontrare nell'ambito della giurisprudenza europea sul punto, sembrerebbe trattarsi di due requisiti non sovrapponibili ma che debbono essere entrambi congiuntamente presenti e che, quindi, possono anche divergere tra loro.<sup>24</sup>

d) Anche quello dei rapporti tra libertà di espressione e tutela dell'onore lo si può considerare un altro di quei settori in cui le regole di bilanciamento di provenienza europea si presentano il più delle volte come regole «a formazione progressiva» che non si insediano per intero in un unico «precedente-sentenza» (non vengono, cioè, create *ex abrupto* nel contesto di un'unica, isolata pronuncia del giudice convenzionale) ma sono piuttosto il saldo finale di una

<sup>23</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 351 del 1996, in «Il Foro italiano» 1997, I, 2785 su cui cfr. le osservazioni di A. MARTUFI 2019, 261 e ss.

<sup>24</sup> Per una sottolineatura del ruolo autonomo da affidare a una verifica di proporzionalità in senso stretto, in aggiunta a una verifica di congruità strumentale della misura trattamentale disposta, con l'obbiettivo di evitare «un sacrificio eccessivo imposto ai diritti della persona» v. Adriano

catena narrativa, più o meno lunga, di stratificazioni giurisprudenziali che genera senso nella misura in cui si svolge. E così, ad esempio, nel sotto-insieme dei conflitti tra cronaca giudiziaria e diritti della personalità, la Corte europea ha condensato gli esiti della sua evoluzione giurisprudenziale in una “sentenza-capolinea” il cui interesse sta proprio nell’aver formalizzato in maniera esplicita e dettagliata un “decalogo” contenente i criteri di bilanciamento accumulatisi in precedenti occasioni decisorie<sup>25</sup>: «essi sono: a) il contributo del messaggio a un dibattito di interesse pubblico; b) la notorietà della persona e il tipo di attività oggetto della pubblicazione, c) il comportamento tenuto in precedenza dal soggetto e il grado di conoscenza della notizia; d) i metodi seguiti per il conseguimento dell’informazione e la sua veridicità; e) contenuto forma e conseguenze della pubblicazione; f) gravità delle sanzioni irrogate»<sup>26</sup>. E, del resto, quel che tipicamente accade nel più generale ambito dei rapporti tra libertà di espressione e reputazione individuale è che la giurisprudenza europea procede per risistemazioni progressive all’adattamento della regola di bilanciamento da applicare in dipendenza delle specifiche caratteristiche possedute dal caso generico volta per volta in discussione, sicché i tre classici parametri della verità, pertinenza e continenza solitamente subiscono trasformazioni qualitative e rimaneggiamenti quantitativi attraverso revisioni attuate con la tecnica del *distinguishing*: a seconda del diverso settore di attività coinvolto, la giurisprudenza europea compie, cioè, distinti sotto-bilanciamenti definitori che si concludono con la formulazione di specifiche leggi di collisione differenziate per campo di materia e destinate a consolidarsi in successive repliche dello stesso schema di decisione. E così, sul confinante terreno della critica giudiziaria, e assumendo come punto di riferimento tra i tanti la sentenza Belpietro c. Italia del 24 settembre 2013, la Corte, ribadita la centralità del ruolo centrale che nello sviluppo di una società democratica riveste una libera stampa, titolare del diritto-dovere di informare la pubblica opinione su tutte le questioni di interesse generale (comprese quelle relative all’amministrazione della giustizia), sottolinea che, per disimpegnare efficacemente il proprio indispensabile ruolo di «cane da guardia» della democrazia, le agenzie di informazione possono ricorrere a toni e stili di ragionamento volutamente esagerati e provocatori. D’altra parte, secondo la Corte, se è vero che i funzionari pubblici, inclusi i magistrati, sono esposti a rilievi critici sul loro operato in misura più accentuata rispetto a quella considerata ammissibile per i comuni cittadini, anche se entro limiti più ristretti di quelli valevoli per gli esponenti politici (per parte loro esposti al controllo della pubblica opinione non soltanto per quanto concerne l’esercizio delle loro funzioni ma, più in generale, anche per i propri comportamenti), è vero anche che le corti hanno bisogno «della fiducia dei cittadini per funzionare adeguatamente», e debbono pertanto essere protette da indebite ingerenze o attacchi «*destituiti d’un serio fondamento*». Sicché, nella valutazione del requisito della «necessità in una società democratica» di cui all’art. 10, secondo comma, Cedu, la regola che se ne ricava è che il diritto del giornalista è tutelato a condizione che egli agisca «in buona fede, sulla base di fatti correttamente riportati, e fornisca informazioni “affidabili e precise” nel rispetto dell’etica giornalistica»<sup>27</sup>.

e) In altre costellazioni casistiche, infine, il percorso evolutivo della giurisprudenza europea manca l’obiettivo di una progressiva messa a fuoco di criteri *sostanziali* di bilanciamento - e quindi si sottrae al compito di precisare, nelle sue diverse tappe di sviluppo, quali casi tipologici violino la garanzia convenzionale e quali no - ma si limita soltanto a “dichiarare” l’esistenza del diritto in chiave di generali enunciazioni di principio, preoccupandosi di specificare, tutt’al più, le condizioni *procedurali* per il suo esercizio: con il risultato finale di affidare, in chiave suppletiva, a giudici e legislatori nazionali il compito di stabilire in dettaglio quali tipologie casistiche sottrarre a pena

È ad esempio il caso della tetralogia *Pretty-Haas-Koch-Gross* in tema di suicidio assistito<sup>28</sup>. Con la sentenza “capofila” *Pretty c. Regno Unito* i giudici europei si erano cautamente

Martufi, cit., 264.

<sup>25</sup> Corte Edu, sentenza 7 febbraio 2012, Von Hannover c. Germania, decalogo poi replicato negli stessi termini nella più recente sentenza 20 settembre 2016, Van Beukering e Heet Parool B. V. c. Paesi Bassi.

<sup>26</sup> G. RESTA 2012, 178.

<sup>27</sup> Sul punto, v. Corte edu sentenza 21 gennaio 1999 (Grande Camera), *Fressoz e Roire c. Francia*, e sent. 26 aprile 1995, *Prager e Oberschlick c. Austria*.

<sup>28</sup> Corte edu, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, in Foro it 2003, IV, 67 e ss, con nota di Benedetta Barbisan; Corte edu, sentenza 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, in Diritto penale contemporaneo 4 aprile 2011, con nota di Angela Colella; a commento della stessa sentenza v. anche D. BUTTURINI 2011; Corte edu, sentenza 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, in Diritto penale contemporaneo 19 febbraio 2013, con nota di Carlo Parodi, Corte Edu, sentenza 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, in Diritto penale contemporaneo, 6 giugno 2013, con nota di Carlo Parodi.

limitati ad affermare di “non potere escludere” che costituisca un’interferenza nel diritto alla vita privata in contrasto con l’art. 8 Cedu l’opzione legislativa di sanzionare penalmente le condotte di assistenza al suicidio, trattandosi di una opzione capace di impedire alla ricorrente (affetta da malattia degenerativa incurabile) l’esercizio del diritto alla scelta delle cure e delle modalità con cui congedarsi dalla vita. Salvo poi “togliere con una mano quello che concede con l’altra” e ritenere che la repressione penale dell’aiuto al suicidio, se misurata in rapporto alla concorrente necessità di salvaguardare i diritti dei terzi, menzionata nella “clausola di bilanciamento espressa” contenuta nel secondo comma dello stesso art. 8, non possa considerarsi, in linea di principio, come una misura sproporzionata rispetto all’obiettivo di prevenire rischi di possibili abusi a danno di soggetti in condizioni di particolare fragilità o vulnerabilità: una contraddizione che la Corte ha pensato di risolvere tramite la mossa strategica della contestuale devoluzione alle autorità statali delle necessarie valutazioni etico-politiche sul punto attuata attraverso il consueto ricorso al “salvagente” del margine di apprezzamento c.d. sostanziale.

Per parte sua la sentenza Haas c. Svizzera, riguardante un soggetto affetto da un disturbo bipolare della personalità (con alle spalle già due tentativi di suicidio e diversi ricoveri in cliniche psichiatriche) che lamentava il contrasto con l’art. 8 Cedu dell’obbligatorio rispetto del pre-requisito, previsto dalla legislazione svizzera, della prescrizione medica, come condizione necessaria per l’accoglimento della richiesta di somministrazione assistita del farmaco letale, ha ritenuto la necessità di una perizia psichiatrica sulla capacità di autodeterminazione consapevole del richiedente non sproporzionata rispetto al concorrente obbligo di protezione della vita umana di cui all’art. 2 Cedu.

Così implicitamente adombrando, sullo sfondo di un antipaternalismo debole (o, il che è lo stesso, di un paternalismo moderato compatibile con un liberalismo penale cauto e maturo), la prospettiva politico-criminale della c.d. “giustificazione procedurale”: quella prospettiva che aggancia, cioè, la non punibilità del personale medico al rispetto del procedimento amministrativo appositamente predisposto per assicurare un controllo pubblico sull’esistenza di un’autonoma e valida autodeterminazione dell’ammalato e riconosce che lo Stato punitore ha diritto di prevenire la condotta autolesiva attraverso sanzioni penali poste a carico del terzo che procura la lesione soltanto nei casi in cui quella condotta sia presuntivamente da reputare come non volontaria: il che si verifica appunto quando non si è rispettata l’apposita procedura ad evidenza pubblica a ciò deputata.

Il punto di conciliazione tra tutela oggettiva della vita umana individuale e “diritto di essere lasciati soli” nelle decisioni che più intimamente la concernono viene così ravvisato nella riscontrata presenza degli estremi di una volontà libera e consapevole certificata da una ricetta medica.

E però non si può dare torto a chi rileva che in tal modo «la ponderazione effettuata dalla Corte E.D.U. (...) appare minima»: i giudici europei, infatti, lasciano in sospeso il quesito cruciale su quali specifici casi (generici) possano configurare un obbligo a carico degli Stati membri di accogliere la richiesta di suicidio assistito, in quanto si limitano a giudicare, in linea con le caratteristiche del caso concreto, come conforme alla Cedu l’obbligo di preventiva autorizzazione medica, individuando soltanto «le procedure mediante le quali il diritto di morire con aiuto di un terzo è attuabile»<sup>29</sup>. In sintesi, si può dire che criteri (impliciti) di bilanciamento così congegnati ricalcano il paradigma Hartiano delle «norme che conferiscono poteri» e si rivolgono ai loro destinatari avvertendoli: ‘Se volete fare questo, ecco il modo legittimo per farlo’<sup>30</sup>, senza però con questo mai spingersi fino a predeterminare - come invece, sia pure in modo discutibile, farà la Corte costituzionale - le tipologie casistiche, in una con i loro relativi elementi sostanziali di identificazione, in cui ciò può accadere.

Anche con la sentenza Koch c. Germania va in scena lo stesso copione: anche qui i giudici di Strasburgo, sempre in base alla stessa attitudine già mostrata in precedenza ad astenersi da prese di posizione sostanziali sul merito contenutistico del bilanciamento tra sopravvivenza in vita e autonomia personale, si limitano ad affermare la tutela convenzionale del diritto procedurale a ottenere una presa in esame in sede di giurisdizione interna delle domande di fine-vita ma alle condizioni sostanziali stabilite dai singoli ordinamenti nazionali.

A chiudere la fila la sentenza Gross c. Svizzera. Anche qui la Corte non si assume la responsabilità di chiarire quali categorie di soggetti - e in presenza di quali serie di condizioni

<sup>29</sup> Così D. BUTTURINI 2011, 7.

<sup>30</sup> H.L.A., HART, 1965, 35.

oggettive - possano ottenere forme lecite di collaborazione attiva da parte di terzi alla propria scelta autosoppressiva; e anche qui, per stabilire quali casi tipologici sono esclusi dalla garanzia convenzionale, quali vi rientrano e a quali condizioni sostanziali, decide di ricorrere, in nome del c.d. principio di sussidiarietà, a una “delega di bilanciamento alle autorità nazionali”. In particolare, il caso concreto riguardava il rigetto da parte delle autorità sanitarie e delle istituzioni giudiziarie svizzere della richiesta somministrazione di un farmaco letale (il Pentobarbital di sodio) avanzata da un soggetto normativamente a ciò non abilitato, in quanto non rientrante nella figura, prevista dal codice di deontologia medica, del paziente in fase terminale (“la cui malattia legittimi la supposizione del suo decesso imminente”), trattandosi di un aspirante suicida affetto dalla sindrome psichiatrica della depressione senile. Ancora una volta, il giudice europeo non affronta il merito della questione prospettatagli ma resta ambiguamente sospeso a metà strada tra l'avvertita esigenza di travalicare i ristretti limiti della fattispecie dei malati in fase terminale - l'unica classe di soggetti legittimati da fonti interne, sia pure di rango sub-legislativo, ad accedere a forme di suicidio regolamentato - e il rispetto delle prerogative statali in materie eticamente sensibili. E opta per una opaca soluzione di compromesso che appare implicitamente presupporre a monte prese di posizione valutative e non dichiarate a favore di un più diretto riconoscimento nel caso di specie della sussistenza degli estremi di una violazione sostanziale del diritto convenzionale al rispetto della vita privata da cui, però, non si traggono le dovute conseguenze: la soluzione adottata è, infatti, quella di virare sul più neutro e meno impegnativo terreno della ritenuta assenza di chiare e comprensibili linee-guida di fonte legale da cui potere desumere con sicurezza quale trattamento riservare a tipologie casistiche come quella in discussione: cosa che, a giudizio della Corte, avrebbe finito col cagionare alla ricorrente una specie di “danno psicologico da incertezza del diritto” in cui si esaurirebbe ogni profilo di contrasto con l'art. 8 Cedu. Ancora una volta una censura che, concentrandosi su aspetti “secondari” (di tecnica della normazione, di determinatezza semantica) consente di aggirare la questione centrale se, nel conflitto tra diritto all'autodeterminazione e dovere di mantenersi in vita, il caso generico di soggetti affetti da depressione clinica maggiore e farmaco-resistente siano legittimati ad accedere a pratiche di suicidio assistito.

Che sia questo l'atteggiamento di fondo della giurisprudenza europea sul fine-vita pare, del resto, un dato di cui sembra essere ben consapevole la stessa giurisprudenza costituzionale: la quale, nel ricostruire il panorama complessivo delle posizioni emerse in seno alla giurisprudenza convenzionale sul «diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata», dà atto del fatto che, da *Pretty* in poi, «la corte europea dei diritti dell'uomo ha, in effetti, dichiarato che il divieto penalmente sanzionato di assistere altri nel suicidio costituisce un'interferenza con il diritto in questione»; ma, subito dopo, si affretta a puntualizzare che, nella filosofia complessiva che ispira i diversi interventi del giudice sovranazionale sul tema, il riconoscimento del diritto alla sovranità sul proprio corpo presuppone sempre «il suo necessario bilanciamento con interessi e diritti contrapposti». E, per stabilire in quali casi (tipologici) l'interferenza sul diritto possa risultare proporzionata al legittimo scopo perseguito, invece di provvedere da sé, «la corte europea ha riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento», ricorrendo a una mossa che, nella sostanza, si traduce in una delega di bilanciamento agli organi statali potenzialmente aperta agli esiti più disparati.

La conclusione che se ne ricava è che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta, «sempre e comunque», incompatibile con la Costituzione, ma che ciò può accadere solo in specifici contesti situazionali: che la Corte costituzionale decide di individuare nelle «ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

Senza poter entrare più diffusamente nel merito specifico di tale pronuncia, quel si può rilevare in questa sede è che questo pare essere un altro di quei casi in cui la Corte costituzionale, invece di estendere il *decisum* a casi analoghi a quello che ha dato impulso alla questione di costituzionalità, opta per la scelta di «ricalcare il contorno del caso, riproducendone la *silhouette* nella regola»<sup>31</sup>: la Corte, infatti, universalizzando soltanto le caratteristiche salienti del caso concreto, si limita a trasferire nella sfera del lecito unicamente quelle forme di aiuto a morire che si presentino come modalità alternative di esercizio del diritto costituzionale,

<sup>31</sup> R. BIN, 1994, 331.

espressamente formalizzato dalla legge n. 219 del 2017 (e, prima ancora, riconosciuto in sede giurisprudenziale) di interrompere trattamenti vitali che l'interessato reputa più conformi al senso soggettivo della propria dignità personale.

E però, la scelta di mantenere saldo l'aggancio alla previa sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale come salvacondotto per potere accedere a forme legittime di suicidio assistito in base alla "clausola di equivalenza" dell'*omnimodo facturus* suscita più di qualche riserva critica. Contestabile è, in primo luogo e specialmente, la pretesa di collocare riduttivamente nel punto di incrocio tra diritto di rifiutare le cure e libertà di morire dignitosamente l'*identikit* delle condotte-tipo da sottrarre all'ambito applicativo dell'art. 580 c.p.. Si tratta infatti di due prerogative significativamente condizionate da logiche differenti: il senso del diritto al rifiuto di cure, anche quando ha ad oggetto trattamenti *quoad vitam*, continua ad avere a che fare con istanze di libertà sul proprio corpo, concepito come "recinto sacro" protetto da una barriera di intangibilità, che non sono necessariamente imparentate con il tema della dignità nel morire; il quale, a sua volta, attiene a questioni non per forza correlate alla previa dipendenza da cure salva-vita. Se si concorda sulla persuasività dell'idea di concepire il diritto di rifiutare le cure quale espressione *particolare* di un *più generale* principio che valorizza l'autonomia della persona in ambito sanitario, ovvero il "diritto di non soffrire", non sembra ragionevolmente sostenibile comprimere gli spazi di operatività di quel principio e di quel diritto entro i ristretti confini della fattispecie speciale del paziente tenuto in vita da trattamenti rifiutabili, ed appare per converso più in linea con la logica sottostante al giudizio di ragionevolezza-uguaglianza estenderlo a situazioni in cui l'agevolazione materiale al suicidio riguardi soggetti a) capaci di autodeterminarsi; b) affetti da patologie irreversibili fonte di sofferenze fisiche o psicologiche soggettivamente percepite e oggettivamente considerate come intollerabili (e qui, per inciso, si apre tutta una serie di questioni sul peso da assegnare a criteri soggettivi o clinico-oggettivi di valutazione); e c) *non strettamente dipendenti da terapie di sostegno vitale*.

C'è da chiedersi infatti se, prendendo come bussola orientativa per procedere al confronto analogico l'art. 3 Cost., davvero la Corte, se solo vi avesse proceduto, sarebbe stata in grado di individuare differenze sostanziali tali da accreditare una disparità di trattamento plausibilmente giustificabile tra le due tipologie casistiche a raffronto: si può sensatamente individuare una valida *ratio distinguendi* nella circostanza, tutto sommato estrinseca e contingente, che fosse o non fosse ancora in atto un trattamento di sostentamento vitale? Non di tratta soltanto di fattori fortuiti e occasionali semplicemente connessi alla diversità clinica dei rispettivi quadri morbosi<sup>32</sup>.

L'elenco potrebbe continuare, ma forse le sollecitazioni ricavabili dal campione giurisprudenziale passato in rassegna sono già sufficienti per passare a fornire alcuni spunti teorico-ricostruttivi sul modo di atteggiarsi dei rapporti complessi che intercorrono tra Corte europea, Corte costituzionale e bilanciamento.

## 2. Il bilanciamento definitorio "a base parziale" della Corte edu: insufficienze e possibili rimedi.

Il problema che più di sovente può porsi in questa seconda tipologia di bilanciamenti è che - salvi i casi in cui la Corte europea dovesse effettivamente dislocare il *focus* della verifica di conformità convenzionale dal *caso* alla *legge*, optando per i meno ricorrenti, e politicamente più onerosi, *bilanciamenti-pilota* (specie se strutturati secondo il consolidato giudizio a "a tre tappe" di idoneità-necessità-proporzionalità) - essi sono frequentemente esposti al rischio di pagare il dazio di un aggancio troppo rigido alla loro originaria matrice casistica.

Secondo le indagini di teoria del ragionamento giuridico che più da vicino si sono occupate dell'argomento, infatti, quando adotta questo stile decisionale, il giudice, il più delle volte, si limita a generalizzare il *singolo* caso di conflitto che ha sotto gli occhi: si occupa cioè di casi generici tipicizzati *esclusivamente* in rapporto alle specifiche caratteristiche presenti nel caso concreto in discussione. Il giudice, in altri termini, non si preoccupa di bilanciare i diritti, i principi o gli interessi in gioco in relazione ad *altri* (o, in ipotesi, a *tutti gli altri*) casi generici di conflitto, oltre a quello ricostruito a partire dalle specifiche circostanze di fatto e di diritto

<sup>32</sup> Sul punto cfr. le suggestioni proposte da M. DONINI, 2018, 2855; Id, 2020; G. FIANDACA, 2020; A. VALLINI 2019, 805 e ss.

presenti nel caso da decidere: non è tenuto ad aprire le operazioni di bilanciamento alla considerazione di altri casi generici convergenti nell'area di conflitto specificamente interessata dalla pronuncia e contraddistinti da proprietà *ulteriori e diverse* (cioè da proprietà che *non sono presenti* nel caso particolare dedotto in giudizio)<sup>33</sup>.

Si può dire che, nell'ambito di questo ricorrente modello di bilanciamento diffuso in ambito europeo, la tipica tendenza alla concretizzazione individualizzatrice è, sì, riequilibrata da un'opposta spinta all'astrazione generalizzatrice, ma non di rado questo accade *soltanto in parte*: nel senso che, in una notevole percentuale di ipotesi, lo specifico caso individuale dedotto in giudizio delimita rigorosamente il *thema decidendum* e influenza in misura determinante la costruzione giudiziale del caso generico. Il caso generico che fa da "guscio" al caso concreto, e la connessa regola di bilanciamento che lo governa, costituiscono in queste ipotesi il frutto di una "ri-descrizione" in chiave generalizzante delle *sole* caratteristiche distintive presenti nel singolo caso particolare oggetto di decisione giudiziale, sicché il bilanciamento effettuato dal giudice europeo finisce con l'assumere le fattezze di un bilanciamento *definitorio* ma "a base parziale", vincolato com'è alle specifiche peculiarità fattuali e normative del caso concreto devoluto alla sua cognizione.

E' questa la ragione che spiega perché qui si ha a che fare con *standard* di risoluzione del conflitto espressi in termini generali e, però, in molti casi (anche se *non sempre o necessariamente*) "defettibili"<sup>34</sup>: se il giudice costruisce la regola di bilanciamento esclusivamente al fine di risolvere il caso concreto da decidere, senza tenere conto di proprietà potenzialmente rilevanti ma *assenti* nella vicenda oggetto di ricorso individuale, quel che ne risulta è che tale regola è più facilmente soggetta a futuri e indeterminati *distinguishing*, con maggiore frequenza esposta a futuri aggiustamenti, integrazioni e rettifiche da parte delle corti future. In questo senso, la ponderazione definitoria svolta a livello europeo esibisce due dei principali difetti strutturali che la c.d. «Dottrina Aleinikoff» imputa, da una prospettiva di critica metodologica, alla ponderazione come metodo di interpretazione costituzionale diffuso nella cultura giuridica americana del XX secolo: il primo aspetto problematico riguarda la c.d. «sotto-rappresentazione particolarista» della regola, nel senso che non di rado «la (pretesa) regola generale creata dalla corte altro non è se non la generalizzazione pura e semplice delle proprietà peculiari che la Corte ha identificato nel caso concreto», per di più «fatalmente selezionate dai giudici secondo le loro preferenze etico-normative»<sup>35</sup>; il secondo aspetto problematico ha a che fare col conseguente carattere di regole *ceteris paribus* (o derogabili) ad esse attribuibile, e cioè con la possibile "sotto-inclusività" che regole con questa genesi possono esibire di fronte a nuovi casi, scongiurabile solo se i giudici, abbandonando la metodologia ponderativa, non decidano di considerarle definitive<sup>36</sup>.

2.1. In questa prospettiva di indagine, si può precisare più in dettaglio che il "legame genetico" col caso individuale sottoposto a decisione può influenzare l'attività giudiziale di costruzione di casi tipici e correlative classi di proprietà rilevanti secondo due diverse direttrici, differenziabili a seconda del grado più o meno intenso di vincolatività che il caso concreto esercita sull'ambiente decisionale cui il giudice appartiene.

a) Secondo la prima, più rigida, modalità di approccio al caso concreto vista sopra, il giudice ricostruisce (e anzi, *deve* ricostruire) il caso generico *esclusivamente* a partire dalle specifiche circostanze presenti nel singolo caso individuale sottoposto alla sua decisione. E presumibilmente è questo il modello di bilanciamento che si mostra più in linea con le specifiche competenze decisionali assegnate alla Corte Edu, con ogni probabilità il candidato più naturale ad esprimere il modo in cui più frequentemente si atteggia il legame tra caso concreto e gestione dei diritti fondamentali in questo specifico ecosistema giurisdizionale: un ambito nel quale il bilanciamento giudiziale, fatta sempre salva l'eccezione costituita dai *bilanciamenti-pilota*, riguarda un *singolo* caso generico, e il giudice convenzionale non è tenuto ad occuparsi di *altri*

<sup>33</sup> Per questa impostazione, nell'ambito della letteratura italiana sul bilanciamento, cfr. G. MANIACI, 2005, 345 e ss.

<sup>34</sup> Il problema della derogabilità-superabilità della regola (per esempio, una regola di bilanciamento di fonte convenzionale) in dipendenza della competenza riconosciuta ai giudici (europei, costituzionali, ordinari) a rimodellarla al cospetto di casi rispetto ai quali si dovesse dimostrare sovra-(o sotto-)inclusiva è solitamente discusso dalla letteratura teorica più recente sotto la rubrica della «defettibilità»: per tutti v. i saggi raccolti nel volume AA.VV., *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, J. F. Beltrán, G. B. Ratti (eds.), Oxford, 2014.

<sup>35</sup> P. CHIASSONI 2019, 183, che così sintetizza i tratti salienti di questo aspetto problematico della ponderazione effettuata dai tribunali costituzionali nordamericani messo in luce dal teorico del bilanciamento statunitense (traduzione nostra). Il punto è trattato da A. ALEINIKOFF, 1987, 978.

<sup>36</sup> A. ALEINIKOFF, 1987, 980-981.



casi caratterizzati da proprietà potenzialmente rilevanti ma *mancanti* nel caso concreto sottoposto alla sua cognizione.

b) In base ad una diversa, e più elastica, modalità di approccio giudiziale al caso concreto, invece, il vincolo che esso è in grado di produrre sul piano della tipizzazione della regola di soluzione del conflitto, pur se indubbiamente presente, si annuncia come comparativamente meno stringente, e il bilanciamento tende parallelamente ad assumere tratti più compiutamente “definitivi”: il giudice (in ipotesi, una corte costituzionale) non dovrà certo preoccuparsi di formulare una legge di collisione tra gli interessi in gioco che pretenda di “chiudere l’universo delle proprietà rilevanti”, se non altro perchè l’universo delle proprietà rilevanti non può costituire oggetto di prefigurazione definitiva e completa<sup>37</sup>; dovrà, però, incaricarsi, almeno in teoria, di enunciare una regola di bilanciamento che, sebbene mantenga uno stretto legame con le caratteristiche peculiari del caso concreto (per es. il caso che ha fatto sorgere la questione di costituzionalità) resta strutturalmente aperta (eventualmente anche su impulso delle parti interessate) alla considerazione della più ampia costellazione di casi tipologici di conflitto conosciuti o ragionevolmente conoscibili che possono, nel corso di un’argomentazione razionale, presentare analogie rilevanti con lo specifico caso da decidere. E - come avremo modo di osservare da qui a poco - è proprio l’attitudine al confronto con eventuali altri casi analoghi di conflitto condotto, a partire da casi già decisi, secondo considerazioni comparative che fanno appello a somiglianze e differenze rilevanti, l’elemento decisivo per attribuire alla risoluzione giudiziale dell’antinomia i tratti di un bilanciamento definitorio che aspiri anche ad essere anche «razionalmente giustificato»<sup>38</sup>. Che poi il decisore costituzionale si comporti davvero nel modo descritto è questione pragmatica da risolvere caso per caso.

La questione cruciale in gioco è, quindi, quella del confronto tra la posizione occupata dal decisore chiamato a formulare la regola di bilanciamento nel contesto della soluzione di una disputa concreta “qui e ora” (tipicamente, il giudice europeo), da quella del decisore che assolve lo stesso compito in base a processi di produzione normativa comparativamente caratterizzati da maggiori coefficienti di generalità e astrattezza, senza essere, quanto meno prioritariamente, gravato dall’obbligo di risolvere, in prima battuta, una controversia concreta tra parti reali in conflitto (tipicamente, la Corte costituzionale)<sup>39</sup>.

Un simile raffronto comparativo presupporrebbe naturalmente di affrontare la complessa questione del carattere (più o meno) “astratto” o “concreto” dei modelli di giustizia costituzionale come il nostro, nella consapevolezza che la contrapposizione radicale tra modelli puri è illusoria e, piuttosto, gli ingredienti che ne connotano il profilo si presentano, nella realtà effettuale, come un’emulsione, con diversi dosaggi, di tratti di astrattezza e tratti di concretezza<sup>40</sup>.

Quel che, in modo inevitabilmente approssimativo, si può dire qui è che la Corte costituzionale giudica (*deve* giudicare) la fattispecie legale astratta - di cui deve occuparsi in via principale come oggetto del suo giudizio - anche se lo fa sempre alla luce del caso concreto che ha dato origine alla questione di costituzionalità; mentre la Corte edu, all’inverso, normalmente giudica (*deve* giudicare) in prima istanza il caso concreto - di cui deve occuparsi in via principale come oggetto del suo giudizio - alla luce della fattispecie astratta (delle norme convenzionali e statali coinvolte).

E’ proprio in questo senso che, con riferimento al giudice costituzionale, si è esattamente osservato che «le pronunce della Corte hanno la particolarità, che le distingue dalla normalità delle decisioni dei giudici di merito, di riguardare non fatti, rapporti, eventi singoli, ma fattispecie normative generali e astratte: perciò, in questo giudizio, è indispensabile verificare in astratto la “tenuta” della “regola di prevalenza” di fronte ai casi-limite sussumibili nella fattispecie normativa»<sup>41</sup>. Quanto meno a livello di logica interna del giudizio, il giudice delle leggi occupa quindi una posizione che dovrebbe metterlo nelle condizioni di saggiare la tenuta

<sup>37</sup> In questi termini cfr. B. CELANO 2002, 223 e ss.

<sup>38</sup> Per il concetto di «bilanciamento razionalmente giustificato» cfr. G. MANIACI, ult. cit., 351 e ss.

<sup>39</sup> F. SCHAUER 2006, 891, secondo cui, mentre il creatore di regole basate (direttamente e senza mediazioni) sul caso da decidere - come potrebbe essere considerato il giudice delle violazioni convenzionali - «will perceive her task in terms of determining both how this case and also other cases of *this kind* ought to be decided», il creatore di regole non basate (in modo altrettanto diretto e immediato) su un caso concreto da decidere - come potrebbe invece essere considerato il giudice della legittimità costituzionale - «will also have to decide how cases of some kind - some set of future cases - ought to be decided, but unencumbered (or unguided) by the necessity of deciding one of those cases right now».

<sup>40</sup> M. LUCIANI 1984, 228 e ss. Sul punto v. anche B. CARAVITA, 1985. Con specifico riguardo al riconoscimento della legittimazione a sollevare la questione di legittimità in capo alla Corte costituzionale italiana in sede di giudizio incidentale, ID. 1988, 40 ss. Per una sintesi delle diverse posizioni in campo v. L. AZZENA 2012, cap. I, II, e III.

<sup>41</sup> Così R. BIN 1994, 326.

della regola di bilanciamento al cospetto del più ampio insieme dei casi (realmente decisi o ragionevolmente ipotizzabili) che possono condividere analogie rilevanti col tipo di caso che ha originariamente dato impulso alla questione di costituzionalità, allargando il campo di osservazione anche ad altre tipologie casistiche di conflitto contraddistinte da caratteristiche eterogenee reputate come rilevanti (ovviamente *se ce n'è, e sempre che si ritenga di doverne ravvisare la presenza*).

Questo non significa certo che il giudice delle leggi decida in base ad una "auto-assegnazione d'ufficio" del compito di ispezionare *in astratto e sotto ogni profilo ipotizzabile* la ragionevolezza del bilanciamento legislativo. Perché la storia ha sempre inizio con un atto introduttivo del giudice *a quo*, il quale prospetta alla Corte costituzionale una questione di legittimità che, per essere «rilevante», deve essere pregiudizialmente connessa al caso concreto da decidere, in premessa identico a quello già deciso a Strasburgo<sup>42</sup>: la necessità di rispettare il requisito della rilevanza, infatti, impone sempre al giudice rimettente di formulare la questione "legando i termini generali e astratti del quesito che propone alla Corte alle caratteristiche particolari e concrete del caso che sta giudicando"<sup>43</sup>. Il punto è, però, che una simile presa d'atto, in sé condivisibile, non esclude, ma anzi molto spesso implica, che "la tipizzazione a fattispecie astratta del caso concreto che il giudice ha di fronte"<sup>44</sup> possa richiedere la valorizzazione di proprietà ulteriori, oltre a quelle già considerate dal giudice sovranazionale.

Naturalmente, non sempre si danno le condizioni per seguire questo spartito: e la Corte costituzionale può ben arrestarsi sulla soglia della mera ridescrizione del caso concreto "nei suoi termini archetipici come è proprio delle fattispecie normative"<sup>45</sup>, riproducendo negli esatti termini le conclusioni già raggiunte in sede di ponderazione convenzionale pregressa. Quello delle integrazioni additive o dei riadattamenti in chiave modificativa della regola di bilanciamento di fonte europea in dipendenza del successivo riconoscimento di ulteriori classi di circostanze rilevanti non è, infatti, un esito per forza di cose obbligato, uno scenario immancabilmente presente in ogni caso: nel senso che la possibilità di modificare una regola di bilanciamento originariamente modellata sulla generalizzazione di una sola tipologia casistica può ben essere di fatto smentita tutte le volte in cui le proprietà rilevanti di cui i giudici costituzionali contingentemente ritengono di dovere tenere conto siano *quelle, e solo* quelle, inizialmente tipizzate in rapporto a quella sola, specifica tipologia casistica riprodotta senza variazioni.

Ma ciò non toglie che, soprattutto quando si discutono questioni di ragionevolezza legislativa, il carattere "astratto-concreto" del giudizio di costituzionalità colloca la Corte al crocevia tra tutela delle posizioni soggettive individuali emergenti nel giudizio *a quo* e tutela oggettiva della legalità costituzionale: è proprio nello specifico contesto dei giudizi sulla ragionevolezza complessiva del bilanciamento legislativo, infatti, che il legame con il caso della vita che il giudice remittente era chiamato a risolvere dovrebbe tipicamente funzionare come una cerniera, o un ponte, in grado di proiettare virtualmente il giudice costituzionale fuori dal recinto chiuso dei casi identici, in vista di un possibile «allargamento del giudizio fino a considerare il funzionamento della norma in riferimento alla pluralità dei casi»<sup>46</sup>.

Quella appena delineata nei suoi tratti essenziali è una "teoria normativa" della ponderazione costituzionale: non si tratta cioè di un discorso che "descrive" la prassi effettiva della giurisprudenza costituzionale (ciò che di fatto i giudici costituzionali regolarmente fanno quando ponderano diritti convenzionali e principi o interessi costituzionali in conflitto) ma di raccomandare, in chiave prescrittiva, l'adozione di un modello tendenzialmente «generalista» e «razionalista» di bilanciamento costituzionale, qui considerato soprattutto nei suoi nessi di interazione dialettica col bilanciamento convenzionale<sup>47</sup>. Quello che si intende proporre non è, però, un modello "erculeo" e super-erogatorio di ponderazione costituzionale, finalizzato alla «riformulazione ideale», completa in tutte le sue specificazioni, dei diritti o principi in gioco

<sup>42</sup> Sul ruolo centrale che il requisito della rilevanza è chiamato a svolgere nell'ottica di un processo costituzionale declinato in chiave di "concretezza", ossia "in funzione del caso" v. F. DAL CANTO 2002, 146.

<sup>43</sup> R. BIN 2002, 72, secondo cui "non si può capire il senso di una sentenza della Corte senza esaminare l'atto che introduce il giudizio: la Corte risponde a domande, a «questioni» formulate, costruite e delimitate dal giudice. Si può capire il senso di una risposta senza conoscere la domanda?»

<sup>44</sup> R. BIN 2002, 79.

<sup>45</sup> Così ancora R. BIN 1994, 328.

<sup>46</sup> Così L. AZZENA 2012, 20. Sul punto G. ZAGREBELSKY, 1992, 163.

<sup>47</sup> Prendo a prestito questo vocabolario dalla ricostruzione che P. CHIASSONI 2019, 187, fa della teoria della ponderazione che José Juan Moreso avanza in una serie di saggi pubblicati a partire dal 2002 e ora riuniti in J.J. MORESO, 2009.

a Strasburgo<sup>48</sup>: un modello che si incarichi, cioè, di disciplinare in forma esaustiva e coerente *tutti* i casi che ricadono all'interno del campo d'azione dei principi considerati. La ponderazione cui è chiamato il giudice costituzionale non deve, cioè, soddisfare le esose pretese della c.d. «concezione *universalista* sussuntiva», quella che richiede che «la formulazione di ogni norma contenga la specificazione di tutte le sue condizioni, positive e negative, di applicazione»; deve, però, sapersi nel contempo smarcare dalla gabbia del «vincolo al caso identico», che dottrina e giurisprudenza costituzionale concordemente individuano come il valico per l'accesso al sindacato di legittimità ex art. 117 Cost.

Per evitare che la rigida osservanza di un simile vincolo finisca per trasformarsi nel proverbiale «letto di Procuste», alla Corte costituzionale toccherebbe allora il compito di procedere a un tipo di bilanciamento in linea con una più limitata «concezione *ponderativa* sussuntiva»<sup>49</sup>: una concezione che intende il bilanciamento come un'attività non strettamente «dipendente dal contesto identificato da ciascun caso individuale di conflitto»<sup>50</sup> e, più precisamente, come una operazione che «permette di transitare da norme attributive di diritti fondamentali con lo statuto di *principi* con condizioni di applicazione aperte» a *regole* con condizioni di applicazione *tendenzialmente* chiuse (anche se non per forza complete, definitive e inderogabili), «che consentano la sussunzione *nell'ambito di un problema determinato*».

I passaggi fondamentali di tale concezione, opportunamente rivisitata e corretta per adattarla al tema qui trattato, sono i seguenti: a) la prima tappa consiste nella «delimitazione dell'ambito comportamentale del problema normativo»<sup>51</sup>: si tratta, più precisamente, di isolare un universo di condotte sufficientemente delimitato in relazione al quale può porsi un problema di regolamentazione normativa, ossia un sottoinsieme proporzionatamente ridotto di azioni o omissioni coinvolte dai macro-diritti in gioco, di cui occorre stabilire la disciplina (giuridico-penale): può trattarsi per esempio dell'universo «de las acciones y omisiones de aquellos que están en posición de garante en relación con los tratamientos médicos necesarios para salvar la vida de una persona», dell'universo delle condotte in relazione alle quali si pone il problema di legittimare giuridicamente l'accesso a tecniche di fecondazione eterologa, e così via<sup>52</sup>; b) la seconda tappa ha ad oggetto l'identificazione del sottoinsieme delle norme (convenzionali, costituzionali e legislative) *prima facie* applicabili al problema normativo come sopra selezionato; c) la terza tappa concerne l'identificazione di «casi paradigmatici» che possano vantare, «in base a solide intuizioni normative» (o, più realisticamente, in base a punti di vista etico-normativi sui beni in conflitto intrinsecamente controvertibili) connessioni analogiche rilevanti col tipo di caso che ha dato impulso alla questione di costituzionalità: casi reali o ipotetici in ordine ai quali sussistono forme di consenso intersoggettivo convergenti verso l'adozione di una stessa conclusione normativa, come è a dirsi, ad esempio, per l'agevolazione materiale al suicidio di soggetti affetti da patologie irreversibili fonte di sofferenze fisiche o psicologiche soggettivamente percepite e oggettivamente considerate come intollerabili ma *non strettamente dipendenti da terapie di sostegno vitale*<sup>53</sup>; d) la quarta tappa si risolve nella conseguente identificazione dell'insieme delle proprietà rilevanti che definiscono l'ambito comportamentale in relazione al quale si pone il problema normativo da risolvere. L'individuazione delle proprietà rilevanti, e cioè di quei contrassegni che incidono sui contenuti della regola ponderativa, si fa, prima di tutto a partire dai casi generici decisi a Strasburgo; e prosegue poi lungo l'asse di argomentazioni comparative che fanno leva su somiglianze e differenze razio-

<sup>48</sup> Soprattutto nella prima fase di elaborazione della sua «teoria specificazionista» della ponderazione, reputa possibile «concepire una riformulazione *ideale* dei principi in conflitto che tenga conto di *tutte* le proprietà potenzialmente rilevanti», J. J. MORESO, 2002, 215, anche se lo considera un obiettivo raggiungibile solo gradualmente, per effetto di arricchimenti progressivi basati su solide intuizioni normative riflesse nei casi paradigmatici resisi man mano disponibili.

<sup>49</sup> E' la concezione avanzata, in una più tarda fase di elaborazione della sua teoria, da J. J. MORESO, 2004, 303 e ss., a nostro avviso proficuamente utilizzabile, al netto degli opportuni adattamenti, come *vademecum* per quello che potrebbe essere l'atteggiamento decisionale della Corte costituzionale di fronte ai bilanciamenti «a base parziale» effettuati a Strasburgo.

<sup>50</sup> P. CHIASSONI, 2019, 197.

<sup>51</sup> Così sintetizza caratteristiche e obiettivi di questa prima fase dell'attività di ponderazione così intesa P. CHIASSONI, 198. (traduzione nostra)

<sup>52</sup> J. J. MORESO 2004, 303.

<sup>53</sup> Va segnalato che, nella formulazione originaria della teoria in questione, per «casos paradigmáticos» si intendono quei tipi di casi per i quali esistono soluzioni normative comunemente considerate ovvie, in quanto (si assume che) tutti nella cultura giuridica le giudichino giuridicamente corrette, sulla base di «solide intuizioni normative», anche se non sempre ben strutturate: sicché essi funzionerebbero da limiti *oggettivi* ai giudizi di valore soggettivi degli interpreti: J. J. MORESO 2002, 206-207. Che l'individuazione dei casi paradigmatici sia frutto di un'operazione veramente neutrale - o se, piuttosto, sulla loro valorizzazione come base per argomentazioni comparative un qualche punto di vista etico-sostanziale sul modo di concepire, pesare e coordinare i beni in conflitto non sia fatalmente destinato a interferire - è lecito però nutrire più di qualche dubbio.

nalmente giustificabili con i casi paradigmatici di raffronto. Una simile operazione dovrebbe condurre all'enucleazione dell'«*insieme originario*» delle proprietà rilevanti che valgono a caratterizzare il sotto-insieme delle condotte da regolare, anche se «questo insieme è pur sempre suscettibile di variare in presenza di casi alla luce dei quali emergano altre proprietà che debbono essere considerate rilevanti, in un processo tendenzialmente inesauribile»<sup>54</sup>; e) all'ultima tappa è funzionalmente assegnato il compito finale di procedere alla formulazione della regola destinata a disciplinare il conflitto tra i diritti, i principi e gli interessi costituzionali e convenzionali coinvolti, sempre entro i più ristretti confini segnati dalla specifica questione normativa da risolvere.

Che poi, in sede di controllo costituzionale sulla ragionevolezza politico-criminale complessiva della fattispecie legale, si riesca di fatto a risolvere «de modo unívoco todos los casos del universo del discurso»<sup>55</sup>, e cioè a disciplinare l'intero universo di condotte implicate dal problema normativo in discussione secondo «un modo di concepire la ponderazione la rende compatibile con la sussunzione e con una *limitata generalità*»<sup>56</sup>, è questione empirica che deve fare i conti, oltre che con la reale praticabilità di una simile operazione in termini di competenze effettive e reali intenzioni dei giudici costituzionali, anche con la possibilità quanto meno teorica - che il particolarismo lascia sempre pendente - di «riaprire la deliberazione» e «riconsiderare» la regola di bilanciamento formulata in precedenza, sottoponendola a ulteriori revisioni: il che si spiega col fatto che i casi paradigmatici di raffronto sono anch'essi, a loro volta, casi *ceteris paribus*: ossia casi non soggetti alla clausola *ne varietur*, il cui elenco resta sempre potenzialmente aperto a future integrazioni<sup>57</sup>.

L'adozione di un simile protocollo di giudizio in sede di sindacato costituzionale sul bilanciamento legislativo degli interessi coinvolti nel caso che ha formato oggetto di ricorso a Strasburgo si giustificerebbe principalmente in ragione del fatto che la Corte Edu, quanto meno nella maggioranza dei casi, non è chiamata a intervenire direttamente sulla fattispecie legale, sull'equilibrio legislativo degli interessi in gioco e sulla sua ragionevolezza (politico-criminale) complessiva, ma resta legata alla specifica questione controversa, deve giudicare sulla necessità-proporzionalità di una ben precisa categoria di restrizioni modellate sulla concreta violazione ravvisata nell'episodio singolo: per questa ragione, uno sforzo «immaginario» proiettato su un più ampio campionario di classi di casi possibili e su un più ampio ventaglio di correlative classi di circostanze potenzialmente rilevanti è, in larga misura, estraneo al suo ruolo decisionale. Non è tenuta perciò, a differenza di quanto sembrerebbe più consono al ruolo di una corte costituzionale, a «rendere universale la deformazione percepita nel 'caso'»<sup>58</sup>, e cioè a servirsi dei «casi paradigmatici» per andare oltre il semplice caso generico, la generalizzazione del singolo caso di conflitto che è chiamata ad arbitrare: non deve, di regola, istituzionalmente incaricarsi di procedere alla produzione di regole di bilanciamento con una connaturata vocazione *ultra-casistica*.

Con la conseguenza, non sempre messa nel dovuto risalto, per cui un bilanciamento così concepito potrebbe porsi in un rapporto di tensione conflittuale con alcuni degli *standard* richiesti ad una argomentazione razionale, primo fra tutti, appunto, l'universalizzabilità della decisione giudiziale oltre la soglia, spesso insufficiente, della mera generalizzazione del caso concreto<sup>59</sup>. La tesi avanzata in proposito negli studi teorici in argomento è quella di una potenziale incompatibilità tra bilanciamenti esclusivamente incentrati su singoli casi generici e argomentazione razionale: secondo questa tesi «un bilanciamento che voglia disciplinare un singolo caso generico in cui due principi vengano in conflitto e che voglia essere 'razionalmente giustificato' si trasforma in molti casi (anche se non necessariamente) in un bilanciamento che rinvia o presuppone la soluzione di altri casi di conflitto tra i medesimi principi apparentemente rimasti fuori dal bilanciamento»<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Così P. CHIASSONI 2019, 199.

<sup>55</sup> J. J. MORESO 2004, 304.

<sup>56</sup> J. J. MORESO 2004, 305.

<sup>57</sup> Sul punto specifico v. B. CELANO 2002, 233 e ss.

<sup>58</sup> R. BIN 1994, 331.

<sup>59</sup> G. MANIACI 2003, 162 e ss.

<sup>60</sup> Così G. MANIACI 2003, 164. Sull'idea per cui un bilanciamento che aspiri a presentarsi come razionalmente giustificato implichi necessariamente la ricerca di analogie tra casi tipologici consolidati nella prassi e condivisi dai partecipanti e casi candidati all'assimilazione v., oltre a J. J. MORESO 2002, 201 e ss., J. C. BAYON 2002, 79; S. L. HURLEY 1990, 221; M. IGLESIAS VILA 1999, 21; Sul piano della più generale indagine filosofica, del fatto che qualunque processo diretto a giustificare la validità di una credenza, o la coerenza (o la razionalità) di una preferenza, non possa che prendere le mosse da un sfondo di credenze e atteggiamenti assunti come certi, se ne occupano, tra i tanti,

Quando, com'è più tipicamente più congeniale al modo di giudicare della Corte edu, la decisione mira a individuare (nella motivazione) un solo caso generico, per poi risolvere (nel dispositivo) il caso individuale sottoposto al suo esame, la considerazione del conflitto *one case at the time* può non essere considerata sempre in grado di assicurare livelli sufficienti di razionalità argomentativa. E non lo sarebbe per questa fondamentale ragione, che il giudice non è (o non si sente) obbligato - nel caso della Corte edu, anche per ragioni attinenti allo specifico mandato giurisdizionale ad essa conferito - a istituire una rete di analogie e differenze col (presumibilmente più esteso) catalogo dei casi potenzialmente rilevanti: e cioè a tenere conto non solo, e non tanto, dei casi *identici* già definiti in passato in base allo stesso *set* di proprietà generali, ma anche di quelli soltanto *analoghi* ragionevolmente prospettabili come incidenti nella medesima area di conflitto e caratterizzati da proprietà differenti.

Orbene, se una tale modalità di approccio giudiziale al caso concreto può rappresentare un buon modello esplicativo per descrivere concettualmente cosa fa, almeno in un certo numero di casi, la Corte Edu quando bilancia diritti convenzionali e beni costituzionalmente significativi protetti da normative penali nazionali, si può anticipare, già a questo stadio dell'analisi, una considerazione destinata ad assumere rilievo centrale ai nostri fini: e cioè, se è questo, principalmente, il significato che prevalentemente assume la c.d. «rilevanza del caso concreto» in relazione ai bilanciamenti effettuati dalla Corte europea, ben si comprende la ragione giustificativa soggiacente che rende il più delle volte indispensabile, per attribuire efficacia vincolante ai bilanciamenti europei nei confronti dei giudici interni, attendere gli aggiustamenti, le rettifiche (o, se del caso, anche le riconferme) teoricamente garantite, all'interno dello stesso ambiente decisionale europeo, dal «sistema del precedente», almeno se concepito come un sistema che (per dirla con Lord Mansfield), nel lungo periodo, «si purifica da sé»<sup>61</sup>.

Prima di attribuire carattere cogente ai bilanciamenti europei occorrerebbe verificare di volta in volta se la giurisprudenza sovranazionale pertinente, lungi dal limitarsi semplicemente a richiamare le proprie decisioni conformi in materia, e cioè a riprodurre filoni giurisprudenziali formati in relazione a tipi di casi omogenei che replicano le stesse caratteristiche rilevanti, si sia spinta ad un reale confronto incrociato con eventuali altri casi generici potenzialmente dotati di proprietà definitorie differenti orientato alla ricerca di somiglianze e differenze giuridicamente rilevanti, in modo tale da generare regole di bilanciamento a più ampio spettro dotate di proiezione *ultra-casistica* (o, come anche si dice, *inter-contestuale*)<sup>62</sup>.

Il che, come vedremo, dovrebbe comportare, in sostanza, l'onere di verificare volta per volta, in sede di successivo giudizio di costituzionalità, se la prassi decisionale della giurisprudenza europea si sia di fatto conformata alla stessa logica di fondo che governa il sistema del precedente giudiziario vincolante: una logica in base alla quale o la formulazione di una regola di bilanciamento con esplicite valenze *ultra-casistiche* si incapsula, già *ab initio*, in un unico «precedente-sentenza»; oppure è il distillato finale di una catena di successive «caratterizzazioni e ri-caratterizzazioni» relative a una pluralità di casi generici progressivamente sottoposti a decisione tra cui la comunità dei giudici stabilisce, un passo alla volta, analogie e differenze rilevanti.

### 3.

#### *Do Cases Make Bad Law? La Corte edu alle prese con l'«effetto-calamita» prodotto dal caso concreto.*

Se quella complessivamente riassumibile in un'attività decisionale circoscritta a sotto-fattispecie astratte ricavate per generalizzazione induttiva unicamente a partire dalle caratteristiche presenti nella singola vicenda concreta oggetto di decisione parrebbe essere la 'condizione esistenziale' in cui si trova in molti casi ad operare la Corte Edu quando procede, in posizione iniziale, al bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi penalmente tutelati, si potrebbe legittimamente riproporre per essa lo stesso interrogativo formulato dai settori più consapevoli della riflessione giusfilosofica nord-americana con più specifico riferimento alle corti di *common law*: *Do Cases Make Bad Law?*<sup>63</sup>. Nel nostro ambito specifico: il vincolo al caso con-

D. DAVIDSON 1970; V. VILLA 1993 (soprattutto Cap. I) e ID. 1992.

<sup>61</sup> «The common law works itself pure»: *Omychundv Barker*, 26 Eng Rep 15, 23 (ch 1744).

<sup>62</sup> C. LUZZATI 2012, 368.

<sup>63</sup> E' il titolo di un denso saggio di F. SCHAUER 2006, pubblicato nella *University of Chicago Law Review*, le cui tesi centrali sono riassunte

creto è potenzialmente in grado di generare cattive regole di bilanciamento?

Pur nella netta differenza di scopi e funzioni, il parallelo tra sistemi di *common law* e sistema Cedu può apparire, almeno in parte, giustificato se si considera che, in una rappresentazione estremamente semplificata, quello a cui solitamente si allude quando si parla di *common law* è un metodo di creazione e sviluppo del diritto incentrato sui giudici e sui casi, e “caratterizzato o dall’originaria assenza di direttive sostanziali per l’interprete, o dalla presenza iniziale di direttive sostanziali fraseggiate in modo così ampio e generico da fornire una guida poco solida e scarsamente praticabile ai decisori messi di fronte al compito di decidere controversie concrete. A causa di questa notevole indeterminatezza delle direttive iniziali, corti e giudici finiscono con l’assumere un ruolo di primaria importanza nello sviluppo graduale delle norme in vigore. Questi *decisionmakers* ordinariamente operano in chiave incrementale e a piccoli passi, limitano la frequenza con cui sono disposti ad enunciare regole generali prospettivamente rivolte al futuro, e quando lo fanno, si intende che tali regole risulteranno defettibili tutte le volte in cui la migliore soluzione del caso concreto richieda di aggirare o di modificare la regola previamente formulata (...) l’impulso alla creazione di diritto continua ad essere primariamente una controversia effettiva, e il vincolo al precedente è concepito come secondario rispetto ai continui sforzi dei decisori volti a raggiungere il miglior risultato per il maggior numero di casi, proprio mentre parallelamente l’apparato di regole cresce nel corso del tempo per mezzo di un processo graduale di accumulazione ed elaborazione dei dettagli largamente basato su decisioni *case by case*”<sup>64</sup>. come si vede, tutte caratteristiche grosso modo riscontrabili in varia misura anche nell’ambiente decisionale della Corte Edu.<sup>65</sup>

Che la decisione del caso particolare occupi un posto d’onore nella complessiva metodologia decisionale dei sistemi di *common law* è oggetto di consenso unanime; e che, come i giudici di *common*, anche giudici europei fanno diritto nel contesto di processi di decisione di casi concreti, pochi oggi sarebbero disposti a contestarlo<sup>66</sup>. Trattare dunque la risoluzione della disputa concreta come il contesto preferenziale in cui produrre diritto è, così almeno parrebbe, la caratteristica distintiva dell’approccio di *common law*, come di quello del giudice europeo.

La diffusa credenza nelle virtù regolative di una disputa concreta tra specifiche parti in conflitto come piattaforma ideale per creare regole di diritto può, però, nascondere un’insidia occulta.

La questione, a larghe spanne, è questa: per quante ovvie virtù possano attribuirsi a un’attività di creazione delle regole svolta a diretto contatto coi casi - in cui, come nel campo di esperienza in cui si muove la Corte edu, si ritiene che la regolamentazione dei diritti umani *is better done in context* - c’è sempre dietro l’angolo il concreto rischio di creare regole (nel nostro caso, regole di bilanciamento) sulla base di un «campione» potenzialmente «sotto-rappresentativo». E formulare regole in base a un esemplare sotto-rappresentativo, pur se all’esito di un’attività decisionale ineccepibilmente condotta per il caso concreto in discussione e su di esso ritagliata con esattezza, significa esporsi al prevedibile rischio di generalizzare una regola che può rivelarsi inadeguata o inappropriata, se considerata in rapporto all’intera popolazione di casi potenzialmente rilevanti. Segnatamente quelli rientranti in tipologie casistiche non intercettate dalla regola costruita sull’esemplare specifico.

Il rischio è che il *set* di caratteristiche peculiari su cui viene edificata la regola di giudizio determini effetti di irrigidimento particolaristico a tutto svantaggio delle concorrenti necessità di apertura casistica<sup>67</sup>.

La tesi, problematicamente avanzata da alcuni settori della riflessione teorica nord-ameri-

ora in *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, a cura di G.B. Ratti e V. Velluzzi, Bari, 2016.

<sup>64</sup> Così F. SCHAUER 2004, 770. Un’avvertenza per il lettore: questa e le altre che seguiranno sono tutte traduzioni di servizio.

<sup>65</sup> Si noti che comunque, anche a volere enfatizzare i tratti che potrebbero indurre ad assimilare la Corte edu ad un organo di giustizia costituzionale, lo stesso imbarazzante interrogativo formulato in apertura tende, invero, a riproporsi in termini sostanzialmente non dissimili in relazione a sistemi di giustizia costituzionale, come ad es. quello statunitense, che prevedono un sindacato (diffuso) di costituzionalità tipicamente legato al c.d. *case or controversy requirement*, secondo cui «le *constitutional rules* devono essere formulate nel contesto di *actual cases and controversies*»: situazione con cui il controllo di convenzionalità, affidato alla Corte edu - anche ammesso che la si voglia rappresentare, più che come un “quarto grado di giudizio”, come una “seconda Corte costituzionale” - condivide più di qualche tratto di affinità: F. SCHAUER, 2006, 884, 893. Tutto ciò senza ignorare ovviamente gli innegabili profili di distinzione tra *constitutional adjudication* e *common law judging*: Sul punto cfr. M. J. GERHARDT 2005, 941.

<sup>66</sup> Come le corti di *common*, anche i giudici della Corte europea “are in two businesses: deciding individual disputes and enriching our body of legal norms”: M.A. EISEMBERG 1988, 4.

<sup>67</sup> Per di più, sembrerebbe che un simile effetto di distorsione prospettica sia destinato a passare generalmente come inosservato, a non essere neanche percepito dal giudice, chiamato com’è a concentrarsi sulla c.d. *this-ness* del caso da decidere, ossia sulle particolarità normative e fattuali del singolo caso in discussione: F. SCHAUER 2006, 884.

cana che si è concentrata a fondo sui meccanismi di produzione del diritto interni al *common law* - con considerazioni analogicamente estensibili anche al nostro campo di indagine - è, dunque, che le disfunzioni regolative che il c.d. *immediate case* è potenzialmente in grado di produrre possano sistematicamente condannare il *lawmaking* del giudice a risultati sub-ottimali, presumibilmente peggiori di quelli raggiungibili attraverso metodi di creazione delle regole non (o, come nel caso dei giudici costituzionali, comparativamente meno) «orientati alle controversie» (i c.d. metodi *dispute-driven*).

Un rischio - quello di produrre regole decisionali «sotto-inclusive» perché dimensionate su casi concreti «non rappresentativi» della più ampia classe di casi tipologici potenzialmente rilevanti - certamente osservabile con caratteristiche di più intuitiva evidenza per i c.d. *great cases* e per gli *hard cases*, e cioè per i «casi che catturano l'attenzione» (i c.d. *attention-grabbing cases*, uno su tutti il caso *Conrada*), ma che si reputa senz'altro presente anche al cospetto di casi più ordinari: non sono soltanto i primi, come vorrebbe la famosa opinione dissenziente del giudice Holmes<sup>68</sup>, ad imprimere le loro peculiarità fattuali, in chiave di possibile alterazione distorsiva della regola di giudizio, sui giudici chiamati a deciderli. Allo stesso modo si ritiene che agiscano, presumibilmente con intensità non minore, anche i casi che appartengono alla normale *routine* decisionale del giudice.

Il che apre alla «disturbante possibilità che sia semplicemente il decidere casi che di per sé fa cattivo diritto»<sup>69</sup>.

3.1. La premessa è che le regole decisionali di creazione giurisprudenziale, incluse le regole che si propongono di bilanciare diritti convenzionali e interessi nazionali, per acquisire lo *status* di vere e proprie regole, devono esser in grado di esprimere una vocazione prospettica rivolta alla soluzione di casi futuri (assumere cioè i tratti delle c.d. *perspective rules*), e per questo debbano necessariamente incorporare vere e proprie generalizzazioni<sup>70</sup>.

Il rischio è, però, che «le caratteristiche particolari del caso concreto che propizia il *rulemaking* del giudice, potenzialmente presenti soltanto in un circoscritto numero di casi all'interno del raggruppamento rilevante, generino una regola adatta per quel tipo di caso, ma inadatta per molti altri»<sup>71</sup>. In queste condizioni sorge pertanto «l'inquietante questione» di stabilire se la generalizzazione (per es. quella contenuta nella regola di bilanciamento creata dal giudice per il caso concreto) «sia migliore o peggiore in virtù del fatto di essere stata concepita e formulata nel contesto di una singola controversia da decidere»<sup>72</sup>.

L'idea di fondo da cui partire è che ogni *rulemaker*, ogni produttore di regole, dovrebbe essere sempre, esplicitamente o implicitamente, implicato in un processo che gli assegna il compito di «ispezionare» il futuro e «immaginare il campo virtuale di decisioni che dovrà essere governato dalla regola candidata a guidarle»<sup>73</sup>: nel nostro ambito di indagine, il compito dovrebbe essere quello di immaginare il campo virtuale dei possibili casi di conflitto generati da una certa regolamentazione normativa che dovranno essere governati dalla regola di collusione candidata ad amministrarli.

Lo scottante problema segnalato dalle indagini teoriche sui sistemi decisionali «caso-dipendenti», però, è che, nell'ottemperare all'inevitabile incombenza di come calibrare portata e contenuti della generalizzazione sottostante alla regola e organizzare la distribuzione degli «eventi» futuri al suo interno, c'è il rischio che il decisore di *common law* (e, come lui, il decisore europeo) siano catturati nell'orbita esclusiva di quello che potremmo denominare l'«effett-

<sup>68</sup> «Great cases like hard cases make bad law»: O.W. HOLMES, *Northern securities co United States*, 193 US 197, 400 (1904).

<sup>69</sup> F. SCHAUER 2006, 885.

<sup>70</sup> Ciò che fa di una regola una regola (includere le regole di soluzione del conflitto diritti convenzionali/interessi penalmente rilevanti), e la distingue da un mero provvedimento individuale e concreto, è il fatto di contenere al suo interno una generalizzazione che dispone per l'intera serie di atti o eventi in essa sumsumibili, che decide cioè come deve essere disciplinata *non una*, ma una *classe* di future condotte o controversie. In questo senso, il *lawmaking* del giudice, incluso quello del giudice europeo, non può che assumere i più specifici contorni di un *rulemaking*, deve cioè necessariamente esprimersi attraverso la creazione di *regole*, in quanto tali necessariamente connotate dall'attributo della *generalità*. Sul tema v. F. SCHAUER 2008, 30 e ss., 46 e ss., e 52 e ss.

<sup>71</sup> Così F. SCHAUER 2004, 778.

<sup>72</sup> F. SCHAUER 2006, 890. In questa prospettiva, quanto meno la singola decisione particolare è realmente in grado di esercitare un'effettiva forza vincolante sul futuro, tanto meno l'inquietante interrogativo «i casi generano cattivo diritto?» è effettivamente in grado di mettere in crisi i metodi di decisione casistica strutturati sulla falsariga del metodo di *common law*; e, per converso, quanto più, nel processo di *rule creation*, «la decisione particolare è autenticamente in grado di ipotecare il futuro - e questo è il punto cruciale del precedente - tanto più il fenomeno presenta caratteri autenticamente problematici». Per quel che ci riguarda, quanto più si è disposti a concedere che la singola decisione della Corte edu assuma valore vincolante di precedente-sentenza nei confronti delle giurisprudenze nazionali, più il problema ha ragione di porsi.

<sup>73</sup> F. SCHAUER 2006, 893, il quale aggiunge «Questo può essere fatto bene o male ma una componente necessaria di ogni processo di formazione di regole è il tentativo di dare un senso - e raramente è molto di più di questo - a come si presenterà l'insieme dei futuri atti, eventi, controversie e occasioni decisionali» (traduzione di servizio).

to-calamita” prodotto dal caso particolare pendente davanti ad essi.

Più precisamente, in questi sistemi, il giudice incaricato per la prima volta di provvedere alla creazione di una regola nel contesto di una decisione attuale destinata a valere come guida per la soluzione di casi futuri, trovandosi di fronte un determinato caso concreto con caratteristiche specifiche ben definite, sarà, il più delle volte, presumibilmente indotto a credere che il caso particolare che è tenuto a decidere (e sulla cui base costruisce la generalizzazione posta a base della regola) sia dotato di una carica “espressivo-rappresentativa” tale da “saturare” il ventaglio (potenzialmente più ampio) di proprietà rilevanti e corrispondenti tipologie casistiche<sup>74</sup>.

Mentre, in realtà, è ben probabile che in molti casi (anche se, lo ribadiamo, *non sempre*, non necessariamente) le cose non stiano così: e che «la decisione appropriata per quel caso possa non essere la decisione appropriata per alcuni, per molti, o perfino per quasi tutti gli altri membri della stessa classe»<sup>75</sup>.

Ora, come meglio vedremo appresso, un giudice razionale alle prese con l'inevitabile compito di creare una regola e stabilirne estensione e contenuto, dovrebbe valutare in che misura il caso concreto da decidere, con tutto il suo carico di specifiche peculiarità fattuali e normative, sia realmente rappresentativo dell'intera classe di casi cui appartiene: dovrebbe cioè impegnarsi nel «creare una regola che risulti basata su una valutazione ad ampio spettro del tipo di condotte o eventi suscettibili di rientrare nel suo ambito, in vista della soluzione che produce il miglior risultato aggregato per l'intera classe. Un tale processo dovrebbe necessariamente implicare l'onere di determinare in che misura l'esemplare concreto, la cui immediata presenza davanti al decisore ha occasionato la creazione della regola, riesca a esprimere la più ampia classe di riferimento»<sup>76</sup>.

Il problema è che i giudici di *common law* (e, fatte sempre le debite eccezioni, si può supporre che lo stesso in molti casi possa valere anche per i giudici europei), non sarebbero generalmente nelle condizioni più idonee per effettuare valutazioni di questo tipo secondo simili parametri di razionalità argomentativa perché «sono come ipnotizzati dal caso che hanno davanti agli occhi e, di conseguenza, sono spesso indotti a credere che il membro ad essi più prossimo della classe sia rappresentativo dell'intera classe»<sup>77</sup>. Il cuore del problema segnalato dalle più acute indagini meta-giurisprudenziali sui sistemi di *common law* è che i decisori che operano al loro interno sono spesso portati a effettuare una “stima al rialzo” delle capacità paradigmatico-esemplificative del caso concreto in decisione, e ciò accadrebbe non all'esito di una indagine razionalmente controllabile sulla fisionomia complessiva della classe generale di appartenenza e sulla sua (possibilmente più articolata) composizione interna, bensì sulla spinta di «fattori di prossimità» nei confronti dei quali un decisore idealmente collocato in posizione più distante dallo specifico caso individuale da risolvere (in ipotesi, una corte costituzionale come la nostra) si potrebbe mostrare maggiormente immune. Vediamo di che si tratta.

## 3.1. (segue) ...E con l'euristica della disponibilità.

Negli studi di psicologia del giudizio, questo fenomeno, dell'essere il decisore «sovra-condizionato» (*overinfluenced*) dalla configurazione specifica che assume l'esemplare concreto «più prossimo», è comunemente denominato “euristica della disponibilità” (*availability heuristic*, o anche *salience heuristic*): l'idea basilare ruota attorno al rilievo per cui, quando i soggetti tenuti a prendere una qualsiasi decisione si trovano di fronte un «evento saliente» che giace sotto la loro percezione diretta come dato immediatamente disponibile e facile da richiamare, questo, in un certo senso, «li tiene in ostaggio»: precisamente nel senso che un simile evento è in grado di catturarne in misura così intensa le loro “risorse attenzionali” da spingerli a prendere decisioni «aggregate» (e cioè impegnative per l'intera classe generale di riferimento) che finiscono col sovraindebitarsi nei confronti dell'evento particolare, di cui sono inevitabilmente portati a

<sup>74</sup> E se, eventualità poco frequente, «le cose stanno davvero così, il problema non si pone. Ma se il caso specifico in decisione (*l'immediate case*) non è in grado di sprigionare una sufficiente carica espressivo-rappresentativa, il giudice è il più delle volte istintivamente portato a pensare ugualmente che lo sia, un errore precisamente generato dal fatto che questo caso è sotto la percezione del giudice, mentre altri casi potenzialmente rientranti nella classe di riferimento non lo sono»: F. SCHAUER 2006, 894.

<sup>75</sup> F. SCHAUER, *ibid.*

<sup>76</sup> F. SCHAUER, *ibid.*

<sup>77</sup> F. SCHAUER, *ibid.*



sopravalutare la rappresentatività<sup>78</sup>. Trasferendo al mondo delle decisioni giudiziarie i postulati di base dell'euristica della disponibilità, il rischio, per i giudici impegnati nella creazione della regola per il caso concreto, è quello di sovradimensionare sistematicamente la "portata espressiva" del caso particolare con cui si stanno confrontando, sopravalutandone la capacità di esprimere il *tipo* di caso da disciplinare.

Sempre nel tentativo di trapiantare analogicamente alcune delle più originali acquisizioni di psicologia cognitiva sul terreno delle decisioni giurisdizionali, si è osservato che la "fallacia di generalizzazione" di cui può cadere vittima il giudice (di *common law*, e, per estensione, anche europeo) al momento di procedere alla costruzione di casi-tipo e connesse regole di giudizio per effetto di una iper-valorizzazione delle capacità "esemplarizzanti" del caso concreto da decidere possa ricevere un rinforzo ulteriore se si considera che gli effetti prodotti dalla euristica della disponibilità sono solitamente accompagnati dal c.d. «effetto di ancoraggio» (*anchoring effect*): il fenomeno strettamente collegato per cui le proprietà che caratterizzano il «primo evento» sono in grado di «bloccare» la considerazione potenziale da parte del decisore attuale delle proprietà che potrebbero eventualmente caratterizzare possibili «eventi susseguenti»<sup>79</sup>. Un effetto che si verificherebbe persino se il decisore fosse consapevole delle «trappole della prossimità»: l'effetto di ancoraggio si produrrebbe, cioè, persino se il giudice, nel procedere alla creazione della regola (nel nostro caso la regola di bilanciamento), arrivasse francamente a riconoscere come un'evenienza possibile la futura emersione di casi e correlative proprietà generali in grado di divergere significativamente dalle caratteristiche salienti del caso concreto da risolvere<sup>80</sup>.

Gli studi di psicologia cognitiva su come si formano le preferenze decisionali hanno poi messo in luce un terzo ordine di fattori comunemente considerato in grado di produrre lo stesso effetto di "inchiodare" il decisore alle caratteristiche del caso che ha sollecitato la formulazione della regola: si allude ai fenomeni di "appiattimento casistico" derivanti dal c.d. «inquadramento della questione» (*issue framing*)<sup>81</sup>. Ovverosia il fenomeno per cui il caso individuale, mettendo in evidenza soltanto un limitato sotto-insieme di considerazioni potenzialmente rilevanti, può spingere i giudici futuri a concentrarsi su quel sotto-insieme quando ricostruiscono un certo campo di esperienza, subendo gli "effetti inerziali" derivanti dal primo inquadramento della questione: «il caso che ha propiziato la creazione giudiziale della regola fornisce il *frame*, la cornice, sotto cui le caratteristiche delle controversie future saranno immaginate, verosimilmente in modo altamente fuorviante. Se questo caso ha un certo numero di caratteristiche particolarmente salienti, anche il giudice consapevole della necessità di ispezionare, in vista della formazione della regola, un più ampio campionario di casi realmente emersi o prevedibili, probabilmente si concentrerà in modo sproporzionato sulle caratteristiche salienti del primo caso»<sup>82</sup>.

La conclusione che se ne ricava è che i tre fenomeni della «disponibilità», dell'«ancoraggio» e della «cornice», cospirano e si rinforzano a vicenda per determinare la stessa *impasse*: la capacità che casi, eventi o situazioni particolari collocati in relazione di prossimità col decisore e, per questo, più nitidamente percepiti hanno «di alterare, piuttosto che di arricchire, la base informativa di decisioni chiamate a fare i conti col problema della "molteplicità delle istanze"»<sup>83</sup>. Insomma, quel che questi modelli teorici di analisi delle decisioni giudiziarie *case-based* ricavano dagli apporti conoscitivi forniti dalle scienze sociali è che la presenza davanti al giudice di una disputa concreta avente ad oggetto un caso particolare *is likely to distort any lawmaking that occur in that case*; e questo perché il coagulo che si forma attorno alle caratteristiche specifiche del caso concreto in discussione è considerato tendenzialmente in grado di «compromettere la capacità del decisore di valutare accuratamente il campo degli eventi

<sup>78</sup> Il richiamo è agli studi di A. TWERSKY e D. KAHNEMAN 1974, 1124 e ss., di cui costituiscono un ulteriore sviluppo in tema di sovrarappresentatività e euristiche della prossimità gli articoli contenuti in T. GILOVICH, D. GRIFFIN, D. KAHNEMAN 2002, 19-119.

<sup>79</sup> Sul punto v. C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI, A.J. WISTRICH 2001, 787.

<sup>80</sup> «Persino se il caso concreto oggetto di decisione non fosse dotato di rappresentatività sufficiente, il suo effetto di ancoraggio può spingere i giudici, anche quelli consapevoli dei possibili errori derivanti dall'euristica della disponibilità, a costruire un campo che finisce col risultare molto più simile al caso giudicato di quanto la realtà sottostante in effetti non giustifichi»: F. SCHAUER 2006, 897.

<sup>81</sup> Sul punto S. PLOUS 1993, 97.

<sup>82</sup> F. SCHAUER 2006, 898.

<sup>83</sup> Così F. SCHAUER, *ibid.*, il quale, sempre a proposito della tendenza messa in luce dalle acquisizioni di psicologia cognitiva a concepire l'evento che si impone alla nostra percezione come più prossimo (c.d. *looming event*) «come base per la costruzione di una più ampia classe di eventi (...) anche quando l'evento che ci si profila davanti come primo oggetto della nostra percezione non sia sufficientemente rappresentativo», sottolinea che «nel contesto del *decisionmaking* di *common law* è il caso individuale che svolge il ruolo di *looming event*».

futuri che ogni regola con funzioni prospettiche dovrebbe incaricarsi di esaminare»<sup>84</sup>. Detto altrimenti, con più specifico riferimento al problema del bilanciamento: di compromettere la capacità del decisore di percepire le proprietà definitorie di una più ampia classe di casi tipologici di conflitto tra gli stessi diritti e interessi, di cui il caso generico costruito sul caso concreto è solo un'istanza.

Anche se non si tratta di un esito per forza di cose ineluttabile, quel che il più delle volte accade nei sistemi di formazione della regola “caso-sensibili” è che la “pressione decisionale” esercitata dal caso concreto comporta la conseguenza per cui il giudice, istituzionalmente chiamato in prima battuta a decidere *questo caso*, «concentra risorse attenzionali su ciò che è visibile e a portata di mano»: in questi sistemi, «il potere del particolare è un potere con potenziali riverberi deformanti, con corti che spesso applicano la regola di decisione che produce il risultato immediato più appropriato per il caso di specie, anche se questa stessa regola potrebbe produrre risultati potenzialmente erronei in casi futuri»<sup>85</sup>.

Una conclusione sembra perciò destinata a uscirne ulteriormente rafforzata: la c.d. «euristica della prossimità» - e i conseguenti effetti di “incollamento al caso concreto” tipicamente osservabili all'interno dei sistemi giudiziari di produzione delle regole tipicamente concepiti in chiave “caso-dipendente” - può costituire una cornice concettuale utilmente impiegabile a sostegno della scelta fatta dalla giurisprudenza costituzionale nostrana con la sentenza *Varvara* del 2015 di negare, in linea di principio, forza vincolante *immediata a singole* pronunce con cui la Corte edu pretenda di bilanciare i diritti, i principi o gli interessi in gioco unicamente in rapporto ad un singolo caso generico di conflitto ricostruito in modo da ricalcare fedelmente le specifiche caratteristiche del caso concreto sottoposto alla sua cognizione. O meglio, di concedergliela solo a patto di averne preventivamente e razionalmente vagliato, in sede di successivo controllo di legittimità costituzionale, la «forza esemplare» nei modi che diremo<sup>86</sup>. (*infra* par. 5)

## 4. Cosa abbiamo da imparare dalla «teoria generale del precedente».

L'argomento che fa leva sulla possibile “eredità maligna” del caso concreto nella costruzione della regola giudiziale di soluzione del conflitto tra diritti convenzionali e diritti, principi o interessi tutelati dal diritto penale nazionale, vale, però, solo se si adotta una prospettiva di inquadramento concettuale basata sulla considerazione *statica* di una *singola* decisione isolatamente considerata.

Le cose ovviamente sono, almeno sulla carta, destinate a cambiare se si passa da una prospettiva di osservazione *statica*, che concentra il *focus* dell'indagine sulla singola decisione, a una prospettiva di osservazione *dinamica*: vale a dire ad un'indagine di tipo «sistemico-evolutivo» che sposti l'obbiettivo dal c.d. *first case* ai *subsequent cases* e verifichi, per ogni ipotesi di conflitto tra diritti convenzionali e interessi nazionali, se il sistema Cedu, considerato nel suo complesso, abbia saputo operare come un sistema in grado, come il *common law*, di “lavorare da sé”, in modalità «auto-correttiva», in vista della formazione progressiva di regole di bilanciamento costituenti il dividendo netto della striscia di casi generici volta per volta presi in esame dal giudice europeo<sup>87</sup>.

La questione è se nel passaggio da una prospettiva di indagine “atomistica” a una più complessiva considerazione “globalista” dei modelli di decisione *case-based* ci si possa legittima-

<sup>84</sup> F. SCHAUER 2006, 899.

<sup>85</sup> F. SCHAUER 2006, 901.

<sup>86</sup> Di «exemplar force», come attributo indispensabile per attribuire efficacia vincolante a una singola decisione che aspiri a funzionare come precedente per il futuro parla B. BAUM LEVENBOOK 2000, 185 e ss.

<sup>87</sup> Sui modelli “evoluzionisti” di indagine dei sistemi di *common law*, cfr., nella letteratura di lingua inglese, con diversità di accenti - più o meno critici a seconda degli autori - nei confronti della sua asserita capacità ‘auto-depurativa’, T.J. ZYWICKI 2003 1553, secondo cui i cambiamenti del quadro istituzionale di sfondo hanno reso il *common law* complessivamente più sensibile, invece che alle pulsioni modificatrici al mutamento delle regole decisionali, a quelle pressioni di stampo ‘conservatore’ che spesso spingono in direzione contraria, e cioè in direzione della ricerca di una comoda «rendita parassitaria» (*rent-seeking pressures*), con conseguente stagnazione della tradizionale orientazione *pro-efficiency* del sistema nel suo complesso e correlativa tendenziale vischiosità, o refrattarietà al cambiamento, della regola di giudizio oggetto di passiva riconferma; D.G. WITHMAN 2000, 755, il quale esamina le condizioni di contesto sotto cui il *Common Law* produce convergenza su una singola regola, piuttosto che oscillazione tra regole diverse; H. HOVENCAMP 1985, 646, secondo cui «ogni seria indagine teorica sulla giurisprudenza deve necessariamente includere una teoria del cambiamento».

mente attendere che i difetti prima rilevati tendano a scomparire o, quanto meno, a sfumare.

Tenteremo di dare al quesito suddetto una risposta tendenzialmente positiva. Non senza rilevare fin d'ora, però, che la (ottimistica?) fiducia nel carattere *self-correcting* dei metodi di decisione basati sul caso - la credenza diffusa che i casi successivi siano potenzialmente in grado di correggere errori e insufficienze rilevabili nella soluzione di casi precedenti: in breve, che il vaglio di nuovi casi offra opportunità di raffinamento migliorativo, più che occasioni di consolidamento peggiorativo - è oggi messa in crisi da indagini teoriche di stampo 'declinista' propense a diagnosticare sul punto un possibile "fallimento del *common law*", con considerazioni potenzialmente estensibili anche alla giurisprudenza della Corte europea<sup>88</sup>.

Passiamo dunque ad analizzare il secondo ordine di ragioni concettuali, evidenziate all'inizio di questo lavoro, che sembrano spingere, sullo specifico versante dei bilanciamenti europei, verso la formulazione di regole di disciplina del conflitto a contenuto tendenzialmente universalizzante capaci di produrre effetti vincolanti, sia all'interno che all'esterno dell'ambiente decisionale di provenienza, solo *se ed in quanto* (e *proprio perché*) dotate di proiezione *ultra-casistica* e, dunque, di effetti ragionevolmente definitivi. Ovverosia alle ragioni concettuali legate alla tecnica del precedente, come tecnica di produzione del diritto basata sui giudici e sui casi.

Le motivazioni di fondo a sostegno di un possibile impiego in questa direzione di considerazioni legate a un simile universo teorico consistono essenzialmente nel fatto che, dietro le spalle di ogni impostazione dogmatica propensa ad assegnare alle pronunce del giudice europeo efficacia decisoria "conclusiva" nei confronti delle corti nazionali, comuni e costituzionali, non è difficile intravedere in controluce la tendenza, quanto meno implicita, ad attrarre analogicamente la questione nell'orbita concettuale del precedente giudiziario vincolante<sup>89</sup>.

Se la sensazione è fondata, quel che qui più preme è svelare un possibile paradosso che si annida in questa tendenza: il paradosso consiste precisamente nel fatto che, a ben guardare, è proprio l'analisi di alcune delle caratteristiche strutturali di fondo e dei meccanismi interni di funzionamento dei sistemi basati sul precedente giudiziario a mettere in luce, al contrario, l'intrinseca problematicità di un vincolo decisionale che si pretenda di potere agganciare a singole pronunce ritagliate su specifiche tipologie casistiche ricostruite unicamente in rapporto alle particolarità fattuali e normative del singolo caso concreto in discussione.

Vediamo allora più da vicino in che senso i contributi conoscitivi provenienti dal versante della «teoria generale del precedente» cospirano con le sopra illustrate indicazioni desumibili dalla «teoria generale del bilanciamento» nel contribuire, anche dal canto loro, a spiegare perché la pressione decisionale che l'ambiente giurisdizionale europeo è potenzialmente in grado di esercitare con i suoi arresti, *in primis* sui giudici costituzionali nazionali, possa essere plausibilmente associata soltanto all'avvenuta creazione al suo interno di *standard* generali e astratti di risoluzione del conflitto con un respiro inter-casistico. Ossia, precisamente, in che senso i sistemi basati sul precedente presuppongono, *per ragioni concettuali interne*, la necessità di subordinare gli effetti vincolanti di una decisione all'avvenuta formazione di regole di giudizio concepite al più alto livello possibile di generalizzazione casistica (come vedremo, a volte sussistente già *ex ante*, più spesso raggiungibile soltanto *ex post*).

Il punto di partenza è che ogni appello al precedente (incluso l'appello ai precedenti europei fatto in sede di giudizio di costituzionalità ex art. 117 Cost.) è una forma di *argomentazione* e una forma di *giustificazione* delle decisioni. La forma *standard* di ogni ricorso ad argomentazioni basate sul precedente, ridotta all'essenziale, è grossomodo questa: «il previo trattamento di un'occorrenza X in maniera Y è, *per il solo motivo del suo risalente pedigree*, una ragione per trattare X in maniera Y, se e quando X ricorre di nuovo»<sup>90</sup>. Se il precedente è concettualizzato come uno strumento appositamente concepito per indirizzare il decisore attuale (per esempio una corte costituzionale) a tenere conto della decisione antecedente (per esempio della corte europea) in modo da fornire la stessa risposta allo stesso tipo di questioni, ne deriva allora che, nella sua forma pura, un'argomentazione basata sul precedente dovrebbe a stretto rigore

<sup>88</sup> il riferimento è a F. SCHAUER 2006, 906 e ss., il quale rileva problematicamente che, se uno dei principali argomenti a favore dei sistemi di *lawmaking* basati sul caso è sempre stato il loro ipotizzato carattere auto-correttivo, non è chiaro se questa immanente sensibilità reattiva al cambiamento sia necessariamente o sistematicamente per il meglio (*for the better*). Ce ne occuperemo un po' più diffusamente in seguito.

<sup>89</sup> Sulle connessioni tra sistema Cedu e universo teorico del precedente v. A. GUAZZAROTTI 2011, 3779 e ss. Per un esame analitico di teoria generale che mette sotto la lente di ingrandimento «la nozione di "precedente giudiziale" e le nozioni, ad essa correlate, di "ratio decidendi" e "obiter dictum"», e distingue «l'identificazione - o interpretazione - del precedente giudiziale» e «la rilevanza - il "valore", l'"efficacia" - del precedente giudiziale» v. P. CHIASSONI 2004, 75 e ss. Per una approfondita indagine v., nella ancora recente letteratura anglosassone, N. DUXBURY 2008.

<sup>90</sup> F. SCHAUER 1987, 571.

concentrarsi esclusivamente sui *risultati* cui tale decisione è pervenuta e non sulla validità delle *ragioni* presentate a supporto di tali risultati. Per converso, quando la forza di una conclusione sta e cade insieme agli argomenti *pro* o contro una tale conclusione, non c'è appello al precedente, pur quando identica conclusione sia stata raggiunta anche in passato<sup>91</sup>. Se il precedente conta, quindi, la decisione antecedente condiziona la decisione susseguente *simply because is prior*, e la condiziona anche se, in ipotesi, reputata erronea dal decisore successivo. Solo se il sistema rende (o, come di sovente accade nel nostro campo di indagine, viene ricostruito in modo da rendere) rilevante il risultato della decisione anteriore senza avere riguardo all'opinione del decisore attuale in ordine alla correttezza della soluzione adottata ci troviamo, dunque, di fronte a quello che viene convenzionalmente definito come un argomento basato sul precedente.

## 4.1.

### (segue) *Un piccolo intermezzo: precedente e analogia.*

Un dato, questo, che emerge con maggiore risalto se si apre una piccola finestra sulle differenze intercorrenti tra ragionamento basato sul precedente e ragionamento basato sull'analogia. Riducendo la questione all'essenziale, alcuni filoni di psicologia cognitiva sostengono che ragionare per analogia è ciò che precisamente fanno i giudici quando argomentano sulla base del precedente: si è ad esempio sostenuto che «l'uso dei precedenti nel diritto sarebbe un'applicazione formalizzata del ragionamento analogico»<sup>92</sup>, o che «il principio del precedente è interamente questione di analogia»<sup>93</sup>. Ma si tratta, a ben guardare, di una equiparazione in larga parte erronea. Come dicevamo, il vincolo al precedente è una forma -per molti versi controtuitiva - di ragionamento giuridico che obbliga, almeno in prima battuta, il decisore attuale a uniformarsi a decisioni precedenti *per il solo fatto che esistono* e non per la loro ritenuta condivisibilità.

Orbene, è proprio questo il tratto identificativo che vale a differenziare l'obbedienza tendenziale al precedente dalla ricerca di un'analogia. Vero è che un'argomentazione condotta in base al precedente richiede pur sempre la «determinazione iniziale di una somiglianza rilevante»<sup>94</sup>, ma le affinità col ragionamento analogico finiscono qui, e gli impieghi tipici del precedente in sede giudiziale comportano molti meno punti di contatto col ragionamento analogico di quanto comunemente non si pensi. A ben vedere infatti, l'addebito solitamente rivolto ai giudici (comuni e costituzionali) di non avere seguito un precedente non è «di avere impiegato l'analogia sbagliata, di avere identificato come analogo un caso precedente con somiglianze solo superficiali ma non strutturali con il caso attuale, di avere trascurato di proiettare le adeguate caratteristiche del caso antecedente (il caso-fonte) sulle caratteristiche del caso attuale (il caso-obiettivo)»<sup>95</sup>: è semmai quello di avere violato l'obbligo di raggiungere la *stessa* conclusione di fronte alla *stessa* questione.

Procedendo per rapidi schizzi, l'analogia presuppone tipicamente una *scelta*, una scelta che non può che cadere sull'analogo-fonte che si rivela pragmaticamente più utile per gli scopi del decisore. E in questo senso l'analogia funziona sempre come *amica*, serve cioè per supportare un'argomentazione e suffragare una determinata conclusione. Al contrario, il precedente è ordinariamente destinato a funzionare come *nemico*: nel senso che la libertà del decisore di scegliersi l'analogo-fonte è tipicamente assente nel vincolo al precedente.

Ne consegue che, mentre nel caso dell'analogia il decisore (attraverso tre operazioni tipiche, quelle della "mappatura", del "ritrovamento" e del "trasferimento") cerca una decisione-fonte per ottenere un sostegno nel prendere quella che reputa la decisione giusta, nel caso del precedente si sente *in linea di massima* vincolato, o costretto, a prendere quella che può anche ritenere essere la decisione sbagliata<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> «Naturalmente avviene spesso che, per coincidenze fortuite e occasionali, la decisione precedente sia coerente con quello che il decisore attuale desidererà fare. In tali evenienze, tuttavia, il precedente non ha effetti. E' solo quando l'esistenza di un precedente vincola il decisore attuale a fare ciò che altrimenti non avrebbe fatto che il precedente fa la differenza, ed è ciò che distingue un precedente che serve da "riempitivo" da un precedente che ha un effetto causale sulla decisione futura»: così F. SCHAUER 2011, 118 (nota 25).

<sup>92</sup> K. J. HOLIOAK 2005, 117 e ss.

<sup>93</sup> B. A. SPELLMAN 2004, 1187.

<sup>94</sup> F. SCHAUER 2011, 113.

<sup>95</sup> F. SCHAUER 2011, 113.

<sup>96</sup> F. SCHAUER 2011, 118.

## 4.2.

**(segue) Il nesso concettuale tra «funzione retrospettiva» e «funzione prospettica» del precedente vincolante e il ruolo centrale giocato dalle c.d. «categorie di assimilazione».**

Ora, secondo un'ottica più convenzionale, un argomento basato sul precedente viene quasi istintivamente associato a un argomento che guarda unicamente "all'indietro" (*backward-looking aspect of precedent*): la consueta prospettiva di indagine sul precedente, dentro e fuori il mondo del diritto, si è tradizionalmente concentrata sull'uso dei precedenti di *ieri* nelle decisioni di oggi. Ma, ad un più attento esame, l'uso di un argomento basato sul precedente non può trascurare di considerare una seconda dimensione essenziale del precedente, basata questa volta su una sua altrettanto indispensabile "inclinazione al futuro". Una dimensione che guarda questa volta "in avanti" (*forward-looking aspect of precedent*), e spinge, all'inverso, a considerare le decisioni di *oggi* come precedenti per i decisori di domani. Accanto ad una più usuale sottolineatura della *funzione retrospettiva* del precedente si affianca così una meno ovvia ma altrettanto, se non più, importante *funzione prospettica*: per ripetere un noto aforisma, *today's is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday*. Un sistema basato sul precedente, dunque, implica sempre «il potere e la responsabilità di impegnare il futuro prima di arrivarci»<sup>97</sup>.

Lo spunto di riflessione che intendiamo sottoporre al dibattito è che concentrare l'attenzione anche sull'aspetto "prospettico" del precedente, considerare il precedente sotto questa più inedita angolazione *pro futuro*, può produrre significative conseguenze anche sull'assetto dei rapporti tra bilanciamenti di competenza della Corte edu e bilanciamenti di competenza delle corti costituzionali nazionali. Vediamo più in dettaglio perché.

Un'architettura decisionale che, come quella in cui si colloca la Corte edu, si presume, anche solo implicitamente, strutturata in conformità all'idea del precedente giudiziario vincolante, come abbiamo appena visto, non chiede soltanto alla corte successivamente chiamata a decidere la questione pendente dinanzi ad essa (sia essa la corte costituzionale, o lo stesso giudice europeo) di uniformarsi alla soluzione adottata in un caso già deciso in precedenza. Chiede anche di concepire *il decisore attuale di oggi come il decisore precedente di domani*.

Per quanto non immediatamente evidente possa a prima vista apparire, anche il c.d. decisore corrente è, nondimeno, sottoposto ai vincoli decisionali complessivamente imposti da un sistema ispirato all'idea di precedente: il "decisore cooperativo", consapevole dei vincoli di sistema, infatti, sa che «se il futuro deve trattare quel che facciamo adesso come presuntivamente vincolante, la nostra decisione corrente deve stabilire non solo quale sia la soluzione migliore per il caso attualmente in discussione (*what is best for now*), ma anche come la decisione per il caso singolo si ripercuoterà sulla soluzione di altri casi analoghi futuri con caratteristiche diverse»<sup>98</sup>.

In questo quadro, la tesi che qui si intende sostenere è che tra le due dimensioni essenziali (quella "retrospettiva" e quella "prospettica") del precedente sussista un nesso di interdipendenza reciproca, se non di implicazione necessaria: le due dimensioni *stanno e cadono insieme*.

Per capire perché occorre partire da un'indispensabile considerazione preliminare. Come l'elaborazione teorica maturata sul terreno dei meccanismi decisionali basati sul precedente non ha mancato di fare opportunamente osservare, quando si pensa alla connessione necessaria tra la dimensione retrospettiva e la dimensione prospettica comunemente associate al precedente ('dal decisore attuale al decisore passato' e 'dal decisore attuale al decisore futuro'), non si deve commettere l'errore di ritenere che l'insieme dei casi susseguenti possa essere assimilato al caso precedente in base a considerazioni di tipo puramente *descrittivo*. In realtà, dal punto di vista descrittivo, le situazioni a raffronto non sono mai *esattamente* identiche: «perché una decisione funzioni come precedente per un'altra decisione non è richiesto che le caratteristiche fattuali del caso precedente e quelle dei casi successivi siano assolutamente identiche: se fosse davvero questo quel che si richiede, niente sarebbe mai un precedente per nient'altro»<sup>99</sup>. Dobbiamo quindi giocoforza abbandonare il regno puro dell'assoluta identità<sup>100</sup>: cosa che, per

<sup>97</sup> F. SCHAUER 1987, 573.

<sup>98</sup> F. SCHAUER 1987, 589.

<sup>99</sup> F. SCHAUER 1987, 577.

<sup>100</sup> «Pertanto, chi intende stabilire un precedente per il futuro ha in mente una qualche categoria all'interno della quale i decisori di domani collocheranno i fatti di oggi. Raramente infatti, al tempo della prima decisione, si pensa che verranno in considerazione esattamente gli stessi

inciso, non può non rivestire notevole importanza ai nostri fini, posto che la nozione-chiave che, a partire dalle sentenze gemelle del 2007 ha orientato i rapporti tra giudice europeo e giudice costituzionale è sempre stata la nozione di caso *identico* a quello deciso a Strasburgo.

Su questo sfondo si è, di conseguenza, persuasivamente ritenuto che la rilevanza come precedente di una decisione presa anteriormente dipenda da *come* i giudici «caratterizzano» i fatti del caso: per valutare *cosa conta come precedente per cosa*, dobbiamo sempre impegnarci in una qualche attività di determinazione delle «somiglianze rilevanti» tra casi antecedenti e casi susseguenti, e questa determinazione non può che dipendere dalla reperibilità nella decisione precedente di un qualche *standard* valutativo esterno che specifichi quali similarità siano da considerare rilevanti e quali possiamo ignorare.

In questa prospettiva, quel che consente di definire il campo degli effetti vincolanti di una decisione che aspiri ad agire come precedente per il futuro è la presenza al suo interno di una «regola di rilevanza» o «categoria di assimilazione» (*ratio decidendi*, principio decisionale: nel nostro ambito di indagine specifico, la regola di bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi costituzionali con le sue relative condizioni di applicazione): è questo il concetto-chiave per il funzionamento dell'intero sistema del precedente, *precedent depend upon such rules*.

La questione centrale è, dunque, quella dell'«assimilazione»: il funzionamento pratico del sistema del precedente dipende dal criterio selezionato a questi effetti, nel senso che «una qualche operazione di raggruppamento sotto un'unica categoria è imprescindibile per l'andamento complessivo del sistema del precedente»<sup>101</sup>.

In questo quadro, il punto cruciale che qui più preme sottolineare è che è il diverso modo di costruire la c.d. regola di rilevanza che orienta tutto il processo delle future assimilazioni: i limiti entro cui un caso futuro potrà essere considerato accomunabile al caso attuale dipendono strettamente da *come* si costruisce la regola di rilevanza che si intende adottare. I diversi contenuti che la c.d. categoria di assimilazione può assumere sono, infatti, sempre il risultato di una scelta tra più «caratterizzazioni» alternative possibili del caso in discussione e, in dipendenza di ciò, sarà «il modo in cui si stabiliscono portata, contenuto e limiti di estensione della caratterizzazione prescelta a determinare se i casi successivi saranno classificati come simili»<sup>102</sup>.

Ora, è proprio in questo snodo che si situa, anche nel nostro specifico campo di indagine, l'ipotizzata connessione *concettuale* (cioè, l'implicazione necessaria) tra «funzione retrospettiva» e «funzione prospettica» del precedente. Ed è precisamente da ciò che dipende tutta la conseguente dinamica tra vincolo e variazione, sia all'*interno* che all'*esterno* dell'ambiente decisionale europeo.

Più precisamente, il decisore attuale impegnato nella soluzione giurisdizionale di un caso individuale e interessato a stabilire un precedente per il futuro può formulare la regola di rilevanza a diversi «livelli di generalità»<sup>103</sup>: da questa presa d'atto deriva una considerazione di notevole rilievo anche per il tema che ci occupa e, cioè, che la portata vincolante di una decisione giudiziaria che aspiri a funzionare come precedente per decisioni future è fatalmente destinata a variare in rapporto al diverso grado di estensione della categoria di assimilazione prescelta. E' cioè una variabile dipendente dal suo livello di generalizzazione casistica.

Sembra a prima vista un paradosso, ma il grado di vincolatività di un precedente giudiziario è tanto più elevato quanto più ampia è la categoria di assimilazione su cui si impernia. E per converso, quanto più stretta è la 'taglia' della regola di giudizio adottata, meno significativo sarà il suo impatto sul decisore successivo. Ne deriva che la forza vincolante del precedente dipenderà, in ultima analisi, da quanta variazione, da quanti scostamenti il decisore chiamato a intervenire successivamente (sia esso lo stesso giudice europeo o il giudice costituzionale) è autorizzato o incoraggiato a riconoscere in sede di eventuale integrazione o rettifica della regola di giudizio in precedenza adottata.

In questo senso, ciò che più importa mettere a fuoco è che il vincolo prodotto dal precedente non è una questione *All-or-Nothing*, un affare 'tutto o niente' - come spesso sembra invece trasparire dal modo comune di impostare la questione dei rapporti tra Corte europea e corti nazionali - ma semmai una *questione di grado*: nel senso che è il livello di generalità della categoria di assimilazione impiegata, il diverso grado di inclusività casistica della regola

fatti. Piuttosto, si presuppone che la decisione stabilisca un precedente per un insieme differente di casi che presentano solo qualche tratto di identità col caso in discussione»: F. SCHAUER 1987, 578.

<sup>101</sup> F. SCHAUER 1987, 579.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Per riprendere la nozione di Laurence H. TRIBE e M. C. DORF 2005, 99.

di rilevanza prescelta, a determinare la forza vincolante della decisione o, all'opposto, la sua sensibilità al cambiamento.

E' proprio questo il dato di fondo messo in luce a più riprese dalle più perspicue analisi del ragionamento giuridico basato sul precedente: se le conclusioni raggiunte in sede di risoluzione giudiziale del caso singolo sono destinate ad applicarsi a un *set* sufficientemente ampio di casi analoghi, è molto probabile che il vincolo al precedente produca effetti sostanziali. Per converso, se la *rule of likeness* ha un perimetro applicativo comparativamente più ridotto, ciò significa che il *decisionmaker* ha sentito il bisogno di considerare pochi casi (o, al limite, nessun altro caso) oltre il caso pendente dinanzi a sé, e il vincolo al precedente sarà correlativamente meno significativo (o al limite irrilevante).

Da qui il condivisibile rilievo per cui, nell'universo concettuale del precedente giudiziario, la questione della forza vincolante (*Strenght*), del peso (*Weight*) della decisione giurisdizionale, è una variabile dipendente dalla sua portata applicativa, un gradiente direttamente proporzionale rispetto al *più o meno* elevato tasso di generalizzazione casistica (*Size*) della regola di rilevanza su cui si impernia.

La premessa solitamente valorizzata dagli studi di teoria generale per arrivare a una simile conclusione è che un precedente può anche limitarsi a offrire soltanto *una* ragione in vista della futura adozione di una decisione sullo stesso tipo di questioni, senza con ciò somministrare sempre e comunque una ragione che sia anche *conclusiva*<sup>104</sup>: «dire che il precedente fornisce una ragione per decidere in un certo modo non significa affatto dire che seguire il precedente è quello che dobbiamo fare sempre e invariabilmente, *all thing considered*».

In questa diffusa prospettiva di analisi, il precedente vincolante è quello che presenta la duplice e concorrente caratteristica di dover essere *o* seguito *o* sottoposto a *distinguishing*: la decisione presa anteriormente è, cioè, da considerare come dotata di potere vincolante precisamente perché mette il decisore successivo di fronte all' *aut-aut* di doverla alternativamente *seguire o distinguere*. In questo senso, il precedente giudiziario, «potendo vedere la sua capacità di controllo delle decisioni future sopravanzata da altri fattori, può essere considerato solo come un vincolo *non conclusivo*»<sup>105</sup>. Una concezione come questa, nel descriverne il funzionamento in termini di «oneri argomentativi» piuttosto che di «preclusioni assolute», si distingue perciò dal modo ordinario di contrapporre il precedente vincolante al precedente meramente «persuasivo»: a seguire questo tipo di approccio, il precedente va infatti inteso come certamente dotato di peso decisionale, senza però, con ciò, doverlo per forza considerare come *assolutamente* vincolante (*dispositive*): o meglio, considerandolo tale solo *coeteris paribus*<sup>106</sup>.

Questo accade perché, nei sistemi che si ritengono retti dalla logica del precedente giudiziario vincolante (o, comunque, da qualcosa che ad esso somigli), la pre-condizione essenziale che fa scattare il vincolo a carico dei decisori futuri è sempre la ravvisata presenza tra i due casi concreti a raffronto (quello già deciso e quello da decidere) di una «relazione di somiglianza rilevante»; mentre, per converso, qualsiasi «fattore di superamento» della regola di giudizio precedente (le c.d. *overriding conditions*) è sempre il risultato della constatata assenza di una siffatta relazione di similarità: i due casi concreti a raffronto non sono questa volta (reputati come) riconducibili sotto la stessa tipologia casistica, ma vengono fatti rientrare sotto casi generici diversi in base alla valorizzazione di diverse proprietà rilevanti. Ed è appena il caso di notare per inciso che, essendo la relazione di somiglianza *prescrittiva* e non *descrittiva*, la mossa di valorizzare proprietà ulteriori e diverse rispetto a quelle già prese in considerazione dalla corte precedente dipende dai giudizi di valore condivisi dall'interprete. Il che, quando si tratta di rettificare regole di bilanciamento, non può che risentire del diverso modo di concepire, pesare e coordinare tra loro i beni in conflitto, a cominciare dal diverso modo di intendere a monte la loro stessa «commensurabilità» in culture giudiziarie diverse.

In questo senso, se la questione del vincolo al precedente si gioca tutta sul terreno delle relazioni di somiglianza/differenza (tra casi concreti opportunamente ridescritti come casi ge-

<sup>104</sup> «Possiamo certamente immaginare un sistema in cui il precedente trattamento di *X* in modo *Y* fornisca per questa sola ragione un conclusivo, irrefutabile argomento per trattare *X* in modo *Y* adesso. Ma sembra anche che un precedente possa rilevare anche se possiede un peso più ridotto. Perché il precedente possa rilevare in questo modo non assoluto, il precedente trattamento di *X* in modo *Y* si può dire che fornisca *una* ragione per trattare *X* in modo *Y* adesso. Ci possono essere altre ragioni per trattare *X* in modo *Y*. Quel che più conta, ci possono essere altre ragioni per trattare *X* in modo non-*Y* o in modo *Z*»: F. SCHAUER 1987, 592.

<sup>105</sup> F. SCHAUER 1987, 593.

<sup>106</sup> In questo senso si potrebbe forse dire che il vincolo al precedente non segue lo statuto applicativo delle presunzioni assolute, ma semmai quello delle presunzioni relative: i decisori che aspirano a raggiungere un risultato differente nel *second case* si devono caricare sulle spalle l'onere probatorio dell'individuazione di idonee proprietà differenziatrici.

nerici), le sorti future di una decisione precedente non possono che dipendere dal più o meno marcato livello di generalizzazione casistica del criterio decisionale ad essa sotteso: «sebbene sia sempre possibile distinguere un precedente, questo diventa comparativamente più difficile se descriviamo e usiamo i precedenti in termini generali (...), l'ampiezza della descrizione adottata nel caso preso in esame per primo limita sostanzialmente l'emergere di possibili fattori di distinzione nei casi susseguenti».

Se si è disposti a condividere le premesse teoriche sommariamente riassunte, ne dovrebbe conseguire allora che tutte le volte in cui - come accade anche nel caso dei rapporti tra Corte europea e Corte costituzionale - «ci si aspetta che il decisore futuro senta la spinta vincolante del precedente, il decisore precedente, se vuole evitare il rischio di futuri *distinguishing*, non è soltanto obbligato a rispondere alle esigenze regolative del caso attualmente in discussione, ma è tenuto ad allargare il campo di osservazione anche al più ampio campionario dei casi analoghi ragionevolmente rappresentabili in anticipo come rilevanti». Deve cioè calibrare la soluzione regolativa che intende adottare per il caso individuale sottoposto al suo vaglio su un ventaglio potenzialmente più ampio di casi (generici) già emersi o di possibile futura emersione: in sintesi «decidere sulla base di ciò che è meglio per *tutti* i casi potenzialmente suscettibili di ricadere all'interno di appropriate categorie di assimilazione»<sup>107</sup>.

La morale che se ne può ricavare per gli scopi della nostra indagine è all'incirca questa: accettare i vincoli del precedente non può significare soltanto pretendere l'osservanza dei vincoli che guardano al passato (quelli che dovrebbero ipoteticamente gravare sul decisore costituzionale), ma anche di quelli che guardano al futuro (i vincoli gravanti cioè sul decisore europeo). La maggiore o minore forza vincolante del precedente europeo (o, a parti invertite, il suo maggiore o minore tasso di defettibilità) è una variabile dipendente da come sono state articolate le regole di bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dal sistema penale nazionale, dal loro grado di apertura o chiusura casistica. E se l'efficacia vincolante del precedente Cedu è tanto più intensa quanto più accentuato è il livello di inclusività casistica del criterio di assimilazione sottostante, ecco che, qui come altrove, la questione della "forza" (*Strength*) si dissolve nella questione della portata (*Size*).

In questo senso, allora, impostare una volta e per tutte in termini speculativi-astratti il problema della forza vincolante attribuibile al precedente europeo, come è tipico di quelle posizioni della dottrina penalistica culturalmente più sensibili alle suggestioni della "giurisprudenza-fonte" e del c.d. *mirror effect* prodotto da "sentenze-legge"<sup>108</sup>, senza precisarne le condizioni effettuali di volta in volta che la determinano, serve a ben poco e si risolve, in fondo, in una «cortina fumogena», in «un'affermazione generica che non dice ancora nulla sull'entità di tali vincoli»<sup>109</sup>.

Un ultimo rilievo in chiusura.

In fondo, incentrare la questione della vincolatività del precedente europeo sulla maggiore o minore estensione casistica del criterio di assimilazione su cui viene costruita la regola che disciplina il conflitto tra gli interessi in gioco serve anche a conferire contenuti sostanziali effettivi al mandato 'tratta casi uguali in modo uguale' (*Treat Like Cases Alike*): e cioè a conferire efficacia operativa concreta a un principio (quello appunto di "giustizia formale") in genere invocato sia come una delle più tradizionali ragioni giustificative addotte a sostegno del vincolo al precedente, e sia anche come la fondamentale ragione che sta dietro l'attribuzione al «caso identico» del ruolo di presupposto necessario per l'accesso al sindacato di legittimità costituzionale ex art 117. Cost.

Da questo specifico punto di vista, se le proprietà rilevanti che il decisore sovranazionale pone a base della regola di bilanciamento impiegata, per il fatto di essere state modellate su una specifica e circoscritta classe di casi, dovessero esibire una trama così stretta da spingere potenzialmente il decisore futuro (soprattutto all'esterno, ma anche all'interno, dell'ambiente decisionale europeo) a prendere in considerazione, al limite, *qualsiasi variazione* tra le tipologie casistiche a raffronto, delle due l'una: o il mandato a decidere casi uguali in modo uguale finirebbe con l'averne una effettività pratica pressoché nulla (perché, con ogni probabilità, si sarebbe indotti a superarlo pressoché sempre); o, all'opposto, l'aggancio al «caso identico» finirebbe fatalmente col trasformarsi in una "camicia di forza". A parti invertite, l'uso di proprietà definitorie caratterizzate da un più pronunciato tasso di generalizzazione contenutistica

<sup>107</sup> F. SCHAUER 1987, 588 e ss.

<sup>108</sup> Sul c.d. "effetto specchio", particolarmente tematizzato nell'area giuridico-culturale britannica, v. R. MASTERMAN, 2012.

<sup>109</sup> Così F. SCHAUER 1987, 588 e 594



dovrebbe, all'opposto, riuscire ad attribuire reale operatività al mandato a decidere casi uguali in modo uguale, senza trasformare il vincolo al «caso identico» gravante sul giudice costituzionale in una cieca e irrazionale clausola di sbarramento.

## 5. Lo standard di bilanciamento europeo come *prius* o come *posterius*.

Come anticipato all'inizio, nella logica di fondo che governa il sistema del precedente giudiziario vincolante o l'universalizzazione di una regola di bilanciamento con esplicite valenze ultra-casistiche si incapsula, già *ab initio*, in un unico precedente-sentenza; oppure è il distillato finale di una catena di successive «caratterizzazioni e ri-caratterizzazioni» relative a una pluralità di casi generici tra cui la comunità dei giudici stabilisce, un passo alla volta, analogie e differenze rilevanti.

Sulla base delle premesse teoriche esposte lungo l'intero sviluppo di questo saggio si dovrebbe, allora, potere ricavare, in relazione allo specifico tema di indagine qui affrontato, una conclusione di sintesi come la seguente: incrociando i dati conoscitivi forniti dalla teoria del bilanciamento con i dati conoscitivi provenienti dalla teoria del precedente, ne dovrebbe risultare, grosso modo, che il massimo di vincolatività attribuibile alle pronunce della Corte europea lo si dovrebbe potere riscontrare in quel particolare tipo di decisioni con cui il giudice sovranazionale - in connessione con una più diretta ed esplicita finalizzazione del sindacato in vista di quello che è, in definitiva, un controllo sostanziale sulla ragionevolezza complessiva della disposizione di legge interessata dal ricorso - abbia razionalmente giustificato gli esiti del bilanciamento alla luce di un confronto incrociato tra caso pendente, casi già decisi in passato e casi potenzialmente prospettabili in futuro, calibrando di conseguenza la regola di rilevanza prescelta secondo più elevati coefficienti di apertura casistica.

In sede teorica si è infatti osservato in proposito che, quando si impegna in bilanciamenti definitivi di questo tipo, il giudice, svolgendo in definitiva compiti di integrazione legislativa<sup>110</sup>, formula fin dall'inizio regole di bilanciamento a intrinseca vocazione «sussuntiva» che, proprio per il fatto di essere state parametrize sulla più ampia platea dei casi generici di conflitto conosciuti e di quelli ragionevolmente prospettabili come convergenti nell'area specificamente interessata dalla normativa coinvolta, si presentano come più stabili e più resistenti a trasformazioni e rettifiche, se non a prezzo di sforzi argomentativi comparativamente più intensi<sup>111</sup>.

In questo senso, se il giudice europeo volesse ottenere *standard* di risoluzione del conflitto veramente dotati di efficacia vincolante nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, dovrebbe decidere le questioni di bilanciamento di sua spettanza secondo un protocollo operativo analogicamente equiparabile al modello delle c.d. «sentenze-pilota» (ovviamente a patto di non considerarle una semplice risposta organizzativa interna della Corte europea per far fronte a filoni di contenzioso seriale): ossia, quel genere di sentenze con cui la Corte europea - assumendo più spiccatamente i tratti di una giurisdizione di tipo sostanzialmente costituzionale - identifica nella legislazione statale «violazioni strutturali» che trascendono i «profili individuali» della singola controversia da decidere e richiedono l'adozione di «misure generali» vevoli *erga omnes*. E nella prospettiva appena indicata, proporsi di risolvere quelle «violazioni strutturali» specificamente consistenti nel mancato (o difettoso) bilanciamento legislativo tra diritti convenzionali e beni giuridici statali attraverso «misure generali» dovrebbe comportare l'onere per il giudice europeo di emettere, *ex ante* e nel contesto di un'unica pronuncia, una legge di collisione «ad ampio spettro», concepita cioè al massimo livello possibile di generalizzazione casistica, come tale in grado di travalicare le esigenze di regolamentazione giudiziaria del caso singolo per incidere in chiave manipolativa sul tessuto normativo stesso della disposizione coinvolta.

Nella sostanza, un tale approccio decisionale lo si può forse rintracciare anche nella recente sentenza europea sul c.d. «ergastolo ostativo»: una sentenza che, va detto in nota, proprio per il modo in cui è stata originariamente strutturata la valutazione di legittimità convenzionale,

<sup>110</sup> E anzi, «nella misura in cui siano costantemente applicate, queste norme non sembrano differire significativamente dalle norme di origine legislativa»: così G. ITZCOVICH 2003, 116.

<sup>111</sup> Per considerazioni analoghe cfr. G. PINO 2010, 192.

ha poi di fatto (e al di là dei suoi effetti formalmente vincolanti) consentito alla Corte costituzionale di intervenire più in dettaglio su specifici profili della disciplina censurata - e cioè la non concedibilità ai detenuti non collaboranti per reati di mafia o “di contesto mafioso” dei permessi premio di cui all’art. 4 bis, primo comma O.P. anche qualora siano stati in concreto acquisiti «*elementi tali da escludere sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*» - in base a considerazioni di ragionevolezza-rieducazione (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.) che, pur non evocando direttamente la violazione dell’art. 117 Cost., non possono non avere risentito in misura cospicua del “parametro-ombra” costituito dalle le indicazioni generali già fornite dal giudice europeo. Lasciando verosimilmente presagire un “effetto piano inclinato” aperto a future estensioni in vista del graduale superamento del regime ostativo<sup>112</sup>.

Il fatto è, però, che, nello specifico ambiente decisionale in cui si trova ad operare la Corte europea, l’allestimento *ex ante* di bilanciamenti definitivi con le summenzionate caratteristiche, per intuibili ragioni legate alle caratteristiche strutturali esibite dal sistema sovranazionale di tutela dei diritti umani, dovrebbe costituire un’evenienza comparativamente più rara: se ci si passa il neologismo, i *bilanciamenti-pilota*, pur se in qualche misura implicitamente adombrati dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, non sembrano essere il modello più ricorrente nei repertori giurisprudenziali europei.

E che si tratti di un dato destinato a trovare più smentite che conferme nella realtà della prassi applicativa del giudice europeo lo potrebbe, del resto, confermare anche il fatto che quando - come ad esempio nel caso del Decalogo europeo in materia di diffamazione menzionato in apertura - ci si trova in presenza di sentenze con aspirazioni definitive in senso forte, contenenti cioè bilanciamenti a contenuto ultracassistico, si tratta molto spesso di sentenze con “funzione riepilogativa *ex post*”: e cioè di sentenze con una proiezione “retrospettiva”, verosimilmente costituenti, il più delle volte, soltanto il compendio “a consuntivo” della serie di proprietà generali progressivamente individuate in rapporto all’eterogenea costellazione di casi generici volta per volta passati al vaglio del giudice europeo.

Ed allora, se in ambito europeo la stabilizzazione della regola di collisione non si ottiene quasi mai ‘a primo colpo’, per mezzo di espliciti bilanciamenti definitivi che ispezionano, *in anticipo e per esteso*, la “topografia del conflitto”, ma di solito si guadagna soltanto per approssimazioni successive, la palla non può che passare nelle mani dell’intera comunità dei giudici a turno chiamati ad occuparsi della stessa famiglia di conflitti. E con essa i destini della regola di bilanciamento, i cui contenuti restano (debbono restare) potenzialmente esposti al gioco degli eventuali interventi correttivi delle corti future.

A differenza di quanto dovrebbe accadere nei bilanciamenti definitivi con l’aspirazione a funzionare *fin dall’inizio* da precedente vincolante, nei bilanciamenti caso generico per caso generico, di più usuale competenza della Corte europea, infatti, il giudice non è programmaticamente impegnato in analoghi compiti di regolamentazione normativa “a tutto campo” del conflitto ma produce, per converso, regole di decisione “interstiziali”, esclusivamente misurate al metro del singolo caso tipologico che fa da guscio al caso concreto, e proprio per questo virtualmente defettibili, per questo potenzialmente esposte a variazioni incrementali dei suoi presupposti applicativi: sicché la regola di soluzione del conflitto può emergere solo *successivamente*, nel momento, di difficile e incerta individuazione, in cui si possa dire, pur con tutti i limiti del c.d. «Paradosso del Sorite», che il sistema decisionale Cedu, considerato nel suo complesso, abbia sedimentato, per interconnessioni casistiche progressive, uno *standard* di bilanciamento sufficientemente stabile: uno *standard* destinato perciò a funzionare il più delle volte non come un *prius* bensì come un *posterius*<sup>113</sup>. In fin dei conti, si tratta di due diverse ver-

<sup>112</sup> Corte edu, sentenza 13 giugno 2019, Viola c. Italia (n. 2). A commento della decisione v. E. Dolcini, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 925 ss.; D. Galliani - A. Pugiotto, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 4/2019, 191 ss.; M. Pelissero, *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

In ordine a Corte cost., sentenza 23 ottobre 2019, n. 253., v. S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all’accesso ai permessi premio ex art. 4 bis comma 1 Ord. Pen.*, in «Sistema Penale», 28 gennaio 2020. Più in generale v. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Napoli, 2015. M. ACALE SÁNCHEZ, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Justel, 2016.

<sup>113</sup> Per un’indagine qualitativa e quantitativa, condotta anche con strumenti di rilevazione statistica, sulla tendenza costantemente ribadita dalla Corte a non allontanarsi “senza buone ragioni” (*without good reasons*) dai precedenti già fissati in tempi anteriori, v. Y. Lupu e E. Voeten

sioni funzionalmente equivalenti dello stesso bilanciamento definitorio, entrambe in grado di raggiungere risultati razionalmente giustificati ma in modi e tempi diversi: *ex ante* e “in unica soluzione” nell’un caso, o *ex post* e “per stati di avanzamento” successivi nell’altro.

Naturalmente, lo ribadiamo, non si tratta di un esito per forza di cose obbligato: quello delle c.d. «ri-caratterizzazioni» della regola di bilanciamento non è, cioè, uno scenario immanicabilmente presente in ogni caso, perché non è sempre detto che debbano per forza affiorare altri casi generici contrassegnati da altre proprietà oltre quello collocabile all’inizio della catena di precedenti come *first (original, seminal, o source) case*. Ma una cosa è certa: e, cioè, che è proprio questa soggezione virtuale, questa intrinseca possibilità pressoché sempre incombente di future ricombinazioni qualitative o quantitative del *set* di proprietà generali e astratte che entrano a comporre la premessa maggiore della regola di bilanciamento, a renderne *sempre* necessario un successivo collaudo giudiziale, a esigere una messa alla prova della sua tenuta attraverso un “bagno nel precedente” che ne “sospende” in un certo senso gli effetti vincolanti. E questo anche quando il relativo processo dovesse concludersi con una riconvalida dei criteri selezionati in precedenza: anche quando sia rintracciabile all’interno di una singola decisione della Corte ed alla formulazione, persino esplicita, di un criterio di bilanciamento, il fatto che detto criterio sia stato elaborato in rapporto a una specifica tipologia casistica di conflitto ricostruita in base alle caratteristiche peculiari del caso concreto oggetto di ricorso individuale chiarisce che si tratta sempre e solo di un vincolo *prima facie* e non *conclusivo*, che non chiude, ma semmai apre, la partita in ambito europeo: un “messaggio nella bottiglia” affidato alle correnti interne del mare Cedu, passibile di successive riconferme o rielaborazioni, di future riconvalide o ricomposizioni in chiave integrativo-modificativa delle sue originarie condizioni di applicazione<sup>114</sup>.

Per etichettare questo processo si è anche coniata, nella dottrina specialistica, una definizione apposita, quella di “incrementalismo”: «soprattutto quando si trova a dovere affrontare questioni relativamente nuove o materie eticamente sensibili, il giudice europeo, in ciascuno dei casi decisi, procede un passo alla volta e chiarisce la sua posizione in occasione di ciascuna questione, pervenendo perciò gradualmente alla costruzione di un sistema di *standard* e principi più generali da applicare in futuro (...). Una volta che l’incrementalismo ha fatto il suo lavoro, la Corte può condensarne gli esiti inventariando i ‘principi generali’ che ha sviluppato nel suo *case law*. Questi principi generali si basano sui risultati prodotti dai bilanciamenti già effettuati in casi precedenti, risultati che la Corte ha provveduto a testare ritendoli dotati di un contenuto sufficientemente ampio e accettabile per funzionare come *standard* generali nelle successive applicazioni giurisprudenziali. Spesso è la Grande camera che riunifica le diverse linee applicative sviluppate dalle Camere singole e, nel fare ciò, può confermare, chiarificare, raffinare o anche rivedere gli *standard* precedentemente formulati, oppure può optare per un approccio armonizzante quando sussistono precedenti conflittuali. Così come talvolta può anche distillare da sé qualche principio generale ricavandolo dal peggior panorama giurisprudenziale»<sup>115</sup>. Ed è appena il caso di rilevare incidentalmente che, in mancanza di interventi diretti della Grande Camera in questa direzione, è alle corti costituzionali nazionali che dovrebbe spettare di svolgere, in via surrogatoria, il suddetto compito.

Ma la storia non finisce qui. Perché «in molti casi la Corte europea continua, anche dopo, ad applicare i suoi *standard* ai fatti del caso, e a farlo in maniera individualizzata e caso-sensibile, e cioè a usare la tecnica del *distinguishing* allo scopo di disapplicare, modificare o adattare gli *standard* alla luce delle specifiche circostanze del caso»: dando perciò vita a un doppio movimento, di “andata e ritorno”, e cioè prima ascendente (‘dal particolare al generale’) e poi discendente (‘dal generale al particolare’), potenzialmente in grado di attribuire allo *standard* europeo di risoluzione del conflitto un assetto variabile caratterizzato da ampi ampi margini di manovrabilità allo scopo di concedere spazio ulteriore a valori costituzionali e tradizioni legali nazionali soprattutto in materie eticamente sensibili<sup>116</sup>.

Quel che si può dire a mò di bilancio finale è, dunque, questo: che, se la teoria del ragio-

2012, 3. Disponibile anche all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1643839>.

<sup>114</sup> Per quanto si tratti di un’evenienza meno probabile, una tale esigenza di verifica non si può radicalmente escludere che possa, in linea teorica, anche essere soddisfatta in via autoritativa da un intervento concentrato nelle mani della Grande Camera, quale massimo organo di vertice dell’istituzione giudiziaria europea col compito di risolvere, a norma dell’art. 30 della Cedu, questioni interpretative complesse o contrasti giurisprudenziali.

<sup>115</sup> J. GERARDS 2018, 13 e ss., alla quale si rinvia anche per un accurato studio condotto su un esteso campione giurisprudenziale a dimostrazione di un tale approccio “incrementalista” basato sui casi.

<sup>116</sup> J. Gerards 2018, 16.

namento giuridico basato sul precedente ha davvero qualcosa da dire anche sulla vincolatività dei bilanciamenti europei, ne dovrebbe derivare che, per potere credibilmente svolgere la funzione di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità delle leggi ex art. 117 Cost., la giurisprudenza Cedu nel suo complesso deve avere preliminarmente già risolto *al suo interno* la questione cruciale della portata applicativa da assegnare alla regola di bilanciamento: e cioè deve avere concluso, dentro i confini del suo spazio decisionale, la parabola universalistico-generalizzante che porta dal «caso individuale» al «caso generico», e dal «caso generico» al «caso paradigmatico». Raccordando in tal modo il c.d. «valore interno» del precedente giudiziario europeo al suo «valore esterno»<sup>117</sup>.

## 6.

### Per un'accezione «pragmaticamente orientata» di «bilanciamento consolidato» in ambito europeo.

Per concludere, una domanda rimasta aperta e due possibili scenari ad essa collegati.

La domanda è questa: fino a quando deve girare (e quando si può arrestare) la macchina del precedente in ambito europeo prima di poter dire, con relativo margine di sicurezza, di essere finalmente in presenza di una giurisprudenza consolidata sul terreno dei diversi bilanciamenti tra diritti convenzionali e interessi costituzionali devoluti alla cognizione del giudice sovranazionale?

La domanda ha ragione di porsi soprattutto se si considera che, almeno a stare alla posizione *standard* assunta dal particolarismo etico, resterebbe teoricamente sempre aperta la possibilità della c.d. «riconsiderazione» della regola: «se il particolarismo ha ragione vi saranno - o comunque non si può escludere che vi siano - casi (casi individuali, s'intende) nei quali l'assetto delle ragioni di primo livello sarà tale da giustificare, o esigere, la sospensione dell'applicazione della regola rilevante (...), la riapertura della deliberazione e la decisione del caso sulla base delle ragioni di primo livello (...), riaprendo così il bilanciamento del quale la regola è, in ipotesi, la cristallizzazione»<sup>118</sup>.

Ora, per quanto sia pienamente condivisibile, dal punto di vista *teorico*, la posizione particolarista di chi si preoccupa di mettere in evidenza l'impossibilità concettuale di «chiudere» l'universo delle proprietà rilevanti - l'impossibilità cioè di predeterminare *ex ante* (o di saturare *ex post*) tutte le proprietà rilevanti in modo completo e definitivo - in realtà le condizioni che assicurano la presenza di un precedente consolidato in ambito europeo sono esclusivamente di tipo *pragmatico*: e dal punto di vista pragmatico, quello a cui la nozione di «bilanciamento consolidato» parrebbe più modestamente alludere sarebbero i casi in cui - pur con tutte le incertezze di una simile operazione diagnostica - sia di fatto ravvisabile, dal punto di vista empirico-descrittivo, l'impiego costante di un certo schema di chiusura delle proprietà rilevanti ripetuto nel tempo, la presenza di una regola di temperamento tra i beni in gioco che abbia «dato buona prova di sé» in precedenti applicazioni giurisprudenziali, che sia stata stabilmente

<sup>117</sup> Per questa contrapposizione tra valore «interno» e valore «esterno» del precedente giudiziario europeo, il primo riferito all'ambiente decisionale della Corte edu, il secondo ai suoi effetti nei confronti delle corti nazionali cfr. F.G.E. SUNDBERG 1986, 629. M. BALCERZAK 2004-05, 131 e ss. Sulla necessità di subordinare la vincolatività della giurisprudenza europea alla riscontrata presenza di un «diritto consolidato» (o anche del suo equivalente funzionale *ex ante*) non dovrebbe influire l'istituto previsto dal protocollo 16 della Cedu, che consente alle «Alte Giurisdizioni» degli Stati membri la possibilità di avanzare la richiesta di «pareri consultivi» su «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», anche se «solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad esse»: almeno se si concorda con l'autorevole opinione di chi, in sede di audizione parlamentare, ha prontamente segnalato come «non si potrebbe obiettare che la CEDU deve interpretarsi nel senso fatto proprio dalla Corte di Strasburgo, perché la Corte costituzionale, proprio movendo dalla premessa dell'inesistenza di due ordinamenti separati, ha affermato che l'interpretazione della Corte EDU va seguita solo quando si è cristallizzata in indirizzi «consolidati» (sent. n. 49 del 2015), che qui, per definizione, mancherebbero. Non intendo, invero, l'osservazione formulata nell'audizione del Dott. Sabato, laddove si afferma che «il Parere dovrà essere espressione di una giurisprudenza consolidata». Se così fosse, infatti, non si capisce cosa mai dovrebbe spingere il giudice nazionale a chiedere il parere, rallentando il giudizio innanzi a lui pendente, se non la sua colpevole ignoranza di tale «giurisprudenza consolidata». In realtà, è proprio in assenza di «giurisprudenza consolidata» che avrebbe senso richiedere i pareri»: così M. LUCIANI, 2019.

<sup>118</sup> Così B. CELANO 2016, 278. E' forse il caso di precisare che per «particolarismo» si intende qui non l'assunto, in sé generico e scarsamente interessante, per cui «i casi *individuali*, a causa della loro ontologica complessità o ricchezza, sfuggono sempre alla presa di norme condizionali, che pretendano di fornire soluzioni normative per casi generici». bensì con questo termine si allude, più specificamente, al fenomeno per cui «in virtù di *proprietà* ulteriori o, più generalmente parlando, di caratteristiche che funzionano da ragioni, nuovi casi possono essere distinti dai precedenti, e cioè decisioni giustificate possono, nel caso presente (un caso che condivide col precedente le caratteristiche che erano prima considerate sufficienti per quella decisione) essere revisionate (così che la decisione precedente si dimostra adesso valida sotto condizioni negative fino a quel momento non specificate)»: così B. CELANO, 2012, 280, nota n.36.

adottata per quel tipo di conflitto nell'ambiente decisionale amministrato dalla Corte edu.

Ora, pur con tutti i margini di controvertibilità valutativa che un simile accertamento comporta, in un'ottica pragmaticamente orientata come questa, i due possibili scenari cui prima si alludeva si differenziano tra loro proprio in ragione della possibilità di ravvisare, dal punto di vista empirico-fattuale, un precedente consolidato sul terreno dei diversi bilanciamenti di competenza della Corte europea.

a) Il primo dei due scenari ipotizzabili riguarda i casi di *mancato consolidamento giurisprudenziale* della regola di bilanciamento: fenomeno che assume caratteristiche di immediata evidenza nei casi in cui la regola di coordinamento fra i diritti e gli interessi in gioco sia stata enunciata per la prima volta nel contesto di una singola pronuncia della Corte Edu basata sulla generalizzazione delle sole caratteristiche di fatto e di diritto presenti del singolo caso nazionale di conflitto *sub judice* e non sia stata ancora sottoposta alla prova del precedente (né ovviamente annoveri alle sue spalle una filiera di precedenti specifici che si siano già preoccupati di isolare una legge di collisione ben strutturata tra gli interessi in conflitto).

In questo primo scenario, due ci sembrano le alternative prospettabili al riguardo una volta che la palla sia passata nel campo della Corte costituzionale in sede di sindacato accentrato di legittimità costituzionale *ex art 117 Cost.*

Almeno a stare alle affermazioni contenute in *Varvara* - secondo cui «è solo un “diritto consolidato,” generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento che non sia divenuto definitivo»<sup>119</sup> - la prima, più immediata risposta che ci si potrebbe plausibilmente attendere dal Giudice delle leggi dovrebbe essere quella di respingere la questione di costituzionalità prospettata in relazione all'art. 117 Cost. con un dispositivo meramente processuale di inammissibilità per mancanza di giurisprudenza europea consolidata sul terreno del bilanciamento tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco.

Ma non è questo l'unico esito decisivo a disposizione della Corte costituzionale, e nemmeno il più frequente. La Corte infatti di solito non chiude la partita con un'ordinanza di mera inammissibilità ma dichiara assorbita la questione relativa al prospettato contrasto con l'art. 117 Cost. e procede al bilanciamento fra gli stessi beni *in base a parametri costituzionali interni* (se, come di solito accade, la questione è stata proposta anche in questi termini), sia pure assumendo la sentenza europea come più o meno implicito “precursore”, di cui spesso riproduce i passaggi argomentativi salienti, e finendo col sostituirsi in tal modo al lavoro che la Corte europea ordinariamente svolge nei tempi lunghi imposti dalla tecnica del precedente. Più in particolare, il giudice costituzionale, alle prese con un'eventuale regola di bilanciamento non ancora consolidata in ambito europeo e formulata nel contesto di una o più pronunce isolate della Corte edu potrebbe fare due cose: o sfruttare le disposizioni costituzionali interne per allargarne lo spettro applicativo attraverso autonomi apporti integrativi basati sul confronto con casi analoghi di conflitto diversi da quelli già presi in considerazione dal giudice convenzionale; oppure limitarsi semplicemente a riconfermare, sempre in base a parametri costituzionali interni, il criterio di soluzione del conflitto originariamente formulato in sede europea: il che potrebbe accadere tutte le volte in cui il giudice costituzionale ritenga che le uniche proprietà rilevanti da prendere in considerazione siano quelle (e *solo* quelle) già selezionate dal decisore europeo, come parrebbe essere accaduto, ad esempio, con la già analizzata sentenza n. 96 del 2015 in materia di accesso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita e diagnosi pre-impianto. A maggior ragione, alla stessa tecnica di dichiarare assorbita la questione sollevata in rapporto all'art. 117 Cost. a vantaggio di norme costituzionali interne si può supporre che il giudice costituzionale sia verosimilmente indotto a ricorrere quando ritenga che dal complesso della giurisprudenza europea non emergano univoche linee di indirizzo chiaramente riconoscibili sulla composizione degli interessi in causa, e pertanto manchi un diritto europeo consolidato esente da ambiguità e contraddizioni, come si può, con buona probabilità, ritenere sia accaduto, ad esempio, ancora con la sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio.

b) Il secondo dei due scenari ipotizzabili riguarda, all'opposto, i casi in cui, all'interno

<sup>119</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 49 del 2015 su cui v. V. ZAGREBELSKY 2015, 2 s.; D. PULITANO' 2015, 318; F. VIGANÒ 2015; A. RUGGERI 2015; M. BIGNAMI 2015; D. TEGA 2015 e B. RANDAZZO 2015, 16 ss.; per un confronto con gli auspici di chi, già all'indomani della svolta del 2007, sottolineava la necessità di scongiurare un vincolo di dipendenza generalizzato alle sentenze europee v. M. LUCIANI 2008 203 s. e E. CANNIZZARO 2009, 182 ss.; G. REPETTO, 2015; G. SORRENTI 2015; D. RUSSO 2015.

dell'ambiente decisionale in cui opera il giudice convenzionale, sia riscontrabile, sempre dal punto di vista empirico, l'*avvenuto consolidamento giurisprudenziale* di una regola di bilanciamento.

A stare ancora una volta alle affermazioni di principio contenute in *Varvara* «solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essi il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto a una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale. Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato ormai stabilizzatosi della giurisprudenza europea».

In presenza di una di queste due modalità funzionalmente equivalenti di formazione della regola stabile di soluzione del conflitto - quella *istantanea* (o “sincronica”) e quella *progressiva* (o “diacronica”) - il bilanciamento effettuato a Strasburgo acquisirà pertanto il crisma della vincolatività nei confronti delle giurisprudenze nazionali, comuni e costituzionali: sarà cioè da considerare *come* indefettibile. Ma attenzione, questo non perché lo sia *juxta propria principia*, per sue supposte qualità intrinseche: l'argomento particolarista della impossibilità ontologica di chiudere per intero *ex ante* (tramite sentenze pilota), o di saturare per intero *ex post* (in virtù del carattere autocorrettivo associato ai sistemi di decisione basati sul precedente) l'intero universo dei casi (e delle proprietà) rilevanti resta pendente. Come è stato ben osservato, infatti «non esistono regole assolutamente indefettibili», niente può fornire una garanzia assoluta contro la successiva emersione di eccezioni implicite e impreviste, magari dipendenti da fattori sopravvenuti, capaci di metterle in crisi<sup>120</sup>.

Ad attribuire quindi il carattere della vincolatività a un certo modello di sistemazione del conflitto sono fattori contingenti di tipo *pragmatico* o *istituzionale* attinenti al modello di disciplina dei rapporti tra giudice europeo e giudice costituzionale che si è scelto di adottare: a sigillare con l'*imprimatur* dell'indefettibilità il bilanciamento europeo non è la constatata presenza di regole *ontologicamente* esaustive di disciplina del conflitto, ma (più modestamente) è il fatto che si possa disporre o di *bilanciamenti-pilota*, o della stratificazione cumulativa di più bilanciamenti relativi a singoli casi generici di conflitto: rispetto ai quali è appunto l'essere stati collaudati alla luce di un più ampio ventaglio di costellazioni casistiche il fattore decisivo che, almeno in teoria, dovrebbe servire a riscattare la proclamata intangibilità del bilanciamento europeo dal rischio di presentarsi come «un paradigma di irrazionalità se non di bieca ottusità»<sup>121</sup>.

## 7.

### Che fare di fronte al c.d. «consolidamento degli errori»?

Giunti a questo punto dell'indagine, è forse il caso di riproporre un interrogativo prima lasciato in sospenso: l'equivalenza - stabilita in base a ragioni istituzionali (ed entro certi limiti “artificiali”) - tra bilanciamento *consolidato* nella prassi applicativa della Corte edu e bilanciamento *indefettibile* (o “trincerato”), in quanto tale non modificabile dai giudici costituzionali nazionali, è sempre in grado di presentarsi come persuasiva o ragionevole? L'impermeabilità alle correzioni operate dalle corti costituzionali nazionali regge anche quando ci si trova di fronte a filoni giurisprudenziali che si avvitano attorno a casi tipologici con la tendenza a replicare sé stessi in termini sostanzialmente immutati? Anche quando «il diritto consolidato generato dalla giurisprudenza europea» si forma su classi di casi e proprietà con un'attitudine “inerziale” ad autoriprodursi senza variazioni?

Di fronte a una simile eventualità, quel che andrebbe sottoposto ad attenta verifica caso per caso è se l'ambiente giurisdizionale in cui opera la Corte edu non possa talvolta mostrarsi, nei fatti, più sensibile - invece che alle spinte all'evoluzione trasformativa delle regole decisionali - a quelle contropinte di stampo “conservatore” che spesso orientano in direzione contraria: e cioè nella direzione della capitalizzazione di una comoda «rendita decisionale parassitaria», con conseguente stagnazione della inclinazione all'efficienza decisionale del sistema nel suo

<sup>120</sup> G. PINO, 2008, 124.

<sup>121</sup> Riadatto un'espressione di Bruno Celano, *Le regole come generalizzazioni prescrittive trincerate*, in *Legge e diritti* (parte I, *Regole*), Dispense del Corso di Filosofia del Diritto, A.A. 2002-2003.

complesso, e correlativa, tendenziale refrattarietà al cambiamento della regola di giudizio già esistente: che potrebbe finire, così, col dare ripetutamente luogo a mere repliche seriali di sé, pur quando emergano proprietà differenziatrici meritevoli di opportuna valorizzazione<sup>122</sup>. In altre parole, la forza gravitazionale che il precedente è potenzialmente in grado di esercitare anche in ambito europeo potrebbe, in molti casi, rendere (logicamente, linguisticamente, psicologicamente, professionalmente e politicamente) difficoltoso per il giudice il compito di distinguere il caso susseguente dal caso precedente, spingendolo a ravvisare tra essi una somiglianza spesso percepita come inevitabile.

Senza potere entrare troppo nel dettaglio, quel che si vuole tentare di fare, sia pure in poche battute, è di problematizzare il carattere “auto-correttivo” tradizionalmente associato ai metodi di decisione basati sul caso, mettendone allo scoperto un possibile “lato oscuro”.

In breve si tratta di questo. Sebbene una caratterizzazione in chiave “dinamico-evolutiva” del processo di formazione delle regole all’interno dei sistemi di decisione *case-based* ne abbia solitamente messo in luce la capacità di produrre *motu proprio* una revisione spontanea dei suoi contenuti in vista della migliore resa decisionale complessiva, non è mancato chi ha messo in guardia contro il rischio, sempre latente in questi sistemi, del c.d. «consolidamento degli errori» (*Entrenchment of Mistakes*), che si produrrebbe come possibile conseguenza di una tendenza occulta alla omessa valorizzazione di circostanze rilevanti, diverse da quelle già isolate in precedenza. Un *caveat*, quello cui si è appena fatto cenno, che serve a delineare un quadro di insieme molto meno ottimistico, potenzialmente in grado di smentire le aspettative di un’intrinseca sensibilità reattiva al cambiamento tradizionalmente riposte in un ambiente giurisdizionale che, come quello di *common law*, dovrebbe, per sue attitudini interne, riuscire ad “autopurificarsi da sé”<sup>123</sup>.

Per un sistema giurisdizionale entro certi limiti accomunabile al sistema di *common law* come quello europeo, questo potrebbe voler dire che, anche se ci si dovesse trovare di fronte a regole di bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi statali “bisognose di correzione” (*in Need to Repair*), perché originariamente ritagliate su una specifica costellazione casistica, la spinta al “conformismo decisionale” potrebbe essere potente almeno quanto l’aspettativa di cambiamento.

E’ in questa prospettiva che la letteratura teorico-generale sul precedente ha fatto rilevare che lo slittamento da una visione dei sistemi che formulano regole a partire dai casi statica e puntiforme (concentrata cioè su una singola, isolata pronuncia) a una visione dinamica e globale (che punta l’obiettivo invece sull’intera catena decisionale) potrebbe non essere risolutivo (potrebbe non risolvere i problemi discussi al par. 3).

E la ragione che spinge ad avanzare una simile supposizione è correlata al fatto che l’adesione a modelli regolativi precedentemente sperimentati è un dato strutturante dei sistemi di *Common Law* - come di quelli che con esso condividono ampi tratti in comune - almeno tanto quanto la loro spinta al cambiamento<sup>124</sup>: sicché, nella misura in cui si ritenga che, anche nel *milieu* giurisdizionale in cui opera la Corte europea, il precedente debba contare *come precedente* - nella misura in cui si ritenga, cioè, che anche qui la regola elaborata *in the previous case* debba avere un’influenza determinante nella risoluzione della controversia *in the subsequent case*, e possa averla anche a prescindere dal fatto di essere percepita come corretta<sup>125</sup> - potrebbe di fatto profilarsi la possibilità sempre incombente di un sistematico consolidamento di errori regolativi con la tendenza a imporsi sui tentativi di correggerli.

Una simile tendenza alla riproposizione a cascata di uno stesso *set* di proprietà rilevanti con la tendenza ad auto-riprodursi senza variazioni in generazioni successive di decisioni, in parte potrebbe trovare la sua spiegazione nell’idea basilica di precedente stesso. Ma in parte si potrebbe anche spiegare in virtù di un correlato (ma differente) fenomeno, isolato nel contesto degli studi di analisi economica del diritto: quello della c.d. *Path Dependence* (lett. dipendenza dal percorso: nel nostro caso, dal percorso decisionale), che potremmo grossolanamente de-

<sup>122</sup> Cfr., per gli opportuni ragguagli, gli autori citati *supra* alla nota n. 87.

<sup>123</sup> Uno degli argomenti standard tradizionalmente spesi a favore dei sistemi di produzione di regole basati sul caso è sempre stato il loro ipotizzato carattere “autocorrettivo”: LON. L. FULLER 1940, 140, che, riprendendo Lord Mansfield, ha reso famosa la sentenza per cui, attraverso il precedente, il *common law* “si autopurifica” e si adatta ai nuovi bisogni.

<sup>124</sup> In generale sul punto cfr. L. ALEXANDER 1989, 3.

<sup>125</sup> Come mettono in evidenza gli studi specificamente dedicati al tema, i precedenti che esercitano pressione decisionale solo quando sono percepiti come corretti non hanno peso come precedenti in senso stretto. Solo se il vincolo al precedente, fatta sempre salva la possibilità di futuri *distinguishing*, è concepito come *content independent* dalle corti chiamate a decidere successivamente la forza del precedente ha presa reale: sul punto cfr. L. ALEXANDER 1989, 4.

finire come una specie di “coazione a ripetere” lo stesso tipo di risposta a un problema - nel nostro caso, lo stesso modello di soluzione del conflitto - anche in presenza di migliori alternative decisionali<sup>126</sup>.

Per tutte queste ragioni, anche a considerare il *setting* decisionale in un’ottica “evoluzionistica”, «le opportunità di correzione potrebbero manifestare una tendenza a imporsi con un’intensità comparativamente più debole rispetto alla forza attrattiva espressa dalla regola pur bisognosa di correzione»<sup>127</sup>.

Sicché, stando così le cose, l’ipotizzata efficienza decisionale dei sistemi di produzione di regole dipendenti dal caso, sempre ammesso che esista, è più una *variabile* dipendente da circostanze storico-fattuali *contingenti* legate, per esempio, al tipo di controversia esaminata, che non invece una *costante* legata a caratteristiche *strutturali* intrinsecamente dipendenti dal metodo di decisione in sé e per sé considerato<sup>128</sup>.

Se questo è lo sfondo, sarebbe certamente legittimo ipotizzare un paesaggio decisionale “virtuoso” caratterizzato dalla presenza di filoni giurisprudenziali che procedono per ricomposizioni o aggiunte progressive di nuove proprietà rilevanti in base a connessioni analogiche tra tipi di casi orientate alla tecnica del *distinguishing*. Ma sarebbe altrettanto legittimo ipotizzare, all’opposto, un paesaggio decisionale complessivo decisamente meno “quietista” e “irenico”, in cui non si può escludere in partenza la possibilità di registrare fenomeni di possibile irrigidimento casistico: in cui cioè la «giurisprudenza consolidata» della Corte europea si calcifichi su un medesimo, limitato *set* di tipologie casistiche e correlative proprietà rilevanti, dando luogo a filoni giurisprudenziali con la tendenza a riscrivere sé stessi replicando la stessa “informazione genetica”.

Come reagire a questi non implausibili, né infrequenti, fenomeni di irrigidimento casistico della giurisprudenza europea? Quali le possibili risposte adottabili da parte del giudice costituzionale nazionale di fronte a filoni giurisprudenziali europei che si avvitano sullo stesso gruppo di casi e sulla stessa lista di caratteristiche rilevanti? La Corte costituzionale deve limitarsi, *anche* in simili occorrenze, a riprodurre la stessa lista di proprietà isolate dal giudice di Strasburgo, secondo la logica del caso identico? Oppure può intervenire con integrazioni additivo-modificative sulla regola di bilanciamento secondo la diversa logica dei casi analoghi?

Anche qui, sono due le risposte ipotizzabili, entrambe strettamente legate alla possibilità, che il particolarismo lascia sempre aperta, di “riconsiderare” la regola di bilanciamento alla luce di proprietà sopravvenute (o prima non rilevate).

a) La prima possibile risposta al fenomeno del sotto-inclusività casistica della regola di disciplina del conflitto consolidatasi a livello di giurisprudenza europea potrebbe prevedere, a fronte della proposizione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto un caso *identico*, l’esercizio, da parte del giudice delle leggi, di compiti integrativi, da esercitare tramite l’aggiunta di nuove proprietà definitorie o la revisione delle precedenti, previo confronto con altri casi *analoghi* di conflitto e conseguente riconfigurazione contenutistica della regola di bilanciamento.

b) Se invece non si è disposti a concedere alla giurisprudenza costituzionale il “potere correttivo” di rimuovere l’incrostazione casistica in cui può essere eventualmente incorsa la giurisprudenza consolidata della Corte europea, non resterebbe che concepire il Sistema Strasburgo come un laboratorio per la costruzione di casi e proprietà che lavora in regime di “monopolio esclusivo”. Il che significherebbe optare giocoforza per la soluzione di frazionare l’intervento delle Corti costituzionali nazionali in *più* declaratorie parziali di incostituzionalità suddivise in “piccole unità decisionali”, caso generico dopo caso generico: una “strategia dell’attesa” che presupporrebbe necessariamente l’invio, dalla Corte europea alle Corti nazionali, di singoli casi tipici di conflitto *uno alla volta e mano a mano che si formano e si consolidano in ambito sovranazionale*, e il successivo intervento “a rime obbligate” del giudice costituzionale. Ma si tratterebbe di una sistemazione plausibile?

Invero, a militare in favore della prima alternativa - quella che in queste ipotesi di cristallizzazione casistica della regola di collisione sarebbe disposta a concepire i bilanciamenti fatti a Strasburgo come “prodotti semilavorati” in attesa di completamento nelle sedi giurisdizio-

<sup>126</sup> Per chi fosse interessato si rinvia a M. J. ROE 1996, 643. Sotto la specifica angolazione messa in evidenza per ultima, quel che accade nei sistemi basati sulla decisione di casi concreti è che le soluzioni regolative adottate per casi antecedenti possono sprigionare riflessi condizionanti (*Doctrinal Emanations*) e forza gravitazionale anche a prescindere dal loro operare come precedenti in senso stretto.

<sup>127</sup> F. SCHAUER, ult. cit., 911..

<sup>128</sup> V. per es. P. RUBIN 1980, 257.



nali nazionali deputate al controllo di costituzionalità - stanno innanzitutto le considerazioni più generali sopra svolte in ordine al basso livello di vincolatività che i bilanciamenti con un basso livello di generalizzazione casistica sono fatalmente destinati ad assumere nell'orizzonte teorico del precedente.

Sulla stessa linea milita poi una considerazione di taglio pratico, legata ai meccanismi interni di funzionamento della giustizia europea: pur se il contenzioso Cedu, almeno sulla carta sembrerebbe in grado di fornire opportunità pressoché inesauribili di risistemazione contestutistica della regola del conflitto, nell'ambiente decisionale in cui opera la Corte Edu l'emersione di nuovi casi e proprietà - oltre ad essere caotica e alluvionale, al punto da conferire al sistema un alto tasso di entropia - presenta un ineliminabile carattere *fortuito e casuale*, un che di accidentale e imprevedibile, strettamente dipendente dalle peculiarità normativo-fattuali dei ricorsi individuali. La qual cosa non può che rendere aleatorio, e in fin dei conti dipendente da incontrollabili fattori contingenti, un intervento a più riprese del giudice delle leggi.

Al contrario, nell'ambiente decisionale in cui opera la Corte costituzionale, testare la tenuta di una regola di bilanciamento di fonte europea alla luce di casi analoghi di conflitto contraddistinti da proprietà differenti, lungi dal dipendere da fattori contingenti e occasionali, dovrebbe essere il frutto di una strategia decisionale *deliberata e intenzionale*, tipicamente connessa al suo specifico ruolo istituzionale. Il frutto, cioè, di una ricerca programmata (consapevole, mirata) di analogie e differenze con casi tipologici razionalmente prospettabili in anticipo e rimasti fuori dal bilanciamento, nel cui ambito il caso prospettato dal remittente, e identico a quello deciso a Strasburgo, costituisce soltanto il punto di partenza lungo la strada che conduce dal c.d. caso-fonte (*Source Case*) ai c.d. casi-obiettivo (*Target Case*).

Senza contare che una architettura decisionale come quella che insistesse nell'attribuire alla Corte edu il ruolo di nastro trasportatore di singoli casi generici da inviare uno alla volta alle Corti nazionali mano a mano che si formano e si consolidano a Strasburgo - e che, corrispondentemente, inibisse sempre e comunque al giudice costituzionale poteri di intervento attivo sulla regola bilanciamento di provenienza europea, assegnandogli soltanto il ruolo servente del «recettore passivo» che si limita a eccettuare le tipologie casistiche *se e quando* selezionate dal giudice sovranazionale - col rimettere continuamente in discussione l'antecedente della norma impugnata, finirebbe col creare condizioni di instabilità, precarietà interpretativa e inefficienza decisionale complessiva sicuramente atte a garantire in grado minore quella dimensione essenziale della legalità europea che si esprime nel principio di prevedibilità della decisione giudiziaria<sup>129</sup>: se è vero che i diritti sono l'altra faccia dei doveri sul piano della tipicità penale, le esigenze di conoscibilità preventiva del precetto penale anche sul terreno dell'applicazione giudiziale, tipiche della legalità convenzionale, verrebbero soddisfatte al meglio attraverso un bilanciamento definitorio con una base di giudizio tendenzialmente più ampia affidato "in unica soluzione" alla Corte costituzionale, piuttosto che da una serie molteplice di eventuali bilanciamenti a base parziale e "a lento rilascio" affidati alla competenza esclusiva della Corte edu.

Insomma, almeno nelle ipotesi di rilevata stagnazione casistica della giurisprudenza europea, le correzioni che la Corte costituzionale, uscendo dalla logica del caso identico per entrare in quella dei casi analoghi, apporta alle regole di bilanciamento formatesi in ambito europeo si rivela ancora più raccomandabile per assicurare al reo le maggiori garanzie di una certezza "a breve termine", senza per forza dovere aspettare la formazione di altri casi e proprietà nel loro stesso ambiente di provenienza.

Una situazione come questa non può che rilanciare come essenziale il ruolo di "mediazione arbitrale" da più parti attribuito alla Corte costituzionale, un ruolo da svolgere questa volta non più al crocevia tra giudici comuni nazionali e legislatore penale ma tra Corte sovranazionale e legislatore statale: insomma, un semaforo piazzato all'incrocio tra le due vie - quella particolarista della Corte Edu e quella generalista del legislatore penale - col compito di correggere gli errori di entrambi.

Come si può facilmente intuire, una simile ricostruzione regge, però, solo a un patto: a

<sup>129</sup> Per la nozione di «architettura decisionale» cfr. B. CELANO, 2016, 267: «data la non trascendibilità del potere decisionale, si pone il problema della sua "architettura": come esso sia, possa, o debba essere strutturato, in che modo esso sia, possa, o debba essere esercitato, a quali vincoli esso sia, possa o debba essere soggetto. Dalla consapevolezza della non trascendibilità del potere decisionale sorge l'esigenza che esso sia "progettato", disegnato, in modo per noi soddisfacente. La progettazione di un "ambiente decisionale" consisterà, anzitutto, nell'attribuzione di *classi* di decisioni - ossia, decisioni di un certo *tipo* - a classi di decisori; per la tecnica della dissociazione, sia consentito il rinvio a A. TESAURÒ 2013, 91 e ss, e letteratura ivi citata.

patto, cioè, di essere disposti ad attribuire alla Corte costituzionale, non soltanto il compito di stabilire, con tutti i margini di controvertibilità valutativa di una simile operazione diagnostica, l'avvenuta formazione di una giurisprudenza europea "consolidata" sul terreno dei vari bilanciamenti ad essa devoluti; ma anche di stabilire se la riproposizione senza varianti di uno stesso schema di decisione in ambito europeo si spieghi in ragione di una sua ritenuta esaustività, razionalmente condivisa e controllata dai giudici in successive applicazioni giurisprudenziali, o sia invece il frutto perverso della permeabilità del sistema Cedu ai sopra analizzati effetti di "ancoraggio" e di "inquadramento".

Il problema è però che stabilire di volta in volta se ci si trovi di fronte al primo o al secondo di questi due possibili scenari non è mai il frutto di un'attività assiologicamente neutrale ma risente sempre di forti contaminazioni col piano dei giudizi di valore condivisi dall'interprete costituzionale. Questo principalmente perché l'alternativa se reputare la sistemazione del conflitto, così come operata dalla Corte edu, un "sotto-prodotto" erroneo imputabile alle tendenze alla reiterazione potenzialmente attribuibili al sistema convenzionale è sempre il frutto di una decisione fortemente influenzata dalla contestuale valorizzazione da parte della Corte costituzionale di nuove proprietà rispetto a quelle già selezionate in precedenza dal giudice europeo. E una simile valorizzazione è sempre il risultato di un'attività "normativamente compromessa", un'attività che cioè risente inevitabilmente degli atteggiamenti valutativi dell'interprete sul modo di concepire, pesare e coordinare tra loro i beni convenzionali e costituzionali in gioco, oltre che degli specifici «obiettivi pragmatici» che il decisore istituzionalmente persegue e dallo specifico «tipo di questioni» cui tenta di dare una risposta<sup>130</sup>.

---

## Bibliografia

Avvertenza: La bibliografia qui di seguito riportata deve ritenersi comprensiva dei lavori citati nelle due parti precedenti di questo lavoro, rispettivamente pubblicate in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale» n. 3/2019 e n. 4/2019.

ACALE SÁNCHEZ M. 2016. *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Justel, 2016.

ALEXANDER L. 1989. *Constrained by Precedent*, in «California Law Review», 63 S, 1989, 1.

AZZENA L. 2012. *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, Jovene, 2012,

BALCERZAK M. 2004-05. *The Doctrine of Precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in «Polish Yearbook of International Law» 2004-05, 27, 131.

BAUM LEVENBOOK B. 2000. *The Meaning of a Precedent*, in «Legal Theory» 2000, 6, 109.

BAYON J.C. 2002. *Derecho, convencionalismo y controversia* in P. E. Navarro e C. Redondo, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, 79.

BEDUSCHI L., COLELLA A. 2011. *La corte edu salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in «Diritto penale contemporaneo», 7 novembre 2011.

BERNARDI S. 2020. *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4 bis comma 1 Ord. Pen.*, in «Sistema Penale», 28 gennaio 2020.

<sup>130</sup> In tal senso cfr. S. BREWER 1996, 923.

- BIN R. 1994. «*Al cor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in Ruggeri A. (ed), *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale*, Torino, 1994.
- BREWER S. 1996. *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, in «*Harvard Law Review*», 1996, 109, 923.
- BUTTURINI D. 2011. *Note a margine di corte E.D.U. Haas contro Svizzera*, in «*Rivista AIC*» n. 3/2011.
- CAMPIGLIO C. 2010. *Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea dei diritti umani*, in «*Diritti umani e diritto internazionale*» 2010, fasc. 3, 624.
- CANNIZZARO E. 2009. *The Effect of the ECHR on Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in «*Italian Yearbook of International Law*», 2009, 182.
- CARAVITA B. 1985. *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, 1985.
- CARAVITA B. 1988, *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», II, 1988, 40.
- CELANO B. 2002. *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «*Ragion Pratica*» 2002, n. 18, 223.
- CELANO B. 2012. *True Exception: Defeasibility and Particularism*, in J. F. Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *The logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, 268.
- CHIASSONI P. 2004. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in «*Analisi e diritto*», a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2004, 75.
- CELANO B. 2016. *Rule of law e particolarismo etico*, in G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of law. L'ideale della legalità*, , Bologna, 2016, 237.
- CHIASSONI P. 2018. *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, in «*Lo Stato*», 2018, n. 11, 11.
- CHIASSONI P. 2019. *La bilancia inesistente*, «*Analisi e Diritto*», 2019, n.1, 165.
- DAL CANTO F. 2002. *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002, 146.
- DAVIDSON D. 1984. *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, 1984.
- DELLA BELLA A. 2016. *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016.
- DIURNI A. 2011. *La fecondazione eterologa al vaglio della Corte europea*, in «*Famiglia, Persone e Successioni*» 2011, fasc. 6, 409.
- DOLCINI E. 2011. *Il divieto di fecondazione assistita eterologa... in attesa di giudizio*, in «*Diritto penale e processo*», 2011, fasc. 3, 353.
- DOLCINI E. 2019. *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 2/2019, 925.
- DONINI M. 2018. *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione 'non penalistica' della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in «*Giurisprudenza costituzionale*» 2018, fasc. 6, 2855.

DONINI M. 2020. *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle procedure legittimanti l'aiuto a morire imposte da Corte cost n. 242/2019*, in «Sistema penale», 10 febbraio 2020.

DUXBURY N. 2008. *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008.

EISEMBERG M.A. 1988. *The Nature of the Common Law*, Harvard, 1988.

EPSTEIN A. 1980. *The Static Conception of the Common Law*, in «Journal of Legal Studies», 1980, 9, 253.

FIANDACA G. 2020. *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in «Discrimen», 3 febbraio 2020.

GALLIANI D., PUGIOTTO A. 2019. *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in «Osservatorio costituzionale AIC», fasc. 4/2019, 191.

GERARDS J. 2018. *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in «Human Rights Law Review», 2018, 1.

GERHARDT M. J. 2005. *The Limited Path Dependency of Precedent*, in «William & Mary Law School Scholarship Repository», Faculty Publications. 974. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/974>, 2005, 905.

GUZZAROTTI A. 2011. *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, fasc. 5, 3779.

GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J., WISTRICH A.J. 2001. *Inside the Judicial Mind*, in «Cornell Law Review», 2001, 86, 777.

HOLIOAK K. J. 2005. *Analogy*, in *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, 2005, 117.

HOVENCAMP H. 1985. *Evolutionary Models in Jurisprudence*, in «Texas Law Review», 1985, 645.

HURLEY S.L. 1990. , *Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 1990, 10, 221.

IGLESIAS VILA M. 1999. *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional* in AAVV, *Papers del V Congreso ispano-italiano di filosofia del diritto, Teoría del derecho y Tribunal Constitucional*, Alicante 21-23 ottobre 1999, 21.

ITZCOVICH G. 2003. *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento defnitorio. "Bilanciamento ragionevolmente defnitorio"?*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», n. 3, 2003.

LUCIANI M. 1984. *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984

LUCIANI M. 2008. *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in «Corriere giuridico» 2008, 203.

LUCIANI M. 2019. *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu*, in «Sistema Penale», 27 novembre 2019.

LUPU Y. AND VOETEN, E. 2012. *Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights*, in «British Journal of Political Science», 3, 2012.

LUZZATI C. 2012. *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in «Diritto&QuestioniPubbliche», 2012, n. 12, 345.

- MALFATTI E. 2012. *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in «Rivista AIC» 3/2012
- MANES V. E NAPOLEONI V. 2013. *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in «Diritto penale contemporaneo», 3 luglio 2013.
- MANIACI G. 2003. *Bilanciamento tra principi e argomentazione razionale*, in «Diritto & Questioni Pubbliche» 2003, 162.
- MARTUFI A. 2019. *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in «Diritto penale e processo», 2019, fasc. 2, 259.
- MASTERMAN R. 2012. *Deconstructing the Mirror Principle*, in R. Masterman and I. Leigh (eds.), *The UK's Statutory Bill of Rights: Constitutional and Comparative Perspectives*, Oxford, 2012.
- MORESO J. J. 2002. *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion Pratica», 2002, n.18, 201.
- MORESO J. J. 2004. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in MORESO J. J. *La Constitución. Un modelo para armar*, 2009, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 293.
- NARDOCCI C. 2013. *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in «Rivista AIC» 1/2013.
- PATRONI GRIFFI A. 2015. *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in «Rivista AIC», n. 3/2015.
- PELISSERO M. 2019. *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in «SIDIBlog», 21 giugno 2019.
- PUGIOTTO A., MUSUMECI C., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2015.
- PLOUS S. 1993. *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York, McGraw-Hill, 1993.
- PULITANO' D. 2015. *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», n. 2, 2015, 318.
- PUMA G. 2016. *Il regime carcerario di cui al c.d. 41-bis nuovamente al vaglio della Corte di Strasburgo: il caso Paoletto*, in «Diritti umani e diritto internazionale», n. 1, 2016, 243.
- QUINE W.O. e ULLIAN J.S. 1970. *The Web of Belief*, Random House, 1970.
- RANDAZZO B. 2015. *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in «Rivista AIC», 2/2015.
- REPETTO G. 2015. *Vincolo al rispetto del diritto cedu consolidato: una proposta di adeguamento interpretativo*, in Rivista AIC, 3/2015.
- RESTA G. 2012. *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà di informazione e la sua rilevanza per il diritto interno: il caso dei processi mediatici*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2012 n. 2, 163.
- ROE M. J. 1996. *Chaos and Evolution in Law and Economics*, in «Harvard Law Review», 1996, 109, 641.

- RUBIN P. 1982. *Common Law and Statute Law*, «Journal of Legal Studies», 1982, 11, 205.
- RUGGERI A. 2015. *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo», 2 aprile 2015.
- SALANITRO U. 2010. *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in «Famiglia e diritto» 2010, fasc. 11, 981.
- SANTINI S. 2019. *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in «Diritto penale contemporaneo», 1 luglio 2019.
- SCHAUER F. 1987. *Precedent*, in «Stanford Law Review» 1987, 39, 571.
- SCHAUER F. 2004 *The Failure of the Common Law*, in «Arizona State Law Journal» 2004, 36, 765.
- SCHAUER F. 2006. *Do Cases Make Bad Law*, in «University of Chicago Law Review» 2006, 73, 883.
- SCHAUER F. 2008. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili e stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, 2008, trad. it. a cura di A. M. Taruffo (2003).
- SCHAUER F. 2011. *Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia*, in L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, ETS, 2011, 111.
- SORRENTI G. 2014. *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 13 giugno 2014
- SORRENTI G. 2015. *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 7 dicembre 2015.
- SPELLMAN B. A. 2004, *Reflections of a Recovering Lawyer: How Becoming a Cognitive Psychologist -- and (in Particular) Studying Analogical and Causal Reasoning -- Changed My Views about the Field of Psychology and Law*, in «Chicago-Kent Law Review», 2004, 79, 1187.
- SUNDBERG F.G.E., *The European Experience of Human Rights Proceedings: the Precedent Value of the European Court's Decision*, in «Akron Law Review» 1986, 629.
- TEGA D. 2015. *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 aprile 2015.
- TESAURO A. 2013. *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013.
- TIGANO V. 2014. *La dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. I nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 giugno 2014.
- TRIPODINA C. 2013. *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in «Diritto pubblico comparato ed Europeo», 2013, 3, 923.
- TRIPODINA C. 2014. *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere (osservazione a corte cost., 10 giugno 2014 n. 162)*, in «Giurisprudenza Costituzionale» 2014, fasc. 3, 2593.
- TWERSKY A., KAHNEMAN D. 1974. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in «Science», New Series, Vol. 185, n. 4157, 1974, 1124.

VALENTINI V., 2015. *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in «Diritto penale contemporaneo», 20 gennaio 2015.

VALLINI A. 2013. *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge n. 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte edu in tema di diagnosi preimpianto*, in «Diritto penale contemporaneo», 16 dicembre 2013.

VALLINI A. 2019. *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in «Diritto penale e processo» 2019, 805.

VARI F. 2013. *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in «Rivista AIC» 1/2013

VIGANÒ F. 2015. *La Consulta e la tela di Penelope*, in «Diritto penale contemporaneo», 30 marzo 2015.

VILLA V. 1992. *Il modello di definizione 'per casi paradigmatici' e la definizione di diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), «Analisi e diritto» 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992, 275.

WITHMAN D.G. 2000. *Evolution of the Common Law and the Emergence of the Compromise*, «Journal of legal Studies» 2000, 29, 753.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY V. 2015. *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in «Osservatorio AIC», 2015, 2.

ZYWICKI, T.J. 2003. *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis*, in «Northwestern University Law Review» 2003, 97, 1551.