

**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE
DECENTRATA DEL DISTRETTO DI MILANO**

**LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO: IL MECCANISMO DI
DECISIONE DELLA CEDU ED I CRITERI DI INTERPRETAZIONE
CONFORME ALLA CONVENZIONE EUROPEA**

Venerdì 11 gennaio 2013

Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano

**“La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza
della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione
Europea dei Diritti dell’Uomo”**

Guido Raimondi, vice-Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo

Premessa

1. Mi sembra opportuno partire dal ruolo centrale che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (in seguito, la Convenzione) assegna alla Corte di Strasburgo a proposito dell’interpretazione della stessa Convenzione. L’articolo 32 della Convenzione (ex articolo 45) affida alla Corte una competenza contenziosa che si estende a tutti gli affari che riguardano l’interpretazione e l’applicazione di questo strumento internazionale.
2. Come sappiamo, la Corte ha inteso questo ruolo, che fa di essa l’attore fondamentale della Convenzione, in modo da assicurare non solo la salvaguardia dei diritti, ma anche il loro sviluppo, in un contesto sociale, politico e culturale in perenne movimento. A volte la Corte viene accusata di attendismo e di eccessivo formalismo. Altre volte, all’opposto, essa viene accusata di “attivismo giudiziario”, se non di temerarietà, quando essa si spinge in avanti, sulla scia della propria notissima teoria secondo la quale la Convenzione è uno strumento “vivente”¹.

¹ *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31, serie A n° 26; V. D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd), *La Convention européenne des droits de l’homme, Un instrument vivant, Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

3. D'altra parte la considerazione generale che normalmente si fa a proposito degli strumenti internazionali adottati a protezione dei diritti della persona umana, che abbiano una dimensione universale ovvero regionale, come la nostra Convenzione, è quella legata al concetto dei vasi comunicanti, per cui vi è una costante tendenza a una sempre maggiore estensione dei diritti protetti. Mi spiego. Non c'è dubbio che i diritti oggi protetti a livello internazionale, soprattutto, ma non solo, quelli di natura civile e politica, hanno un'origine nazionale, perché provengono dal costituzionalismo classico, che affonda le sue radici nella Magna Charta britannica, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nel *Bill of Rights* americano dello stesso anno. A queste fonti si sono ispirati gli autori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e quelli di tutti gli strumenti internazionali in tema di protezione dei diritti fondamentali che hanno fatto seguito a questo documento. Successivamente, i diritti proclamati a livello internazionale hanno influenzato le costituzioni degli Stati. Si è avuta coscienza di questo fenomeno in modo particolarmente forte durante il processo di "ritorno alla democrazia" dei Paesi dell'Est europeo, giacché questi Paesi si sono dichiaratamente ispirati, in gran parte, alla Convenzione quando si è trattato di redigere le loro nuove costituzioni democratiche. D'altro canto, gli strumenti internazionali sui diritti umani si atteggiavano normalmente come una rete di protezione "minima" dei diritti, una tutela che assolutamente non esclude una protezione più intensa a livello nazionale, come l'articolo 53 della Convenzione dice esplicitamente. Si crea così un processo di andata e ritorno, tra il livello nazionale e quello internazionale che si risolve in un "circolo virtuoso" provocato dal fenomeno di "vasi comunicanti" al quale mi sono appena riferito.
4. Il processo è oggi anche più ampio, perché, specialmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel dicembre 2009, e quindi con la formale integrazione della Convenzione nel diritto dell'Unione europea e con l'equiparazione ai Trattati dell'Unione della Carta di Nizza, si parla oggi di

“tutela multilivello” dei diritti umani – non va dimenticato che la Carta di Nizza contiene una disposizione equivalente all’articolo 53 della Convenzione, una disposizione che per coincidenza è contenuta proprio nel suo articolo 53 – in un contesto che tende quindi a favorire una protezione sempre più intensa.

5. In questo contesto, non si può non insistere sul concetto di complementarità tra gli ordinamenti giuridici interni da una parte e il livello internazionale dall’altro nella tutela dei diritti fondamentali².
6. Si dice comunemente che questa complementarità è essenziale per preservare il delicato equilibrio delle relazioni tra il sistema di Strasburgo e gli ordinamenti nazionali³. Viene qui in rilievo la teoria del margine di apprezzamento, un metodo interpretativo sviluppato dalla giurisprudenza della Corte che fa da contraltare a un’altra tecnica seguita dalla Corte, quella dell’interpretazione autonoma delle espressioni tecnico-giuridiche impiegate dalla Convenzione. In effetti, si considera che il *consensus* europeo, cioè una *communis opinio* derivante dall’analisi comparativa, come un fattore la cui funzione è essenzialmente quella di circoscrivere l’estensione del margine di apprezzamento riservato agli Stati.
7. Prima di affrontare il concetto di *consensus* dobbiamo perciò soffermarci brevemente sulla teoria del margine di apprezzamento, non senza accennare all’interpretazione autonoma delle espressioni impiegate dalla Convenzione, perché anche questa gioca un ruolo fondamentale nel delicato equilibrio al quale ho accennato delle relazioni tra il livello europeo e quello nazionale, in un’ottica, quella della Convenzione, che è quella di un’armonizzazione delle soluzioni da adottare nella protezione dei diritti fondamentali, ma non quella di

² F. TULKENS, *Propos introductifs, Dialogue entre juges - Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2005, p 12.

³ D. SPIELMANN, *Consensus et marge d'appréciation nationale*, *Journal des tribunaux*, 2012, p. 592-593.

un'assoluta uniformità, nel rispetto quindi, se possibile, delle specificità nazionali.

Interpretazione autonoma

8. Se le espressioni della Convenzione che fanno riferimento a concetti giuridici dovessero essere interpretate con riferimento al diritto interno degli Stati contraenti di volta in volta interessati, verrebbe meno l'interpretazione uniforme degli obblighi assunti dagli Stati con la ratifica della Convenzione, e si assisterebbe a una parcellizzazione di tali obblighi, con l'aggravante che questa parcellizzazione o frammentazione degli obblighi dipenderebbe dal semplice volere degli Stati, i quali potrebbero in questo modo, intervenendo sulla loro legislazione interna, modificare l'estensione degli obblighi convenzionali.
9. Così la Corte si è preoccupata di assegnare un contenuto normativo *autonomo* a tutta una serie di espressioni contenute nella Convenzione, come per esempio, all'interno dell'articolo 5 della Convenzione, quelli di "detenzione", "privazione della libertà", "tribunale", "condanna", "alienato", "vagabondo", "magistrato"; o, all'interno dell'articolo 6, "tribunale", ancora una volta, "contestazione", "diritti e obbligazioni di carattere civile", "accusa in materia penale"; all'interno dell'articolo 7 della Convenzione, ai concetti di "condanna"; alla nozione di "legge" di cui agli articoli 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, e 11 § 2 della Convenzione.
10. La teoria dell'autonomia delle espressioni utilizzate dalla Convenzione, che comunque trova un suo limite quando è chiaro che la Convenzione si riferisce al diritto interno degli Stati contraenti, esempio tipico l'articolo 5 § 1 a) della Convenzione che, riferendosi a un "tribunale competente" intende

ovviamente competente secondo le norme del diritto interno dello Stato interessato, è utilizzata dalla Corte con diversi gradi d'intensità.

11. Talvolta la Corte si limita a dire che una certa espressione va intesa “ai sensi della Convenzione”, come nel caso *Sunday Times (1)*, nel quale la Corte si limita a rilevare che all'articolo 10 § 2 della Convenzione le parole “l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario” devono intendersi, per l'appunto, “ai sensi della Convenzione”.⁴
12. In altri casi la Corte sente il bisogno di affermare con forza le ragioni di questa dottrina, che attiene all'essenza dell'uniformità della protezione dei diritti fondamentali in Europa. Esempio tipico sono le parole della Corte nel caso *Oztiirk*, nel quale la Germania, trattandosi di un'infrazione che era stata depenalizzata nel diritto tedesco, sosteneva che quindi non fossero applicabili le garanzie previste dalla Convenzione a proposito delle “accuse in materia penale”. La Corte si è espressa così:
- “Se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificando un'infrazione come “amministrativa” piuttosto che “penale”, mettere fuori gioco le clausole fondamentali degli articoli 6 e 7, l'applicazione di queste clausole sarebbe subordinata alla loro sovrana volontà. Una discrezionalità così estesa rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione.”⁵
13. Questo non esclude che la Corte si possa in maniera puntuale appoggiare sul diritto o sulla prassi nazionali per interpretare una nozione convenzionale. Esempio tipico è dato dalla giurisprudenza della Corte riguardante una delle nozioni più tormentate e difficili della Convenzione, quella di “diritti e obbligazioni di carattere civile” contenuta nell'articolo 6 § 1 della Convenzione. Qui la Corte, dopo aver posto l'accento sull'autonomia di questa

⁴ Sentenza *Sunday Times (1)*, 26 aprile 1979, A n° 30, § 55.

⁵ Sentenza *Oztiirk*, 21 febbraio 1984, A n° 73, § 49.

nozione, attenua la sua posizione dicendo “La Corte... non giudica peraltro priva d’interesse, in questo campo, la legislazione dello Stato interessato. E’ alla luce del contenuto materiale e degli effetti attribuiti a un diritto dall’ordinamento interno dello Stato interessato e non della sua qualificazione giuridica che un diritto deve essere considerato o no ... di carattere civile.”⁶

Il “margine di apprezzamento” riservato agli Stati

14. All’affermazione del carattere “autonomo” delle espressioni convenzionali, che afferma la volontà unificatrice della Corte, fa da contrappunto la teoria del “margine di apprezzamento” riservato agli Stati, una teoria che, all’opposto esprime il cosiddetto *self restraint* della Corte, che intende rispettare la diversità degli Stati europei.
15. In altre parole, la volontà unificatrice riguarda i concetti di base che tendono a fissare la protezione minima prevista dalla Convenzione per i diritti protetti, ma non a imporre un diritto uniforme a tutto il Continente europeo.
16. L’idea è che questo standard minimo non ha lo scopo di cancellare tutte le differenze tra i regimi giuridici nazionali. La dottrina del margine di apprezzamento afferma che la Corte non vuole sostituirsi alle giurisdizioni nazionali, che sono più vicine alle realtà giuridiche, economiche e sociali nelle quali affonda le sue radici la controversia che approda a Strasburgo, ma si riserva un “controllo europeo” sulle scelte e sulle decisioni assunte a livello nazionale, un controllo che riguarda sia la legge sia le decisioni che della legge fanno applicazione e nel corso del quale la Corte deve stabilire se le misure prese a livello nazionale si giustificano in linea di principio e sono *proporzionate*.

⁶ Sentenza *König*, 28 giugno 1978, A n° 27, § 88-89.

17. La Corte ha detto che il margine di apprezzamento degli Stati varia secondo le circostanze, i settori e il contesto⁷, il che fa di questo concetto, che certamente è fondamentale nell'ambito del nostro discorso, una nozione piuttosto vaga e imprecisa. E, in effetti, è stato notato che “esistono grandi divergenze nella giurisprudenza della Corte a proposito degli elementi sui quali essa si fonda per invocare un margine di apprezzamento delle autorità nazionali nelle sue decisioni concernenti la violazione o la non violazione del diritto o della libertà in questione.”⁸

18. La teoria del margine di apprezzamento, che va insieme alla verifica, nell'ambito del cosiddetto “controllo europeo” della *proporzionalità* delle misure adottate dallo Stato interessato, riguarda in primo luogo, e in maniera assolutamente evidente, i diritti previsti dagli articoli da 8 a 11 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare; libertà di pensiero di coscienza e di religione; libertà di espressione; libertà di riunione e di associazione), cioè di quelle disposizioni che testualmente prevedono la possibilità per gli Stati contraenti di limitare in vario modo – purché vi sia una base legale, nel senso che abbiamo visto – i diritti protetti, in funzione della tutela di esigenze indicate nella stessa Convenzione, nella misura in cui sia *necessario in una società democratica*.

19. Nello stabilire se una determinata misura, che costituisce un’“ingerenza” in uno dei diritti protetti sia o no *necessaria in una società democratica*, cioè se essa sia proporzionata alla finalità che si prefigge, la Corte si riferisce, per l'appunto, al *margine di apprezzamento*, cioè alla discrezionalità di cui dispongono gli Stati sia a livello legislativo sia nei loro concreti interventi, siano essi di natura giudiziaria o amministrativa, in ragione della loro prossimità alla situazione pertinente. Questa discrezionalità, però, si

⁷ Sentenza *Rasmussen*, 28 novembre 1984, § 40.

⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Mélanges Wiarda*, Cologne, 1988, p. 208, § 19 bis.

accompagna a un “controllo europeo” che si riferisce sia alla legge sia alle decisioni con le quali essa è applicata (Corte, *Casado Coca c. Spagna*, 24 febbraio 1994, Serie A, n. 285-A, § 50; *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, Serie A, n. 24, §§ 48-50), anche quando tali decisioni emanino da una giurisdizione indipendente.

20. Il concetto di “margine di apprezzamento” è utilizzato, anche al di fuori del contesto degli articoli da 8 a 11 della Convenzione, in tutti i casi nei quali agli Stati contraenti è consentito precisare o limitare i diritti protetti. Ad esempio, si ritiene che il diritto di accesso alla giustizia per la tutela dei propri diritti, che la giurisprudenza considera contenuto nell’articolo 6 della Convenzione (diritto a un equo processo) sia non assoluto e soggetto a limitazioni. La Corte ha precisato che, in quanto elemento del diritto a un processo equo, il “diritto a un tribunale”, cioè il diritto di accesso alla giustizia, non è assoluto. Dato che esso richiede per la sua stessa natura una regolamentazione da parte dello Stato, esso può dare luogo a limitazioni. Gli Stati contraenti godono in materia di una certa discrezionalità (*marge d’appréciation*). Tuttavia spetta alla Corte di decidere in ultima analisi sul rispetto delle esigenze della Convenzione; essa deve convincersi che le limitazioni applicate non restringano l’accesso aperto all’individuo a un punto tale che il diritto in parola si trovi compromesso nella sua stessa sostanza. Inoltre, tali limitazioni si conciliano con l’articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, secondo lo schema che si è evocato, solamente se esse tendono a uno scopo legittimo e se esiste un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che ci si propone (Corte, *Stubbings et al. c. Regno Unito*, 22 ottobre 1996, Raccolta, 1996, 1487, § 50).

21. Mi sono già riferito all’importanza del concetto di *proporzionalità* in questo contesto. La Corte l’ha utilizzato per la prima volta, com’era logico, a proposito di uno dei diritti protetti dagli articoli da 8 a 11 della Convenzione, in particolare il diritto alla libertà di espressione di cui all’articolo 10. Come sapete, tutti i cosiddetti “paragrafi 2” di questi articoli condizionano la

legittimità convenzionale delle misure adottate dagli Stati per restringere questi diritti alla *necessità*, in una società democratica, di proteggere i fini di volta in volta indicati da queste disposizioni. Ora, dalla necessità alla proporzionalità non vi è che un passo, un passo compiuto dalla Corte con la sentenza *Handyside*⁹, anche se l'idea della proporzionalità era stata già utilizzata, in sostanza, in sentenze precedenti¹⁰.

22. Nella sentenza *Handyside* la Corte considera la proporzionalità allo “scopo legittimo” perseguito non come condizione autonoma, ma come un corollario della cosiddetta “necessità in una società democratica”. Questa dottrina è stata poi riaffermata, in tema di rispetto della vita familiare (articolo 8) dalla sentenza *Olsson*, nella quale la Corte dice:

“... la nozione di necessità implica un'ingerenza fondata su di un bisogno sociale imperioso e in particolare proporzionato al fine legittimo perseguito...”.¹¹

Il *consensus* europeo

23. Giungiamo così al cuore del nostro discorso, e quindi al ruolo del *consensus* europeo.

24. Nel celebre caso *Marckx* la Corte ha considerato che sotto l'aspetto giuridico l'assimilazione della filiazione naturale alla filiazione legittima corrisponde a una tendenza del diritto interno “della grande maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa”¹². In un altro caso, nel quale veniva in rilievo il regime danese delle azioni di disconoscimento di paternità, la Corte ha osservato che “la presenza o l'assenza di un denominatore comune al sistema giuridico degli

⁹ Sentenza *Handyside*, 7 settembre 1976.

¹⁰ *De Wilde, Ooms e Versyp*, 18 giugno 1971, A n° 12, § 93 e *Golder*, 21 febbraio 1975, A n° 18, § 45 (entrambe in materia di libertà della corrispondenza).

¹¹ Sentenza *Olsson*, 24 marzo 1988, A n° 130, § 67.

¹² Sentenza *Marckx*, 13 giugno 1975, A n° 31, § 41.

Stati contraenti può costituire un fattore pertinente” per misurare l’estensione del margine di apprezzamento del quale beneficiano, secondo le circostanze, il settore e il contesto, questi Stati¹³.

25. La Corte è molto prudente in questo campo, come rivela l’uso del verbo “può”.

In effetti, considerare sistematicamente come pertinente l’esistenza o non di una tendenza maggioritaria in seno ai diritti nazionali equivarrebbe a livellare un pluralismo giuridico che in definitiva fa parte del patrimonio europeo. In effetti, in un *obiter dictum*, la Corte ha detto, parlando del matrimonio:

“Tuttavia, il fatto che un Paese occupi, in seguito ad una graduale evoluzione, una situazione isolata relativamente ad un aspetto della sua legislazione, non implica necessariamente che tal aspetto sia contrario alla Convenzione, soprattutto in un campo - il matrimonio – così strettamente legato alle tradizioni storiche e culturali di ogni società e alle concezioni profonde di quest’ultima sulla cellula familiare.”¹⁴

26. Concetto analogo è stato espresso più di recente, nel caso *A., B. e C. c. Irlanda* del 2010¹⁵, nel quale l’esistenza in una maggioranza di Stati membri del Consiglio d’Europa di un *consensus* in favore dell’autorizzazione all’aborto per motivi più ampi rispetto a quelli previsti dal diritto irlandese non ha impedito alla Corte di decidere che “il *consensus* constatato non riduce in maniera decisiva l’ampio margine di apprezzamento spettante allo Stato¹⁶.”

27. Uno studio recente ha individuato quattro tipi di *consensus*: quello identificato da un’analisi comparata delle legislazioni delle parti contraenti, quello fatto derivare dai trattati internazionali, quello cosiddetto interno allo Stato convenuto e quello fondato su ragioni scientifiche¹⁷.

¹³ Sentenza *Rasmussen*, 28 novembre 1984, A n° 87, § 40.

¹⁴ Sentenza *F. c. Svizzera*, (Pl.) 18 dicembre 1987, no. 11329/85, § 33. V. anche Sentenza *A., B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, no. 25579/05, § 237.

¹⁵ *A., B. e C. c. Irlanda*, GC, n° 25579/05, C E D H 2010.

¹⁶ *A., B. e C. c. Irlanda*, cit., § 246.

¹⁷ K. DZEHTSIAROU, *Does Consensus Matter? - Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights, Public Law*, 2011, p. 548-553.

28. In uno scritto semi-ufficiale della Corte, cioè nella nota introduttiva al Seminario “*Dialogue entre juges*” tenutosi in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario nel gennaio 2008, il *consensus* è stato definito così:
- “Il *consensus*, nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è generalmente compreso come riferentesi alla base che permette l’evoluzione delle norme della Convenzione attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁸.”
29. In effetti, come si diceva, la Convenzione è uno strumento “vivente”, che deve adattarsi alle mutevoli necessità di una società europea in costante movimento¹⁹. L’interpretazione evolutiva della Convenzione, anche se criticata da coloro i quali ritengono che essa sia l’effetto dell’“attivismo giudiziario” della Corte, in effetti, risponde all’oggetto e allo scopo della Convenzione che, come dice il suo preambolo, è stata adottata in vista, in particolare, dello sviluppo dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per cui è chiaro, come si è detto nel documento che evocavo, che il contenuto materiale dei diritti e delle libertà enumerati nella Convenzione non è scolpito nella pietra e deve evolvere al ritmo del progresso giuridico, sociale e scientifico della società.
30. Anche se le parole rimangono le stesse, il significato, per esempio, di ciò che è “disumano” o di cosa debba essere inteso per “vita familiare” è mutato nel corso degli anni. Per esempio: le punizioni corporali per i bambini erano considerate come un elemento necessario nell’educazione negli anni ’50, mentre ora, dalla sentenza *Tyrer* che ho citato, queste punizioni sono considerate come “trattamento disumano” contrario alla Convenzione. Ancora, si può pensare al concetto di eguaglianza tra i sessi, che negli anni ’50 era certamente più teorico che pratico, perché numerose disposizioni in quasi tutti i

¹⁸ *Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme*, note préparée par le comité d’organisation composé de Anatoly Kovier, Vladimiro Zagiebel'sky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger e Roderick Liddell, *Dialogue entre juges - Cour européenne des droits de l’homme*, Strasbourg, Conseil de l’Europe, 2008, p 15.

¹⁹ *Tyrer c. Regno Unito*, cit.

Paesi trattavano differentemente la donna senza essere messe in questione, e che oggi assume un significato ben diverso.

31. Credo che occorra abbandonare l'idea, assolutamente contraddetta dalla prassi dalla fine della seconda guerra mondiale, ma che ancora resiste nell'animo di alcuni, in particolare tra i non specialisti del diritto internazionale, idea secondo la quale i trattati internazionali andrebbero sempre interpretati restrittivamente, un'idea maturata a un'epoca nella quale il diritto internazionale era essenzialmente basato sui concetti di sovranità, di volontà dello Stato e di non ingerenza negli affari interni degli altri Stati, concetti certamente ancora validi oggi, in una certa misura, ma che nel diritto internazionale contemporaneo, umanizzato, se si vuole, dall'irruzione prima del diritto umanitario e poi dei diritti dell'uomo, devono confrontarsi con il valore preponderante che oggi assume la dignità umana e la necessità della sua protezione.

32. La tecnica del *consensus* è dunque pienamente compatibile con le regole sull'interpretazione dei trattati fissate negli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, che dalla sentenza *Golder* del 1975²⁰ la Corte utilizza nell'interpretazione della Convenzione. Tra l'altro l'articolo 31 comma 2 b della Convenzione di Vienna impone di tener conto di "ogni prassi successiva nell'applicazione del trattato che stabilisca l'accordo delle parti sulla sua interpretazione".

33. In questo contesto, senza avere un valore esclusivo, il *consensus* europeo possiede un ruolo importante, che può conferire una particolare legittimità alla sentenza della Corte.

34. Il caso *Marckx*, che ho citato, è significativo. Un esempio più recente è dato dalla sentenza *Bayatyan c. Armenia*²¹ la Corte ha rivisto la sua giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza al servizio militare. Per anni la Corte

²⁰ Sentenza *Golder* del 21 febbraio 1975, A n° 18, § 29-30.

²¹ *Bayatyan c. Armenia*, GC, n° 23459/03, 7 luglio 2011.

aveva affermato che gli Stati erano liberi di introdurre la possibilità del servizio civile come alternativa al servizio militare, ma che non erano obbligati a farlo. La Corte si basava sull'articolo 4, comma 3, b, della Convenzione, che include tra i casi che non vanno considerati lavoro forzato ai sensi della Convenzione "ogni servizio di natura militare, ovvero, in caso di obiettori di coscienza, nei Paesi dove questi sono riconosciuti, il servizio richiesto in luogo del servizio militare obbligatorio." Nel caso *Bayatyan* la Corte doveva decidere nel 2011 se una sentenza detentiva come risposta al rifiuto di prestare il servizio militare a causa di una sincera convinzione religiosa fosse compatibile con la libertà di religione protetta dall'articolo 9 della Convenzione. La risposta negativa della Corte, che così ha cambiato giurisprudenza, si è basata su di un nuovo *consensus* europeo:

"...la Corte considera che l'interpretazione restrittiva dell'articolo [9] ... rifletteva le idee prevalenti all'epoca ... La Corte ripete in questo contesto che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e delle idee prevalenti oggi tra gli Stati democratici... Giacché essa è innanzitutto un sistema per la protezione dei diritti dell'uomo, la Corte deve tener conto delle mutevoli condizioni negli Stati contraenti e rispondere, per esempio, a ogni *consensus* che emerga a proposito degli *standard* da raggiungere. ... La Corte osserva che tra la fine degli anni '80 e gli anni '90 un'evidente tendenza è riconoscibile tra gli Stati europei, senza distinzione tra quelli originariamente membri del Consiglio d'Europa e quelli che hanno aderito in un tempo successivo, al riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza."

35. Il *consensus*, quindi, è essenzialmente uno strumento posto al servizio dell'interpretazione evolutiva della Convenzione. Ci si potrebbe chiedere se, all'inverso, il *consensus* potrebbe essere utilizzato per ridurre il livello di protezione già assicurato dalla giurisprudenza della Corte, nel caso in cui l'analisi comparativa dimostri per l'appunto l'esistenza di una tendenza in tal senso. Una tale possibilità sembra assolutamente da escludere, anche se non mi risulta che il principio sia stato esplicitamente affermato nella giurisprudenza. Una tale conseguenza sarebbe a mio avviso non compatibile con l'oggetto e lo scopo della Convenzione²².

²² Questa è anche l'opinione di D. SPIELMANN, *Consensus*, etc., cit., p. 592.

36. A questo proposito è interessante ricordare l'opinione in parte dissenziente del giudice Casadevall unita alla sentenza *Gorou*²³, nella quale egli ha osservato, a proposito dell'impossibilità di utilizzare il *consensus* in senso negativo: «mi viene in mente il meccanismo dello *standstill*, noto anche come progresso della ruota dentata". Una volta che una ruota dentata è avanzata di una posizione, essa non può più tornare indietro. Questo principio, di creazione essenzialmente dottrinale, soprattutto applicato alle conquiste sociali, intende vietare al legislatore di adottare delle regole che avrebbero l'effetto di abbassare il livello di protezione già raggiunto²⁴.
37. Ci si è poi chiesti in tempi recenti se non si stia andando verso una relativizzazione della teoria del *consensus*.
38. In un'opinione dissenziente annessa alla sentenza *Van der Heijden c. Paesi Bassi*²⁵, riguardante la libertà degli Stati di dispensare (o non) i conviventi di lunga data dall'obbligo di testimoniare in materia penale, i giudici Tulkens, Vajic, Spielmann, Zupancic e Laffranque hanno osservato che la maggioranza della Corte, nel determinare se l'ingerenza litigiosa era necessaria in una società democratica, aveva evocato l'assenza di una *communis opinio* che, senza essere decisivo, milita in favore del riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento (§ 61 della sentenza), ciò che renderebbe superflua ogni altra argomentazione. In effetti, come hanno notato anche i giudici Casadevall e Lopez Guerra, un'analisi più precisa degli elementi di diritto comparato presentati dalla Corte a proposito del diritto di non testimoniare negli Stati membri del Consiglio d'Europa mostra che una maggioranza degli Stati avrebbero *de facto* dispensato la ricorrente dal testimoniare in una situazione simile (§ 31 e s. della sentenza). Ciò, secondo i giudici dissenzienti, confermerebbe il carattere relativo dell'approccio della Corte a proposito

²³ *Gorou c. Grecia* (n° 2), GC, n° 12686/03, 20 mars 2009.

²⁴ V. CHIRARDIS, *The limits of interpretation of the Strasbourg Court and the principle of non-regression*, in *Melanges Christos L Rozakis*, op. cit., pp 81-106

²⁵ *Van der Heijden c. Paesi Bassi*, GC, n° 42857/05, 3 aprile 2012.

dell'esistenza del *consensus* e, in maniera più generale, pone la questione dell'opportunità di dissociare (*disentangle*) questa questione da quella del margine di apprezzamento in certe categorie di affari.

39. Nel celebre caso *Lautsi c. Italia*, poi, la questione dell'esistenza o meno di una *communis opinio* era controversa nella formazione di giudizio. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Malinverni ha messo in discussione le conclusioni della Grande camera della Corte quanto al *consensus* europeo relativo alla presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche, osservando che la Grande camera si era basata soprattutto sull'assenza di *consensus* europeo per applicare la teoria del margine di apprezzamento, mentre a suo giudizio la presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche è prevista, oltre che in Italia, in un numero limitatissimo di Stati membri del Consiglio d'Europa, come l'Austria, la Polonia e qualche *land* tedesco. Per converso, nella grande maggioranza di questi Stati questa questione non forma oggetto di una regolamentazione specifica, per cui non si potrebbe far derivare da questo stato di fatto conclusioni certe quanto al *consensus* europeo²⁶.

Conclusioni

40. Alla luce degli elementi che ho cercato di illustrare, si può ora tentare di offrire possibili conclusioni. Credo che si possano individuare quattro punti.

41. Una prima conclusione è che il prosperare della dottrina del *consensus* europeo conferma che la tendenza della Corte verso l'interpretazione evolutiva della Convenzione non è reversibile.

42. Una seconda conclusione è che la dottrina del *consensus* non potrebbe essere utilizzata dalla Corte per ridurre il livello della protezione dei diritti individuali già accordata dalla giurisprudenza.

²⁶ *Lautsi et al. c. Italia*, GC, n° 30814/06, CEDH 2011 (estratti), opinione dissenziente del giudice Malinverni.

43. Una terza conclusione è che, anche indipendentemente dagli sviluppi che ho segnalato nei casi *Van der Heijden* e *Lautsi*, credo si possa dire che la nozione di *consensus* è relativa e non è possibile ricavarla in base ad un'operazione puramente aritmetica.
44. Infine, una quarta conclusione riguarda l'atteggiamento della Corte in una situazione nella quale manchi un *consensus* nella soluzione di un dato problema. Applicando meccanicamente la teoria del *consensus* si dovrebbe in questi casi sempre consigliare alla Corte un atteggiamento prudente e rispettoso delle scelte nazionali. Sulle orme del Presidente della Corte, Dean Spielmann, che si è espresso recentemente su questa questione²⁷, mi permetto di dubitare che questa sia la soluzione giusta. In effetti, le ragioni dell'assenza di un *consensus* sono spesso difficili da discernere; si può trattare di un'assenza di una presa di posizione di fronte a problemi nuovi, di ragioni politiche, dell'assenza di interesse per questioni che riguardano solo delle minoranze. Di fronte all'assenza di un *consensus* non è detto che la Corte debba in ogni caso esercitare ciò che si chiama ritegno giudiziario. Il *consensus* "negativo" può effettivamente risultare, in casi rari, dalla volontà degli Stati di non legiferare, ma un'assenza di volontà di legiferare può anche derivare da un'indifferenza generalizzata, e in questo caso sarebbe giusto farne derivare un'autolimitazione della Corte? Come dicevo, mi permetto di dubitare di questa conclusione, anche perché non bisogna dimenticare che la teoria del margine di apprezzamento, per com'è stata disegnata dalla giurisprudenza della Corte, non nega assolutamente la teoria dell'interpretazione autonoma, alla quale la Corte può e deve far ricorso anche in assenza di *consensus*.
45. A proposito di quest'ultima conclusione, chiuderei con una citazione di Paul Martens, che ha osservato che "inclinandosi davanti ad un *consensus* la cui assenza o esistenza dipende dalla volontà o dal rifiuto di una maggioranza, il giudice non finisce per conferire a questa maggioranza un potere normativo

²⁷ D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 593.

indebita, giacché il suo ruolo è esattamente quello di proteggere le minoranze contro l'intolleranza delle maggioranze²⁸?”

²⁸ P. MARTENS, *Les désarrois du juge National face aux caprices du consensus européen, Dialogues entre juges – Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, p. 80-99.