



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune  
posteriore alla svolta del 2007\**

di Andrea Guazzarotti

«Il precedente è come una madre ebrea. Non sei tenuto a fare ciò che ti dice, ma ti fa sentire terribilmente in colpa se non lo fai». L'aforisma non è di Woody Allen ma di un giudice inglese.<sup>1</sup> Esso vale a restituirci la distanza che corre tra la cultura del *Common Law* e la cultura del *Civil Law*, dandoci un implicito ammonimento sui rischi che si corrono a voler trasporre un istituto come il precedente giudiziario in un ambiente di *Civil Law*, specie nella sua versione italiana.

Perché allora ho scelto, già dal titolo, di applicare la gabbia teorica del precedente all'analisi del rapporto tra giurisprudenza CEDU e giurisprudenza interna, quando forse la stessa Corte EDU rifiuta per sé il vincolo del precedente c.d. "orizzontale", né sembra pretendere che le Corti nazionali trattino la sua giurisprudenza come "precedente verticale"? Se ci volessimo affidare, però, al punto di vista interno, troviamo alcune voci di autorevoli giudici europei secondo cui la Corte incentrerebbe la propria attività attorno al precedente, pur non ritenendosi rigidamente vincolata ad esso.<sup>2</sup> Secondo Vladimiro Zagrebelsky, il metodo del precedente non solo riguarda la tecnica motivazionale delle sentenze CEDU, ma monopolizza addirittura l'attività dei giudici in camera di consiglio, posto che solo in assenza di alcun precedente utile i giudici procederebbero «alla ricerca del senso da assegnare alle disposizioni della Convenzione con gli ordinari metodi interpretativi».<sup>3</sup> Interessante, a tal proposito, confrontare il passo giurisprudenziale in cui, per la prima volta, la Corte ha negato il vincolo formale del precedente orizzontale, con un passo più recente sullo stesso tema: nel 1990 la Corte affermava che essa «non è vincolata alle proprie decisioni anteriori... Essa segue tuttavia la prassi di seguirne e applicarne gli insegnamenti, nell'interesse della sicurezza giuridica e dello sviluppo coerente della giurisprudenza relativa alla Convenzione».<sup>4</sup> L'ordine logico del discorso è significativamente invertito nel caso *Demir*, del 2008: «(c)erto, è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità del diritto e dell'eguaglianza dinanzi alla legge che la Corte non si discosti senza validi motivi dai propri precedenti; tuttavia, rinunciare a un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare qualsiasi correzione o miglioramento».<sup>5</sup>

Incamminarsi sulla difficile strada dell'assimilazione del precedente CEDU a quello tipico del *Common Law* ci fa subito imbattere negli ostacoli strutturali che a tale assimilazione si oppongono: l'assenza

---

\* Relazione al Seminario di studi "La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti", Università degli Studi di Perugia, Facoltà di Giurisprudenza, 17 novembre 2011.

<sup>1</sup> S. SEDLEY, *On Never Doing Anything for the First Time* (Reform Club, London. *Atkin Lecture*, 2001), 6, cit. da N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, p. 23, nt. 84.

<sup>2</sup> L. WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in Mélanges Roy Ryssdal, *Protecting Human Rights: The European Perspective*, 2000, p. 1529ss.; V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, (Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009), in corso di pubblicazione.

<sup>3</sup> V. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*

<sup>4</sup> *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35.

<sup>5</sup> *Demir e Baykara c. Turchia*, del 12 novembre 2008, §153.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

del vincolo formale dello *stare decisis* nella Convenzione e nella giurisprudenza CEDU; la confusione tra *rationes decidendi* e *obiter dicta* spesso rinvenibile nella giurisprudenza CEDU; l'impossibilità strutturale di sviluppare precedenti dotati di vera autorità, stante l'assenza di *certiorari* e di filtri volti ad abbassare il numero di pronunce a un livello paragonabile a quello della Corte Suprema USA o della *House of Lords*; ecc.).<sup>6</sup>

Ritengo, tuttavia, che un aspetto del metodo del precedente sia intrinseco alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo e che abbia non solo buone probabilità di affermarsi nella prassi europea ma anche di diffondersi all'interno delle prassi giudiziarie degli Stati della Convenzione. Si tratta di una peculiarità che distingue il giudice CEDU dai giudici costituzionali (e/o dalle supreme magistrature) nazionali relativamente alla tutela dei diritti fondamentali e che consiste principalmente nell'ancorare il *dictum* di una sentenza (specie se di accertamento della violazione della Convenzione) alla particolare fisionomia dei fatti di causa, che è il cuore della distinzione tra precedente secondo la tradizione del *Common Law*, e precedente in senso debole, secondo tradizione di *Civil Law*. Seguendo la dicotomia efficacemente tratteggiata da Michele Taruffo, nel *Common Law* «la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi dei fatti», mentre nell'uso della c.d. "giurisprudenza" nel *Civil Law* «l'analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandissima maggioranza dei casi».<sup>7</sup>

Con riguardo alla CEDU, ci troviamo dinanzi a una giurisprudenza che ha ormai assunto una natura "costituzionale", per oggetto e forza, ma che, a differenza della giurisprudenza costituzionale interna, non è ancorata solo o prevalentemente al confronto tra norme astratte. Il che fa la differenza con la giustizia costituzionale italiana. Si ponga mente a quanto scriveva Roberto Bin alcuni anni fa sulla scarsa importabilità della tecnica del c.d. "*clear and present danger test*" della Corte suprema degli Stati Uniti in tema di libertà di espressione: il test non potrebbe transitare in un giudizio "astratto", come quello della nostra Corte costituzionale, essendo «nato come una *factual question*, non valutabile se non in riferimento al singolo episodio...; che si esaurisce, quindi, nella qualificazione di fatti già accaduti, esattamente all'opposto della norma giuridica su cui la Corte italiana è chiamata a sindacare; la Corte costituzionale, infatti, «non avendo il potere di sindacare il singolo episodio di applicazione della legge, esaurisce di regola il suo giudizio nel confronto tra legge e Costituzione, interrogandosi perciò, non sulla liceità del comportamento amministrativo, ma sulla legittimità del fine della norma di legge (applicata dall'autorità amministrativa) quale interesse antagonista rispetto al diritto inciso».<sup>8</sup> Diverso, forse, e più avvicicabile a quello della Corte EDU appare il ruolo delle corti costituzionali dotate di un ricorso diretto, come quella tedesca o spagnola.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cfr. M. ROSENFELD, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, in *Int. Journ. of Const. Law*, IV 2006/4, p. 627s., che però rileva tale differenza riguardo alla Corte di giustizia, non alla Corte EDU.

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 712.

<sup>8</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p.123.

<sup>9</sup> V. ZAGREBELSKY, *Considérations sur les sources d'inspiration et la motivation des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Melanges Yaeger*, in corso di pubblicazione, §1.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Rispetto a questo profilo "fattuale" della giurisprudenza di Strasburgo, vi sono buone speranze che dalla prassi dei giudici europei si diffonda una cultura del precedente anche tra i giudici nazionali, se non altro perché nella CEDU non esistono massimari ufficiali. Per l'ordinamento italiano, infatti, è stata efficacemente messa in luce la connessione tra l'esistenza delle massime ufficiali della Cassazione e l'assenza di una cultura del precedente: sempre ricorrendo a Taruffo, le massime costituiscono formulazioni di principi di diritto svincolate dai fatti di causa, che non permettono l'opportuna distinzione tra *rationes decidendi* e *obiter dicta* e che, in generale, non permettono di costruire una catena di precedenti in grado di fornire una guida *effettiva* ai casi futuri, specie quelli affrontati dalle corti inferiori.<sup>10</sup> Nel noto data-base della Corte EDU (HUDOC) non esiste nulla di simile. La sola possibilità di evitare la lettura integrale di un caso della Corte è quella di leggersi il c.d. comunicato stampa,<sup>11</sup> il quale, tuttavia, non contiene delle massime di giudizio, ma riassume l'intera causa, partendo proprio dai fatti che hanno originato il ricorso. Interessante notare, poi, l'esistenza di un altro strumento di informazione sintetica sullo stesso data-base della Corte: la "Notice", contenente gli estremi della causa, tra cui spicca - oltre al nome delle parti, al collegio giudicante (sezione, o Grande camera), agli articoli della Convenzione invocati, ecc. - *la lista dei precedenti citati* nella sentenza. È pur vero che non troviamo il termine "precedente", bensì quello di "giurisprudenza di Strasburgo", quasi a richiamare la distinzione critica operata da Taruffo (anche per il numero spesso elevato di decisioni citate). Resta però evidente che si tratta di un chiaro indicatore del fatto che l'ossequio al precedente (con tutti i difetti e le critiche di incoerenza che possono essere mosse alla Corte EDU nel maneggiarli) costituisce il metodo di lavoro dei giudici di Strasburgo. Non si tratta di elementi accessori al tema dell'esportabilità della cultura e/o del metodo del precedente, se è vero che, nell'ordinamento inglese, vi è stata una connessione strutturale tra l'evoluzione del sistema dei *Reports* della giurisprudenza e l'affermarsi del precedente vincolante.<sup>12</sup>

A supportare ulteriormente l'efficacia della giurisprudenza CEDU colta come "precedente" stanno poi indicatori quali la provenienza della decisione dalla Grande Camera, ovvero l'unanimità e l'assenza di *dissenting opinions*.

Veniamo al rapporto tra Corte EDU e Corte costituzionale (nonché con i giudici comuni). Due sono le strade che, in tale rapporto, conducono alla stessa meta della diffusione del metodo del precedente come giudizio legato ai fatti: 1) il precedente come motore di effettività della tutela; 2) la tecnica del *distinguishing* tipica del metodo del precedente nel Common Law, utilizzata dai nostri giudici costituzionali e comuni quale "tecnica di alleggerimento" della presa di Strasburgo sull'ordinamento italiano.

Quanto al precedente come tecnica di effettività della tutela, si ponga mente alla c.d. "delega di bilanciamento" al giudice del caso, ossia a una tecnica nota al nostro ordinamento e coniata dalla nostra Corte costituzionale già da molto tempo.<sup>13</sup> Tale tecnica di tutela dei diritti trova nella CEDU una sorta di esaltazione, nella misura in cui la giurisprudenza CEDU, a differenza di quella della Corte costituzionale,

<sup>10</sup> M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 713.

<sup>11</sup> *Communiqué de presse*, o *Press Release*, nelle due lingue ufficiali della Corte, proprie anche del data-base HUDOC (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc/>).

<sup>12</sup> G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli 2009, p. 125ss.

<sup>13</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 91; 127ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

non fissa solo una regola astratta sulla competenza a bilanciare certi beni, per poi lasciare ai giudici il difficile compito di giungere a prevedibili *standard* di giudizio che riducano l'incertezza degli esiti di simili bilanciamenti. La Corte EDU, oltre a enunciare l'obbligo di riservare al giudice del caso il bilanciamento, svolge *essa stessa* il bilanciamento nel caso sottoposto, giungendo eventualmente fino alla "condanna" dello Stato convenuto. Ne deriva un connubio tra valorizzazione del ruolo del giudice nazionale (chiamato a svolgere bilanciamenti in concreto) e valorizzazione del ruolo della stessa Corte EDU: tanto più questa sarà in grado di fornire chiari precedenti, tanto più il giudice nazionale la userà come faro nelle sue operazioni di bilanciamento. Si veda il recente caso del diritto all'udienza pubblica anche nei procedimenti di applicazione delle misure di sicurezza, ove, in ossequio alle pronunce di Strasburgo la nostra Corte costituzionale introduce una delega di bilanciamento in concreto in favore del giudice dell'udienza, il solo competente a valutare la derogabilità della regola generale della pubblicità (C. cost. n. 93/2010). Ma si ponga mente al fatto che una delle prime decisioni con cui la Cassazione dava diretta applicazione alla CEDU rappresentava proprio un bilanciamento in concreto (tra esigenze di sicurezza sottese alla norma penale speciale che imponeva l'espulsione dello straniero responsabile di reati in materia di stupefacenti ed esigenze di tutela del diritto a mantenere i propri legami familiari sul territorio, ex art. 8 CEDU), bilanciamento operato proprio in ossequio al *test* fornito dalla giurisprudenza di Strasburgo, la quale imponeva di confrontare l'importanza dei legami familiari con la gravità del reato commesso.<sup>14</sup>

Si pensi poi a quelle decisioni della nostra Corte costituzionale volte a delegare non solo ai giudici ma alla stessa p.a. delle complesse interpretazioni adeguatrici della carente disciplina vigente in certi settori, ove più ardua appare la tutela dei diritti fondamentali: ho in mente, in particolare, la sent. n. 526/2000, interpretativa di rigetto "di principio" in materia di perquisizioni effettuate sui detenuti in carcere, ovvero la sent. n. 252/2001, anch'essa interpretativa di rigetto, stavolta in materia di diritto dello straniero a non essere espulso per esigenze di tutela della salute che impongono cure indifferibili e urgenti. È chiaro che, in simili casi, la nostra Corte costituzionale non ha nessuna garanzia circa l'effettività della propria decisione; diversamente, laddove simili interpretazioni adeguatrici fossero contenute in un precedente CEDU, alla Corte di Strasburgo potrebbe sempre offrirsi la possibilità di tornare a pronunciarsi su vicende analoghe e di verificare che la prassi interna si sia conformata al suo *dictum*, assieme con la possibilità di condannare il nostro Stato in relazione a singole fattispecie concrete. I giudici nazionali, ma la stessa p.a., in simili frangenti agirebbero nella consapevolezza di poter essere sconfessati dalla Corte EDU nelle modalità "solenni" della responsabilità internazionale del proprio Stato.

Alle considerazioni appena svolte si connette l'osservazione in base alla quale i *test* forniti da Strasburgo presentano spesso elementi di concretezza difficilmente rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale. Si pensi alla vicenda delle espulsioni (o estradizioni) di stranieri verso paesi in cui si dia un alto rischio che gli stessi soggetti espulsi (o estradati) siano sottoposti a tortura o trattamenti disumani o degradanti, vietati dall'art. 3 CEDU. Dopo la condanna dell'Italia nel caso *Saadi*, del 2008, relativa a un'espulsione verso la Tunisia, vi è stata una importante presa di posizione della Cassazione, secondo la

---

<sup>14</sup> Cass. pen, sez. I, 10 luglio 1993, *Medrano*, punto 4.2, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 584, in cui si citano le decisioni CEDU del 26 marzo 1992, *Beldjoudi c. Francia*; del 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio*; del 21 giugno 1988, *Berrehab c. Olanda*; del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

quale, in sede di esecuzione, il giudice di sorveglianza dovrà adottare un'appropriata misura di sicurezza diversa dall'espulsione «fino a quando non sopravvengano in Tunisia fatti innovativi idonei a mutare la situazione d'allarme descritta nell'indicata decisione della Corte EDU, sì da offrire affidabile e concreta dimostrazione di garanzia di pieno rispetto dell'art. 3 CEDU. Trattandosi di vicende suscettibili di evoluzione e di sviluppo, tale verifica va fatta nel momento in cui deve eseguirsi l'espulsione».<sup>15</sup> Il giudice interno, in tale frangente, si appoggia su valutazioni di fatto svolte in modo paradigmatico dalla Corte EDU (con riguardo alla prassi della Tunisia). Abbiamo, cioè, a che fare con una vicenda difficilmente attingibile dal sindacato della nostra Corte costituzionale. Altrettanto difficilmente la nostra Corte avrebbe potuto fornire ai giudici elementi di un test di verifica così stringenti come quelli del passaggio seguente: ai fini della valutazione del rischio che l'estraddando sia sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, devono ritenersi utilizzabili, come fonti di documentazione di situazioni di violazione dei diritti umani, *anche i rapporti di Amnesty International*, posto che questi sono stati ritenuti utilizzabili anche dalla Corte EDU per affermare che l'espulsione verso un Paese dove si pratica la tortura integra una violazione dell'art. 3 CEDU.<sup>16</sup>

Veniamo alla seconda strada che, pur apparentemente in contrasto con quella appena analizzata, conduce anch'essa alla valorizzazione del precedente CEDU. Si tratta della tecnica del *distinguishing*, la quale da più parti viene considerata come la strada più opportuna per stemperare le rigidità della "dottrina" coniata dalla Corte costituzionale nelle sentt. nn. 348 e 349 del 2007.<sup>17</sup> Fu già la Cassazione a tentare una simile via di fuga nella vicenda delle espropriazioni c.d. "indirette" (ossia, della c.d. "accessione invertita" o "occupazione acquisitiva"), senza riuscire a placare la serie di condanne di Strasburgo.<sup>18</sup> V'è poi la nota vicenda della diversa applicazione dei criteri di liquidazione dell'indennizzo da irragionevole durata dei processi, ove la Cassazione stavolta ha incontrato la tolleranza della Corte EDU nel caso *Simaldone* del 2009.<sup>19</sup> Per ciò che riguarda la Corte costituzionale, vanno menzionate almeno la sent. n. 239/2009 (sulla nota vicenda di Punta Perotti e sulla norma che impone la confisca in caso di lottizzazione abusiva, giudicata parzialmente contraria alla CEDU nel caso *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, del 30 agosto 2007) e la sent. n. 236/2011 sulla *lex mitior* e la necessaria retroattività della legge penale favorevole (secondo quanto stabilito dalla Corte EDU nel caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009).

In questa sede, tuttavia, vorrei limitarmi ad analizzare il noto caso della sent. n. 311/2009 sulla legge d'interpretazione autentica relativa al personale ATA, ove la Corte costituzionale ha tentato un articolato *distinguishing* che è risultato poi smentito dalla sentenza CEDU nel caso *Agrati*, del 7 giugno 2011. Si tratta

<sup>15</sup> Cass. pen. N. 20514/2010.

<sup>16</sup> Cass. pen. n. 32685/2010, ove viene richiamato il citato caso *Saadi c. Italia* del 23 gennaio 2008 in relazione però a una fattispecie relativa all'estraddizione verso la Turchia.

<sup>17</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, p. 154.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., S.U. civ. nn. 5902 e 6853 del 2003, che tentavano il *distinguishing* rispetto ai casi *Belvedere Alberghiera* e *Carbonara e Ventura*, entrambi del 30 maggio 2000, cui seguirono una serie di condanne che si rifacevano a quei precedenti (cfr. il mio *Gli effetti della CEDU e la teoria dei "mondi paralleli"*, in *Quad. cost.* 2006/1, p. 155ss.).

<sup>19</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 97ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di una decisione rivelatrice di una "falsa comprensione" del metodo del precedente, come cercherò di spiegare poi. La Corte costituzionale, dinanzi a un ampio spettro di precedenti della Corte EDU sulla questione delle leggi interpretative autentiche e/o comunque retroattive, sceglie di privilegiarne uno in particolare, senza darsi troppa cura delle specificità che lo caratterizzavano e anzi forzandone chiaramente la portata al fine di piegarlo alla vicenda legislativa italiana e alla propria soluzione. Il caso è quello *Forrer-Niedenthal* c. Germania, del 2003, che la nostra Corte sceglie perché, in quella decisione, la Corte EDU aveva assolto la Germania con il rilievo che la legge interpretativa tedesca, nonostante la sua retroattività, non aveva impedito alla ricorrente di vedere la sua causa trattata, in modo imparziale, dinanzi a un giudice, ottenendo *persino* un giudizio dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* sulla conformità costituzionale di tale legge interpretativa. Il che sarebbe, secondo la nostra Corte, proprio ciò che è avvenuto in Italia con riguardo alla legge d'interpretazione autentica contestata, posto che nello stesso processo (interno) dei ricorrenti a Strasburgo la Corte costituzionale era già stata adita incidentalmente per giudicare la costituzionalità della legge contestata e ne aveva vagliato la conformità a Costituzione (sent. n. 234/2007). Il ragionamento è erroneo per almeno tre ragioni: esso trascura la chiara eccezionalità della vicenda tedesca, sottolineata proprio dalla Corte EDU (che ha assolto la Germania "*tenuto conto... in particolare delle circostanze eccezionali legate alla riunificazione tedesca*", mentre nel nostro caso si trattava solo di «riunificare i ruoli dei bidelli»<sup>20</sup>); in secondo luogo, mentre il "legislatore-interprete" italiano mirava a *decidere* una determinata categoria di cause, attraverso la sostituzione del criterio dell'anzianità con quello del maturato economico ai fini dell'inquadramento del personale ATA che imponeva *univocamente* il rigetto di tutti i ricorsi fondati sulla legge originaria, la legge tedesca non imponeva drasticamente al giudice della causa in corso di rigettare l'istanza della ricorrente, limitandosi a fissare dei criteri con cui il giudice avrebbe dovuto stabilire se il precedente passaggio di proprietà non fosse in contrasto con i principi generali del diritto della D.D.R. vigente all'epoca, o comunque non fosse in evidente contrasto con i principi dello stato di diritto; infine, nella vicenda tedesca si trattava effettivamente di portare chiarezza in un panorama normativo e giurisprudenziale non univoco, mentre nella vicenda italiana i ricorrenti avevano dalla loro non solo la vittoria nei due precedenti gradi di giudizio, ma una lettura univoca della "legge interpretata" da parte della Cassazione.

A seguito della condanna subita dall'Italia nel caso *Agrati*, cit., la nostra Corte costituzionale sembra ritrarsi, quasi scottata: nelle sentt. nn. 257 e 303 del 2011, vertenti anch'esse su leggi interpretative autentiche (o comunque retroattive), essa si è limitata a citare nei termini più generici possibili il principio giurisprudenziale di Strasburgo secondo cui le leggi retroattive in materia civile incidenti su determinati processi in corso non violerebbero il giusto processo, ex art. 6 CEDU, quando ciò sia imposto da «ragioni imperative d'interesse generale», senza tentare alcun confronto con i precedenti pertinenti e definendo questo passo di Strasburgo come «regola di diritto». La terminologia ricalca gli stilemi tipici della nostra prassi di *Civil Law*, i quali però mal si confanno a quella di *Common Law*, ove si ragiona invece di "*ratio decidendi*", ricostruita a partire dalle linee portanti del caso concreto.

La vicenda appena analizzata costituisce un esempio di travisamento del metodo del precedente. Per usare le efficaci parole di Schauer, il precedente viene, dalla nostra Corte, utilizzato secondo un metodo "analogico", ossia come la possibilità di attingere a una serie di fonti concorrenti di analogia tra casi

---

<sup>20</sup> M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive* in *Giur. cost.* 2009, p. 4691.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

esemplari, tra le quali il decisore sceglie quella che meglio si confà a supportare la propria scelta. Il vero metodo del precedente, invece, non consiste tanto nel ragionamento analogico, bensì in una forma "controintuitiva" di ragionamento, per cui si è vincolati al precedente in virtù della *mera esistenza* di una decisione anteriore che abbia qualità di "precedente" e non perché tale decisione venga percepita dal decisore come la soluzione *corretta* (e dunque perpetuabile, con i dovuti adattamenti, anche nel caso da decidere). Anzi, il "vero" metodo del precedente è ciò che *preclude* al decisore di perseguire la scelta che egli adotterebbe se sulla fattispecie al suo esame non esistesse già un "precedente"; non è, invece, la prassi per cui una qualche decisione anteriore viene *selezionata* al fine di supportare un argomento che si vuole avanzare.<sup>21</sup>

### Conclusioni

Due sono le strade che conducono al metodo del precedente praticato a Strasburgo. Ossia le strade attraverso cui sia i giudici comuni che la Corte costituzionale sono indotti a subire l'influsso esterno proveniente dalla prassi della Corte EDU e a compiere un mutamento "culturale" nella tutela dei diritti fondamentali. La prima è la strada del potenziamento delle tecniche di *bilanciamento in concreto* dei diritti fondamentali con altri diritti e beni costituzionalmente rilevanti, potenziamento indotto, per certi versi, dalla struttura stessa della Convenzione e del ricorso individuale diretto alla Corte EDU, per altri, dall'approccio della giurisprudenza di Strasburgo, più attenta agli elementi concreti del caso. Nel contesto della delega di bilanciamento (e più in generale) la giurisprudenza di Strasburgo è in grado di offrire *standard di tutela e test di giudizio* non facilmente reperibili nella nostra giurisprudenza costituzionale e che hanno sempre a che fare con la natura "fattuale" del giudizio di Strasburgo. Si pensi a quanto accennato sopra con riguardo alla vicenda delle espulsioni; ma si pensi alla vicenda del sovraffollamento carcerario in Italia, ove il dato fattuale del superamento di una determinata soglia spaziale a disposizione del recluso nella cella, dopo aver condotto la Corte EDU a condannare il nostro Paese (caso *Sulejmanovic*, del 2009), è rimbalzato, proprio grazie alla forza del precedente CEDU, nella decisione con cui un magistrato di sorveglianza ha condannato, per la prima volta, l'amministrazione carceraria a risarcire il danno non patrimoniale subito dal carcerato costretto a vivere in condizioni "sotto-soglia".<sup>22</sup>

Da un altro lato, troviamo la strada della limitazione degli effetti della giurisprudenza CEDU, in genere, e delle condanne subite dall'Italia, in particolare, attraverso il "*distinguishing*"; si tratta di una tecnica utilizzata sia dai giudici comuni (per non sollevare questioni di costituzionalità ex art. 117, co. 1, Cost. alla stregua del parametro interposto del "diritto vivente" di Strasburgo, secondo le sentt. nn. 348 e 349 del 2007) che dalla Corte costituzionale (per evitare di annullare leggi asseritamente contrastanti con i precedenti CEDU). Sebbene in apparenza antitetica alla prima, anche questa strada sembra condurre alla stessa meta, posto che per evitare "*distinguishing*" puramente velleitari occorre comunque interiorizzare lo spirito e la logica del metodo del precedente, secondo coordinate tipiche della cultura di *Common Law*.

---

<sup>21</sup> F. SCHAUER, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, Research Working Paper RWP07-036, 2007, 3ss.

<sup>22</sup> Ordinanza del 9 giugno 2011 del Magistrato di sorveglianza di Lecce, Giudice Tarantino.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea  
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*