



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti

Dipartimento di Giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare IUS/13

IL MUTAMENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN SENSO COSTITUZIONALE ATTRAVERSO L'ANALISI DELLE SENTENZE *PILOTA*: UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ.

IL DOTTORE

MARIO ARICO'

IL COORDINATORE

CHIAR.MA PROF. ISABEL TRUJILLO

IL TUTOR

CHIAR.MO PROF. MASSIMO STARITA

CO TUTOR

CHIAR.MO PROF. GIORGIO PINO

CICLO XXIX

ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017

**IL MUTAMENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN
SENSO COSTITUZIONALE ATTRAVERSO L'ANALISI DELLE SENTENZE**

PILOTA:

UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ.

0. Introduzione

PARTE PRIMA

**LA PROCEDURA DI SENTENZA PILOTA: UNO STRUMENTO INNOVATIVO
DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU PER RIMEDIARE AL PROBLEMA
DEL SOVRACCARICO.**

1. Il problema del sovraccarico dei ricorsi in relazione all'effettività del sistema CEDU: identificazione delle cause e le novità introdotte dal Protocollo 11	12
1.1 L'allargamento agli Stati dell'Europa centro orientale	15
2. Le soluzioni al problema del sovraccarico. Premessa	18
A) Il Protocollo 14 e la soluzione istituzionale	19
B) Le modifiche alla fase di supervisione dell'esecuzione: la riforma dell'art. 46	25
C) La base formale per lo sviluppo della prassi giurisprudenziale della procedura di sentenza pilota	27
3. La procedura di sentenza pilota: le ragioni di economia processuale. Proposta di definizione.	31
3.1 I presupposti: il problema strutturale e la violazione sistemica	33
3.2 Finalità	37
3.3 Gli elementi della sentenza pilota	39
3.4 La ricostruzione dottrinale: sentenza pilota in senso pieno, sentenza quasi-pilota e <i>tertium genus</i>	41
3.4.1 Le sentenze quasi pilota o ex articolo 46	43
3.4.2 <i>Tertium genus</i>	45

3.5 L'inquadramento della procedura nella prassi giurisprudenziale precedente: evoluzione e non rivoluzione. Premessa	46
3.5.1 L'accertamento della violazione come momento rilevante ai fini dell'obbligo ex art. 46 par. 1	48
A) La prassi della Corte: il principio della valutazione in concreto come mero atteggiamento di <i>self-restraint</i>.	49
B) L'atto interno a portata generale rileva direttamente, indipendentemente dall'adozione del provvedimento individuale	49
C) Quando l'accertamento della situazione interna a portata generale non rientra nell'oggetto formale della causa	53
3.5.2 La previsione delle conseguenze della violazione: evoluzione della prassi	56
3.6 Le sentenze pilota: una ricognizione dei casi significativi in relazione alle violazioni maggiormente ricorrenti	
A) La violazione dell'art 1 Protocollo 1	61
B) Violazione dell'art 6 per eccessiva durata dei processi interni	67
C) Violazione dell'art 6 per la mancanza di un rimedio interno	68
D) Violazione dell'art 6 per la mancata esecuzione delle decisioni dei giudici interni	70
4. Flessibilità e prevedibilità: aspetti problematici	
4.1 Flessibilità	72
4.2 Premessa metodologica in relazione alla flessibilità: delimitazione dell'ambito dell'indagine	73
4.3 L'art. 61 del Regolamento della Corte: la cristallizzazione delle ambiguità	74
4.4 Incertezza applicativa, vuoto normativo e conseguenze per i singoli ricorrenti non privilegiati	76
4.5 Il ricorso <i>flessibile</i> alla sospensione	79
4.6 Il Dispositivo	80
5. Gli Stati dell'ECO: un ambiente favorevole per il ricorso alla procedura pilota	
5.1 Le Costituzioni degli Stati fondatori e il diritto convenzionale	83
5.2 Il diritto internazionale nelle Costituzioni dei paesi dell'Europa centro orientale (ECO)	85

5.3 Il ruolo delle Corti costituzionali interne nel sistema di protezione convenzionale: una premessa generale.	87
5.3.1 (segue) Il ruolo delle Corti costituzionali nel processo di transizione post-comunista	89
5.4 La Corte EDU, attivismo e ruolo suppletivo: le ragioni di opportunità in relazione ai problemi sistemici	91
5.4.1 La violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Protocollo 1 negli Stati dell'ECO come occasione per un maggiore attivismo: dal relativismo transizionale all'universalismo	93
5.5 I presupposti per ricorrere allo strumento processuale della sentenza pilota: le ragioni di opportunità	96
5.5.1 Le ragioni di opportunità: l'ambiente favorevole come minore resistenza	98
5.5.2 Le ragioni delle Corti costituzionali interne e quelle della Corte EDU: premessa generale alla condizione della sinergia	98
5.5.3 La sinergia tra la Corte edu e le Corti costituzionali degli Stati dell'ECO: una spiegazione per il ricorso alla procedura di sentenza pilota	100
5.5.4 La tutela della proprietà: le differenze tra il caso italiano a confronto con il precedente polacco. I casi Broniowski e Hutten Czapska	102
5.5.5 (segue) Il caso Scordino	104

PARTE SECONDA

LA PREVISIONE DELLE CONSEGUENZE NELLE SENTENZE PILOTA

1. La prassi applicativa della Corte dell'art. 46: estensione agli aspetti consequenziali dell'accertamento	107
2. Le misure rimediali: una analisi descrittiva	110
3. Le misure rimediali a carattere generale: la prospettiva normativa	115
A) La natura dichiarativa: dubbi sulla possibilità di configurarla come un principio autonomo	120

B) L'interpretazione dell'art 32 alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione	121
C) I poteri impliciti	124
3.1 La fase di esecuzione come ambito esclusivo di competenza degli Stati?	126
3.2 Casi problematici	129
3.3 Confutazione e rinvio	132

PARTE TERZA

LE SENTENZE PILOTA E IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ *COSTITUZIONALE*

1. Premessa	136
2. La Convenzione e la Corte: elementi che denotano la <i>natura</i> costituzionale	139
3. Le funzioni della Corte nel sistema di riferimento: analogie e differenze con le Corti costituzionali interne sul piano generale	141
4. L'attività interpretativa della Corte: un fattore ulteriore per riconoscerle una natura costituzionale	
A) Le domande costituzionali	146
B) La competenza esclusiva	147
C) La funzione oracolare	148
5. Elementi sopravvenuti a completamento della dimensione costituzionale della Corte EDU	
A) La risposta <i>costituzionale</i> ai problemi strutturali	149
B) L'incorporazione	157
6. L'impossibilità di applicare la semantica costituzionale al sistema CEDU: il pluralismo sistemico	159
7. Obiezioni ai rilievi posti dalla dottrina del pluralismo sistemico	166
8. Seconda Premessa	169
8.1 Il costituzionalismo statale: natura e funzioni (una breve ricostruzione)	170
8.2 Il controllo di costituzionalità	173

8.3 Le analogie con sistemi di giustizia costituzionale	177
8.4 Gli effetti della decisione: potere di annullamento ed efficacia <i>erga omnes</i>	180
8.5 Il ruolo normativo positivo: rinvio	181
8.5.1 Le sentenze pilota e le decisioni dei sistemi di giustizia costituzionale interni, analogie e differenze: una prima lettura	182
8.6 Le sentenze additive tradizionali	188
8.7 Le sentenze additive di principio	191
8.8 L'efficacia vincolante della parte ricostruttiva della sentenza additiva di principio	193
8.9 Le sentenze pilota	200
8.10 I casi problematici	205

CONCLUSIONI

213

BIBLIOGRAFIA

215

0. Introduzione

L'analisi della procedura delle sentenze pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo si inquadra nella più ampia questione della progressiva evoluzione verso una giurisdizione di carattere costituzionale.

La Corte EDU è andata gradualmente modificando il proprio modo di decidere discostandosi dalla funzione di giudice del caso concreto: tale cambiamento comporta delle inevitabili ripercussioni sul piano della *governance* verticale nel rapporto con gli Stati parti.

La legittimità dell'operato della Corte, organo terzo di natura giurisdizionale, è basata originariamente sul valore morale intrinseco dei diritti umani e sul conferimento esplicito da parte degli Stati aderenti al sistema CEDU del potere di "assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli".

Tale legittimità iniziale, derivante in origine dal consenso dalle Parti contraenti, deve essere mantenuta nel tempo: le manifestazioni di attivismo giudiziale - procedurale e sostanziale, come si vedrà in seguito - non sfuggono alla *golden rule* del consenso nel diritto internazionale pubblico e rischiano di essere percepite come un esercizio di potere *ultra vires*, generando un abbassamento nei livelli di *compliance*, oltre una opposizione critica nel dibattito pubblico a livello nazionale.

Il mutamento della funzione in senso costituzionale della Corte attraverso l'utilizzo della procedura delle sentenze pilota, che deve valutarsi nella prospettiva del mantenimento di un esercizio legittimo della funzione giurisdizionale, è minacciato da una serie di fattori: da un lato, l'inefficienza nel funzionamento che mette a rischio l'effettività della tutela dei diritti, dall'altro il mancato rispetto delle norme della CEDU (da intendere sia come strumento di tutela dei diritti umani sia come strumento di conferimento del potere di *jurisdicere*, nei limiti del principio di sussidiarietà).

L'approccio maggiormente attivista, denominato come tale perchè non limitato alla mera analisi del caso concreto, trova il suo manifesto fondativo nella proclamazione della Convenzione come *strumento costituzionale* da parte dei giudici di Strasburgo nella sentenza sul caso *Loizidou*, da interpretare come invito ad andare oltre l'obiettivo di assicurare esclusivamente una forma di giustizia individuale: tale messaggio è stato

recepito gradualmente dai giudici di Strasburgo e si è concretizzato nell'applicazione o nel consolidamento di tendenze giurisprudenziali innovative rispetto all'esperienza pregressa.

Nell'ambito di tali tendenze innovative, la procedura delle sentenze pilota rappresenta indubbiamente una manifestazione di attivismo, prima di tutto in senso procedurale.

Tale procedura ha avuto origine interamente nella prassi giurisprudenziale al fine fronteggiare il problema del sovraccarico dei ricorsi dovuto ad una serie di fattori, tra i quali si distingue l'ingresso nel sistema CEDU dei paesi dell'Europa centro-orientale nei primi anni novanta, i cui ordinamenti in fase di transizione democratica erano caratterizzati da *problemi sistemici* all'origine di numerosi ricorsi alla Corte.

Lo sviluppo della procedura ha avuto luogo in assenza di una base giuridica espressa: inserita nelle proposte di modifica della Convenzione durante i lavori preparatori alle riforme istituzionali, viene poi estromessa dalla stesura definitiva del testo normativo del Protocollo 14 allegato alla Convenzione EDU.

I giudici della Corte hanno sviluppato tale procedura, quindi, seguendo una base formale "implicita", la Raccomandazione 2004-3 e la Risoluzione 2004- 6, derivante da un organo a composizione politica - il Comitato dei Ministri - indirizzate alla Corte per l'individuazione dei problemi sistemici e agli Stati-parti per la corretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo attraverso la predisposizione di rimedi interni efficaci *pro futuro*. A causa della mancanza di un riferimento normativo espresso, la procedura è stata caratterizzata sempre da un certo grado di incertezza (anche dal punto di vista definitorio, nonostante i vari tentativi di sistematizzazione avvenuti in dottrina), circostanza che ha finito per caratterizzarne l'utilizzo da un accentuato grado di flessibilità.

L'introduzione della procedura della sentenza pilota nell'articolo 61 del regolamento della Corte, avvenuta soltanto nel 2011 - cioè soltanto sette anni dopo la prima sentenza pilota in occasione del caso *Broniowski* - non ha contribuito a portare elementi ulteriori sulle modalità e le circostanze del suo utilizzo, finendo per *crystallizzare* i caratteri della flessibilità.

Dall'analisi della giurisprudenza, si può evincere come le sentenze-pilota rappresentino il punto finale di una evoluzione che vede la Corte EDU discostarsi progressivamente dall'idea di giudice individuale che si pronuncia esclusivamente sulle circostanze del

caso concreto, le cui decisioni possono avere soltanto valore dichiarativo, e i cui effetti sono soggettivamente limitati alle parti in giudizio.

I momenti principali di tale evoluzione possono rintracciarsi, in primo luogo, per quel che riguarda i profili dell'accertamento della violazione, nella rottura del paradigma *good law - bad decision* alla base della *fictio* della Corte come giudice del caso concreto: la violazione di un diritto convenzionalmente garantito ha la sua fonte non più e non solamente nelle anomalie del singolo giudizio nel quale il giudice nazionale ha interpretato e applicato il diritto interno *in modo non conforme alla Convenzione*, ma può derivare *direttamente* da un atto normativo o da una prassi amministrativa o giurisdizionale interni incompatibili con le norme del trattato.

In secondo luogo, i giudici iniziano ad indicare anche *misure consequenziali*, mettendo in discussione l'asserito valore esclusivamente dichiarativo delle sentenze, non limitandosi, cioè, ad accertare l'esistenza della violazione di un diritto convenzionalmente garantito, ma iniziando ad indicare rimedi - individuali e, soprattutto, generali - ulteriori rispetto all'equa soddisfazione espressamente prevista dalla Convenzione.

L'elemento davvero innovativo caratterizzante le sentenze pilota nell'ambito di tale evoluzione giurisprudenziale in generale è rappresentato dall'introduzione di tali misure all'interno del dispositivo, che può accompagnarsi alla sospensione dei *casi simili* e all'apposizione di un termine per l'esecuzione della sentenza da parte dello Stato destinatario.

Da questa prassi si evince come le sentenze della Corte si siano tradotte in vere e proprie pronunce costitutive che, lungi dal produrre effetti nel solo caso oggetto di giudizio, finiscono per imporre allo Stato autore della violazione l'adozione di misure *riparatorie* con efficacia *erga omnes*.

Il particolare attivismo di questa prassi giudiziale che si estende agli aspetti consequenziali della violazione, andando a ridurre l'ampio margine di discrezionalità nella fase di esecuzione delle decisioni di una Corte internazionale, rischia di essere percepito come *ultra vires* dalle Parti Contraenti proprio in ragione della mancanza di una base giuridica espressa.

Lo studio prosegue, dunque, nella ricerca di un fondamento per i *nuovi poteri* della Corte, partendo, però, da un'analisi generale dal punto di vista descrittivo delle misure rimediali esplicitate, che consenta di evidenziare (attraverso l'analisi del linguaggio

sempre più specifico e prescrittivo nei toni) un utilizzo progressivamente più *audace*: si prenderanno in considerazione le varie fasi nella evoluzione della prassi giurisprudenziale che aiutano ad interpretare la relazione tra portata del giudicato e libertà nella scelta dei mezzi da parte degli Stati nell'esecuzione della sentenza, dalla quale complessivamente emerge, nelle intenzioni della Corte, una graduale e sempre maggiore erosione della seconda a favore della prima.

Tra le misure consequenziali viene fatta, ovviamente, una distinzione tra quelle a carattere individuale e quelle di portata generale: lo studio delle prime verrà sommariamente inserito solamente in funzione *servente* rispetto all'analisi delle seconde, per confermare l'evoluzione della prassi giurisprudenziale in senso sempre più distante dall'idea del valore esclusivamente dichiarativo delle decisioni della Corte.

All'approccio descrittivo segue, dunque, quello normativo, finalizzato a verificare l'esistenza della competenza della Corte ad occuparsi in modo esplicito delle misure generali alla luce delle norme sull'interpretazione dei trattati internazionali ex art. 31-33 della Convenzione di Vienna.

Facendo riferimento alla dottrina che maggiormente si è occupata di quest'aspetto, si individueranno varie possibilità ricostruttive di tale competenza, in ragione del necessario inquadramento dell'obbligo a carico degli Stati di conformarsi alle decisioni di cui all'art. 46 nell'ambito di una lettura sistematica della Convenzione; le norme *implicite* a fondamento del potere dovranno essere necessariamente poste in relazione con altre previsioni potenzialmente in contrasto, tra le quali emerge il principio della libertà degli Stati nella scelta dei mezzi per conformarsi all'obbligo: si cercherà di stabilire fino a che punto l'antinomia sia risolvibile a favore della Corte e fino a che punto la dimensione verticale inter-ordinamentale possa subire delle variazioni.

Tale approccio normativo è il presupposto, dunque, per rispondere sul rapporto tra il contenuto delle misure generali (come manifestazione dell'esercizio di un sindacato di convenzionalità configurabile come giudizio di legittimità caratterizzante i sistemi di giustizia costituzionale interni) e la discrezionalità nella scelta dei mezzi (come espressione della sovranità statale, in particolare, delle scelte politiche del legislatore in materia di protezione dei diritti umani).

La terza parte del lavoro avrà ad oggetto il tentativo di inquadramento del sindacato di convenzionalità nell'ambito del dibattito dottrinale più generale sulla costituzionalità del sistema CEDU: in alcuni casi tale sistema di tutela dei diritti a livello europeo viene

descritto come lo sviluppo di un ordinamento giuridico ampiamente integrato nel quale la Convenzione rappresenta lo strumento di *governance costituzionale*.

Benché sia innegabile una evoluzione del sistema nel senso di un allontanamento da una impostazione meramente dicotomica, ad un approccio di tipo *costituzional-integrazionista*, si oppone un modello che rimane *pluralista* tra le parti (gli Stati da una parte, gli organi convenzionali dall'altra) che costituiscono tale sistema: la relazione rimane, in ultima istanza, politica e non giuridica, caratterizzata da un rapporto "eterarchico" piuttosto che da regole di gerarchia¹.

Ci si propone di verificare, dunque, se, pur in una prospettiva pluralista, sia comunque possibile parlare di costituzionalità facendo riferimento ai sistemi di giustizia costituzionale interna, tentando di scoprire se e quali modelli decisori a livello statale possono presentare delle analogie con la funzione di controllo di convenzionalità esercitata dalla Corte attraverso la sentenza pilota e spiegarne anche i limiti.

Una volta risposto positivamente a tale quesito, si proverà a compiere un passo ulteriore per verificare se alcuni casi di sentenza pilota identificati da parte della dottrina come *problematici*, in ragione di una manifestazione di esercizio di poteri *ultra vires* rispetto alle competenze desumibili dalla Convenzione (e che, inoltre, hanno generato perplessità anche sul piano più generale della legittimità dell'agire della Corte EDU) possano, invece, essere spiegati e "ricostruiti" proprio sulla base della analogie con quei modelli decisori di giustizia costituzionale interna, i quali, pur partendo da presupposti completamente differenti, pongono alle Corti costituzionali interne un problema analogo a quello, che in fondo, si imputa alla Corte di Strasburgo quando emana decisioni connotate dall'esercizio di un *ruolo normativo positivo*: l'intangibilità della sovranità parlamentare.

¹ Come si cerca di dimostrare, infatti, *il sistema cedu non può dirsi integrato fino a questo punto*, alla stregua di quanto è successo in quello dell'Unione europea: la conseguenza è che il margine di discrezionalità degli Stati è ben superiore a quello che residua agli stati membri dell'Unione Europea dopo le "cessioni di sovranità" in determinante materie e che possono fare affidamento in ultima istanza soltanto sulla teoria dei contro - limiti nel caso di riconosciuta incompatibilità tra le norme comunitarie e le norme interne contenenti principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno e che possono fare affidamento in ultima istanza soltanto sulla teoria dei contro - limiti nel caso di riconosciuta incompatibilità tra le norme comunitarie e le norme interne contenenti principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno.

PARTE PRIMA
LA PROCEDURA DI SENTENZA PILOTA:
UNO STRUMENTO INNOVATIVO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU
PER RIMEDIARE AL PROBLEMA DEL SOVRACCARICO.

**1. Il problema del sovraccarico dei ricorsi in relazione all'effettività del sistema
CEDU: identificazione delle cause e le novità introdotte dal Protocollo 11.**

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo viene unanimemente descritta come una delle massime espressioni in ambito giuridico della storia del continente. La sua importanza viene riconosciuta anche dall'altro ordinamento sovranazionale a livello regionale, l'Unione Europea, e trova evidente riscontro nell'art. 6 TUE, il quale prevede l'accesso della UE al sistema convenzionale². Il progressivo emergere della sua Corte - la Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)- in termini di autorevolezza è stato descritto come uno dei maggiori fenomeni nella storia del diritto internazionale pubblico, probabilmente il più significativo, capace di influenzare anche gli altri ordinamenti regionali di tutela dei diritti umani³. La circostanza che ha contribuito in modo decisivo al rafforzamento del ruolo della Corte nel sistema di protezione europeo dei diritti fondamentali è certamente rappresentata dall'approvazione del Protocollo n. 11, entrato in vigore il primo novembre del 1998, che ha stravolto l'intero sistema, introducendo, tra le altre varie modifiche fondamentali, la possibilità del ricorso diretto.

Nel sistema originario⁴ della Convenzione vi era la collaborazione di tre organi: la Commissione, la Corte e il Comitato dei Ministri europeo⁵. La loro giurisdizione non era però obbligatoria, e agli Stati membri era lasciata facoltà di accettare o meno sia la

² O'BOYLE M., *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, European Human rights Law Review, 2008, n.1, pp. 1 e ss.

³ Per una analisi sull'influenza della Corte EDU nei confronti degli altri sistemi di protezione regionale dei diritti, cfr. CAPPUCCIO L., A. LOLLINI, A., TANZARELLA P., *Le Corti regionali tra Stati e diritti: i sistemi di protezione dei diritti fondamentali, europeo, americano e africano a confronto*, Studi di Attualità giuridiche, Editoriale Scientifica, 2012, n.8.

⁴ Per un'analisi completa del sistema previgente alla riforma del Protocollo 11, cfr. MOWBRAY A., *European Convention on Human Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2012, pp. 10 e ss.

⁵ Organo decisionale ed esecutivo del Consiglio d'Europa, composto dai Ministri degli esteri degli Stati membri o da loro rappresentanti diplomatici permanenti a Strasburgo.

competenza della Commissione a ricevere ricorsi individuali⁶, che la giurisdizione della Corte⁷. La Commissione, ai sensi del previgente art 27, era l'organo istruttorio competente ad esaminare in prima istanza la ricevibilità e la non manifesta infondatezza dei ricorsi statali e individuali, svolgendo, dunque, una funzione di filtro: una volta dichiarato ricevibile il ricorso, procedeva con una prima istruttoria, accertando i fatti in causa ed emettendo un rapporto nel quale esprimeva il proprio parere sull'esistenza o meno della violazione. Tale rapporto della Commissione veniva in seguito trasmesso al Comitato dei Ministri, momento da cui iniziava a decorrere il termine di tre mesi entro il quale le parti legittimate potevano adire la Corte. I ricorsi non deferiti alla Corte erano decisi a maggioranza dei due terzi dal Comitato, organo che svolgeva in queste ipotesi una funzione quasi-giudiziaria. La Corte emetteva su ogni questione a lei sottoposta una sentenza definitiva vincolante le parti⁸. Il Protocollo 11 ha profondamente mutato il previgente sistema di protezione sovranazionale della CEDU nella struttura e nella procedura⁹. Le funzioni in precedenza ripartite tra Commissione e Corte vengono affidate ad un organo giurisdizionale unico, la nuova Corte EDU¹⁰, che svolge la sua funzione a tempo pieno e la cui giurisdizione diviene obbligatoria per gli Stati-parti. Composta di un numero di giudici uguali a quello degli Stati parti della Convenzione, ha competenze istruttorie, di accertamento dei fatti, di conciliazione amichevole e decisorie, sia in relazione ai criteri di ricevibilità (funzione precedentemente demandata alla Commissione) sia di merito, le quali si aggiungono alla possibilità di riconoscere l'equa soddisfazione di cui all'art. 41. Dal punto di vista della struttura, nonostante i cambiamenti sostanziali abbiano riguardato il funzionamento della Cedu in relazione al ruolo svolto dalla Commissione, vengono ridefiniti anche i rapporti tra Corte e Comitato: all'organo politico viene sottratto il potere di decidere alcuni ricorsi nel merito, sottraendogli, quindi, la funzione quasi-giurisdizionale che aveva in precedenza,

⁶ Cfr. art. 25 del testo previgente all'emanazione del Protocollo 11.

⁷ Cfr. art 46 del testo previgente all'emanazione del Protocollo 11.

⁸ Tale procedimento si dimostrava all'avanguardia rispetto allo stato del diritto internazionale dell'epoca, che non riconosceva all'individuo la possibilità di agire di fronte a giurisdizioni internazionali: nonostante la presenza di un meccanismo di filtro, ai singoli era in ogni caso attribuito *in nuce* un diritto d'azione. Sul punto, cfr. VITERBO A., *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, CALIGIURI A., CATALDI G., NAPOLETANO N. (a cura di), Padova, 2010, pp. 88-89.

⁹ Cfr. *ex multis*, LEACH P., *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford, 2005; MOWBRAY A., *European Convention on Human Rights, Cases, Materials and Commentary*, cit., BERNHARDT R., *Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol no. 11*, *The American Journal of International Law*, 1995, n. 89, pp. 145 e ss.

¹⁰ Con la riforma del 1998, infatti, la Commissione è stata soppressa in quanto la sua attività di filtro non aveva più ragion d'essere a causa dell'introduzione dei ricorsi individuali diretti, di cui infra.

conferendogli piena competenza nella fase di supervisione sull'esecuzione delle sentenze della Corte EDU da parte degli Stati ritenuti responsabili di una violazione. L'affidamento della funzione giudiziaria ad un unico soggetto ha reso il sistema più vicino agli standard giuridici degli ordinamenti nazionali. L'apertura ai ricorsi individuali diretti con l'abolizione del meccanismo di filtro, unita alla piena competenza giurisdizionale della Corte a valutare le domande in tutte le fasi procedurali, rappresentano la chiave di volta che ha permesso alla CEDU di distaccarsi dal modello dei sistemi internazionali trasformandosi, invece, in un organismo sovranazionale con ampia influenza sugli Stati¹¹. La Corte EDU può conoscere, dunque, sia dei ricorsi inter-statali¹², sia, soprattutto, di quelli individuali¹³ con cui si lamenta una violazione di una disposizione convenzionale o dei Protocolli aggiuntivi.

Tramite il riconoscimento della possibilità di un ricorso individuale diretto, i singoli soggetti sono posti su un piano di parità processuale rispetto allo Stato nei cui confronti fanno valere i propri diritti. Le condizioni di ammissibilità del ricorso sono di natura sostanziale e processuale: sotto il primo profilo, il ricorrente deve avere un interesse ad agire, dimostrando il nesso causale tra l'atto imputabile allo stato convenuto e la pretesa violazione della CEDU di cui si dichiara vittima¹⁴. Riguardo il secondo aspetto, la ricevibilità del ricorso è subordinata alle condizioni di cui all'art 35 della CEDU: "la

¹¹“La ristrutturazione del sistema di controllo e di garanzia dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e dai Protocolli ha significativi riflessi sulla portata dell'art. 32 CEDU il cui tenore letterale, pur riproducendo la formulazione del vecchio articolo 45, ha un contenuto del tutto nuovo determinato dal rinvio alle nuove norme sulle forme di accesso alla Corte. Il contenuto sostanziale della disposizione è infatti di tipo meramente riassuntivo. [...] La vecchia Corte poteva essere adita, previo riconoscimento della sua giurisdizione da parte degli Stati contraenti, soltanto dalla Commissione, dall'Alta Parte contraente di cui era cittadino la vittima della lamentata violazione nei confronti di altra Alta Parte contraente, dall'Alta Parte contraente che avesse adito la Commissione ex art. 24 CEDU con ricorso inter-statale o da un'Alta Parte contraente convenuta in giudizio. Il singolo non aveva accesso diretto alla Corte, ma alla sola Commissione il cui filtro serviva a salvaguardare uno dei principi fondamentali dell'ordinamento internazionale: il riconoscimento della soggettività dei soli Stati nazionali. L'attuale art. 32 ha dunque la funzione preminente di determinare una competenza della Corte non più assoggettata alle condizioni di accettazione unilaterali, con il conseguente riconoscimento sul piano internazionale di un diritto di azione in capo al singolo”. Cfr. RANDAZZO B., *il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2011, n.4, pp. 3-4.

¹² Ai sensi dell'art 33 CEDU sul ricorso inter-statale, “Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente”.

¹³ Ai sensi dell'art 34 CEDU, sono legittimati ad agire di fronte alla Corte le “persone fisiche, le organizzazioni non governative o i gruppi di privati che sostengono di essere vittime di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione e nei suoi Protocolli”.

¹⁴ Perché il ricorso sia ricevibile è sufficiente il *fumus bonus juris*. Non è invece prevista la possibilità di prestare un'*actio popularis* con la finalità di ottenere dalla Corte una pronuncia su una questione astratta. Per approfondimenti sul funzionamento di tale regola, cfr. PISILLO MAZZESCHI R., *Art. 35, condizioni di ricevibilità*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 579 e ss..

Sulla qualità di vittima e sul concetto di vittime potenziali, il cui diritto potrebbe essere in futuro violato per effetto della mera esistenza di un atto interno a portata generale contrastante con la Convenzione, cfr. *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76. Per un approfondimento sulla rilevanza degli atti interni a portata generale ai fini dell'accertamento della violazione nelle sentenze della Corte, *infra*, par. 3.

Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data di decisione interna definitiva". La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni è espressione del carattere sussidiario della funzione svolta dalla Corte rispetto agli organi giudiziari nazionali, ai quali deve essere data l'opportunità di porre rimedio alla violazione: l'illecito, infatti, si perfeziona solo una volta esauriti i rimedi interni. L'assunto è quello di cui all'art.13 della CEDU: il singolo deve poter disporre di un rimedio effettivo alla violazione subita¹⁵. Il meccanismo del ricorso individuale ha reso benefici non soltanto ai cittadini degli Stati parti, ma al meccanismo di protezione dei diritti a livello europeo in generale, mutando in modo irreversibile la percezione della tutela dei diritti fondamentali all'interno dei singoli ordinamenti. Con il ricorso diretto si è fatta strada l'idea, nell'opinione pubblica, dell'esistenza di una valida seconda *chance* al di fuori delle mura domestiche per ottenere 'giustizia' a una lesione subita; conseguentemente, tale circostanza ha accresciuto la fiducia riposta nei giudici europei, legittimando questi ultimi a prendere decisioni che non deludano le aspettative dei singoli. D'altra parte è vero che il principio di sussidiarietà che contraddistingue la Cedu rimane un principio ben saldo, almeno da un punto di vista formale¹⁶; questo non impedisce tuttavia ai privati cittadini di tentare un'altra via, qualora ritengano di non essere sufficientemente protetti dalle proprie autorità.

1.1 L'allargamento agli Stati dell'Europa centro orientale.

Il sistema di riforma basato sul Protocollo 11 è stato accompagnato dall'allargamento ai paesi dell'Europa centro-orientale (ECO), ampliando l'ambito applicativo della Convenzione, che, fino a quel momento, era rimasto confinato agli Stati occidentali. L'espansione territoriale riguarda praticamente l'intero continente, così che la Corte

¹⁵ Come si analizzerà successivamente a proposito degli Stati del centro ed est Europa in fase di transizione democratica, la Corte ha applicato il requisito del previo esaurimento con una certa flessibilità, tenendo conto delle specifiche circostanze del singolo caso, dello stato del sistema giudiziario e del contesto politico. Ricade, in ogni caso, sullo Stato convenuto l'onere di provare il mancato esaurimento dei ricorsi interni, così come la loro disponibilità ed efficacia. Una volta che lo Stato abbia assolto a tale onere, spetta al ricorrente dimostrare di aver esaurito i ricorsi interni, ovvero alcune specifiche circostanze legate al caso concreto che rendevano il ricorso inadeguato o ineffettivo. Qualora lo Stato abbia introdotto un nuovo rimedio adeguato ed effettivo, dando esecuzione ad una sentenza della Corte, questo dovrà essere esperito prima di adire Strasburgo, a pena di ricevibilità del ricorso.

¹⁶ Nei casi più problematici in riferimento a violazioni sistemiche tale funzione sussidiaria ha finito per assumere i connotati di una vera e propria supplenza esercitata dalla Corte nei confronti degli ordinamenti interni; sul punto, *infra* par. 5.

finisce per avere un bacino d'utenza potenziale di circa 800 milioni di persone ed un conseguente incremento considerevole della portata del contenzioso¹⁷. L' *idiosyncratic shock*,¹⁸ come definito dagli studiosi di relazioni internazionali in seguito alla caduta del muro di Berlino, lasciava due azioni possibili: in primo luogo, la creazione *ex novo* di una organizzazione internazionale che riflettesse tale shock, in secondo luogo l'assorbimento dei nuovi stati dell'Europa centro-orientale all'interno di organizzazioni già esistenti¹⁹: la seconda opzione ha significato la certificazione della vittoria del modello liberale democratico occidentale nei confronti dell'antagonista modello comunista. Questo, che si può definire come il primo obiettivo della campagna di allargamento ad est del Consiglio d'Europa, non è risultata immune da una serie di problemi per quanto riguarda il livello di tutela generale di protezione dei diritti umani. La necessità di accoglimento di tali Stati doveva bilanciarsi con la necessità di mantenere il livello di protezione dei diritti acquisito fino a quel momento; invero, pur di favorire il processo di allargamento, il Consiglio ha applicato le condizioni di adesione previste dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio stesso²⁰ con minore severità rispetto agli allargamenti operati nel passato: non sarebbe stato possibile, altrimenti, consentire l'accesso a Stati i cui *standard* di protezione non potevano (e non possono tutt'ora) ritenersi del tutto soddisfacenti e, più in generale, non in linea con una

¹⁷ CAFLISH L., *The Reform of the European Court of Human Rights: Protocollo 14 and Beyond*, Human Rights Law Review, 2006, n.6, pp.403 e ss.. A questo proposito possono distinguersi tre fasi relative all'impatto in termini di accrescimento del contenzioso a Strasburgo dal momento dell'allargamento ad est del Consiglio d'Europa. Una prima fase che va grosso modo dal 1990, anno di avvio della campagna di allargamento, fino alla fine degli anni novanta, che vede un incremento dei ricorsi marginale (se pur gradualmente in crescita), in ragione della presenza del meccanismo del filtro relativo alla dichiarazione di inammissibilità da parte della Commissione europea nella maggior parte dei ricorsi. In un secondo periodo, a partire della fine degli anni novanta fino al 2005 circa, si è avuto un esponenziale incremento dei ricorsi dai paesi nuovi entrati, a cui, però, non è corrisposto, almeno in un primo momento, un proporzionale aumento delle pronunce. Negli ultimi anni, però, tale rapporto ha iniziato ad essere meno squilibrato se si pensa che negli ultimi cinque anni, circa il 60 % delle pronunce ha avuto come destinatari i paesi dell'Europa centro orientale; cfr. SAINATI T., *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, Harvard International Law Journal, 2015, 56, 1, p. 156.

¹⁸ BALDWIN R.E., *A domino Theory of Regionalism*, paper disponibile su <http://www.nber.org/papers/w4465>, richiamato da POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, p. 81.

¹⁹ A proposito della natura unidirezionale del processo di allargamento con paesi del centro ed est che guardano ad occidente come modello istituzionale di riferimento, CROFT S., *The Enlargement of Europe*, Manchester University Press, 1999, p.17.

²⁰ Ai sensi dell'art.3 dello Statuto "ogni stato membro riconosce il principio della preminenza del diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente ed operosamente al perseguimento dello scopo perseguito nel capo"; alla condizione prevista dall'art.3 si aggiunge quella implicita della presenza di una democrazia pluralista, come emerge dalla Dichiarazione di Vienna dei capi di stato e di governo del 1993, secondo la quale l'accesso presuppone che lo Stato che faccia richiesta di ingresso nell'organizzazione abbia il proprio ordinamento giuridico ed istituzionale in linea con i principi fondamentali della democrazia, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti fondamentali; i rappresentanti del popolo devono essere scelti attraverso elezioni libere e trasparenti basate sul suffragio universale. La garanzia della libertà di espressione e, in particolare, nei media, la protezione delle minoranze e l'osservanza dei principi del diritto internazionale deve rimanere un criterio decisivo per riconoscere qualunque richiesta di accesso.

applicazione coerente delle suddette condizioni²¹. Sia la massiccia e accelerata apertura ad est che l'eccessiva elasticità nella valutazione delle condizioni di accesso è stata criticata da più parti: fra tutte, ne sono clamorosa testimonianza le dimissioni dell'allora Segretario generale del Consiglio d'Europa P. Leuprecht²². Si è sostenuto che l'adesione degli Stati dell'ECO candidati al Consiglio, più che la conseguenza della sussistenza degli *standard* di tutela prefissati dalla Convenzione, ha costituito, in molti casi, il punto di partenza per il conseguimento di quegli *standard*; il Comitato dei Ministri e l'Assemblea Parlamentare si sono accorti però di non disporre - e di aver difficoltà ad azionare effettivamente - gli strumenti necessari per imporre agli Stati reticenti la realizzazione delle riforme concordate²³. In questa situazione è evidente come sia stato richiesto un impegno supplementare proprio alla Corte per mantenere alto, dopo l'allargamento, lo standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali nell'ambito del nuovo spazio giuridico europeo: tali circostanze hanno inevitabilmente inciso anche sul modo di decidere della Corte²⁴, contribuendo a mutare la missione del sistema convenzionale in generale e quella propria, in particolare, da custode della Convenzione a scuola di democrazia per i paesi neofiti del regime di protezione europea

²¹ In riferimento alle elezioni libere, si vedano i casi di Polonia, Bulgaria, Estonia e Lettonia; problemi diffusi ed evidenti si riscontravano anche in riferimento all'indipendenza del potere giurisdizionale, al funzionamento del sistema di giustizia costituzionale: si vedano i casi di Croazia, Romania, Moldavia, Albania; in relazione al principio della preminenza del diritto emergevano problematiche di adeguamento della Costituzione al principio della *rule of law*, si veda per l'adesione della Russia, il rapporto preliminare a tale adesione, redatto da una commissione composta da quattro (e non da due, come nel caso degli altri paesi) esperti giuridici del Consiglio d'Europa; su tali aspetti, cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., p. 83 e ss..

²² Per una ricognizione delle posizioni particolarmente critiche sulle modalità di ingresso dei nuovi Stati, cfr. HARMSSEN R., *The European Convention of Human Rights after enlargement*, The International Journal of Human Rights, 2001, n. 5(4), pp. 20-21.

²³ A proposito dell'adesione della Romania divenuto membro del Consiglio d'Europa il 7 ottobre 1993 si parla di "effetto domino". Per evitare accuse di discriminazione tra i vari Stati candidati dell'Europa centro orientale, si seguì l'opzione di far entrare anche chi non era ancora pronto. Per un'analisi completa sul problema dell'allargamento, cfr. PETAUX J., *Democracy and Human Rights for Europe, the Council of Europe's contribution*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.

²⁴ All'alba del loro insediamento, i giudici di Strasburgo dovevano porre le basi per la stessa sopravvivenza del sistema CEDU, e lo facevano ricorrendo agli unici argomenti possibili per fugare timori e dubbi della autorità nazionali, quindi argomenti di diritto internazionale che mostrassero la massima deferenza possibile nei confronti dei poteri politici degli stati contraenti.

Invero, non è necessario attendere la riforma del Protocollo 11 e il contestuale allargamento per riscontrare delle differenze rispetto al passato nel modo di decidere. Già a partire dagli anni settanta, dopo due decenni di "strategia della rassicurazione", gli Stati iniziarono ad accettare la giurisdizione obbligatoria, e i giudici della Corte cominciarono, dunque, ad abbandonare la prospettiva della mera sopravvivenza, caratterizzata da estrema prudenza, a favore di una visione di medio lungo-periodo, facendo grande affidamento sul ruolo di interpreti autentici della Convenzione. Anche la Commissione iniziò a favorire la sede giurisdizionale della Corte rispetto a quella politica del Comitato dei Ministri per la risoluzione di controversie, e tale circostanza certamente contribuì ad una maggiore continuità dell'attività dei giudici, i quali, investiti di più casi e convinti di un futuro meno incerto, iniziarono a caratterizzare la loro giurisprudenza sia sotto il profilo metodologico, preferendo il metodo teleologico a quello dell'interpretazione storica, sia dal punto di vista contenutistico, sottolineando la necessità di una tutela effettiva dei diritti convenzionalmente garantiti. Su entrambi gli aspetti, in relazione al fondamento normativo della prassi delle sentenze pilota, *infra*, cap. 2.

dei diritti umani²⁵. Conseguentemente ai mutamenti di carattere istituzionale e di composizione del Consiglio d'Europa, la Corte si trova a dover assorbire un carico di lavoro annuale nettamente superiore alle sue capacità. Secondo i dati, esiste circa un margine di 17.000 ricorsi annui che la corte sui quali la corte non è in grado di decidere. Dall'analisi dei dati si evince che gli undici stati che maggiormente contribuiscono all'*overload* (per 3/4) rappresentano solamente un quarto dei membri del Consiglio d'Europa. Ad avviso di chi scrive, bisognerebbe leggere questi dati -anche- alla luce della mutata percezione della Corte da parte dei cittadini degli Stati parti: uno dei motivi del successo della Corte EDU sarebbe da ricercare, infatti, proprio negli Stati nuovi entranti, nella tendenziale sfiducia degli individui nei confronti del proprio sistema giudiziario nazionale e delle istituzioni interne. Per gli Stati occidentali, invece, si dovrebbe parlare della possibilità di ricorrere ad una Corte ulteriore per la tutela dei diritti fondamentali: questo genera una serie di ricorsi anche immotivati che è un'altra delle cause alla base del *workload*²⁶.

2. Le soluzioni al problema del sovraccarico. Premessa.

I problemi legati al funzionamento della Corte vennero immediatamente in evidenza all'indomani della ratifica del Protocollo 11: la giurisdizione obbligatoria, la eliminazione del precedente meccanismo di filtro palesarono immediatamente le difficoltà di fronte alle quali si sarebbe trovata la Corte, paventando la necessità di una ulteriore riforma. Dopo l'allargamento ai paesi dell'Europa centro orientale, in modo ancora più evidente la corte si trova a svolgere due ruoli rispetto agli ordinamenti interni: di supporto nel processo di *democratizzazione* (*infra* par.5) per i paesi di più recente adesione e di supporto ai cittadini per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive. In considerazione di quanto detto in precedenza sulle ragioni alla base dell'aumento del numero dei ricorsi, si andranno ad analizzare i due percorsi intrapresi a livello di riforme istituzionali da un lato, e di prassi giurisprudenziale, dall'altro, per provare a risolvere il problema del sovraccarico, percepito a ragione come un fattore di

²⁵HARMSSEN R., *The European Convention of Human Rights after enlargement*, cit., p. 19.

²⁶ Nonostante questi dati preoccupanti e l'origine di tale affluenza, la Corte è riuscita a migliorare la propria risposta di almeno un quarto (ma il punto è stabilire se ciò è avvenuto a scapito della qualità delle decisioni). Ed è, inoltre, vero che oltre il 90 % dei ricorsi risultano poi inammissibili, ma è anche vero che tali ricorsi devono comunque essere almeno sommariamente esaminati, e tale attività occupa tempo e risorse: in questo senso è particolarmente azzeccato l'adagio "Corte vittima del suo successo": cfr. TOMUSCHAT C., *Quo Vadis Argentoratum? The Success Story of the European Court of Human Rights - and a Few Dark Stains*, Human Rights Law Journal, 1992, 13, pp. 401 e ss.

rischio in grado di mettere in crisi il funzionamento della Corte e, quindi, l'effettività del sistema CEDU²⁷. La *ratio* comune ad entrambi è, in ultima istanza, la ricerca della migliore realizzazione del principio di sussidiarietà attraverso un differente bilanciamento tra Corte ed autorità nazionali, per un verso attraverso l'introduzione di meccanismi di filtro, in altro senso attraverso l'aiuto a predisporre rimedi interni adeguati di cui all'art. 13.

A) Il Protocollo 14 e la soluzione istituzionale

La riforma per ricondurre il *caseload* ad un livello sostenibile sottende una duplice intenzione: distanziare la Corte dall'idea di giustizia individuale "integrale" per quanto riguarda determinate categorie di ricorsi, quelli ripetitivi, aumentare la sua influenza nella fase di esecuzione²⁸. Tali dimensioni non sono connesse in modo assoluto né completamente irrelate tra loro. Generalmente, per quel che riguarda il processo di riforma²⁹, possono distinguersi varie fasi³⁰: la prima, tra il 1998 e il 2000, periodo durante il quale si afferma in maniera generalizzata la necessità di una ulteriore riforma, in considerazione della insufficienza delle riforme apportate dal protocollo 11³¹.

Il Report del *Evaluation Group* del 2001 rappresenta il documento di maggior rilievo che prende in considerazione in maniera diretta il problema del sovraccarico, avanzando una serie di proposte che vanno dall'incremento delle risorse per la Corte, al

²⁷ Sia le riforme istituzionali del Protocollo 14 che gli sviluppi giurisprudenziali non costituiscono parte di una visione organica e a lungo termine sulle sorti del sistema CEDU, quanto, piuttosto, una risposta alle contingenze della Corte nell'immediato.

²⁸ GLAS L.R., *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, Human rights Law Review, 2014, p. 673.

²⁹ Per una analisi delle modifiche introdotte, si veda, tra gli altri, SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo 14*, Rivista di diritto privato e processuale, 2006, pp. 377 e ss.; LEACH P., *On Reform of the European Court of Human Rights*, http://www.academia.edu/5788544/Opinion_On_Reform_of_the_European_Court_of_Human_Rights.

³⁰ Per un'analisi dettagliata delle varie fasi della riforma, si vedano, soprattutto, BATES E., *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its Inception to the Creation of a Permanent Court*, Oxford University Press, 2010, pp. 475 e ss.; HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2013, pp. 24 e ss.; MOWBRAY A., *Protocol 14 to the European Convention on Human Rights and recent Strasbourg Cases*, Human Rights Law Review, 2004, vol. 2, n.4, pp. 331 e ss.

³¹ Già dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del Protocollo 11 e dall'inizio del funzionamento della Corte a tempo pieno il Presidente Wildhaber, in varie occasioni (incontro ad Oslo nell'aprile del 1999, incontro a Strasburgo nell'ottobre dello stesso anno) esprimeva la sua preoccupazione per un sistema che poteva essere messo a rischio per il crescente numero di ricorsi, dichiarando che "the volume of work is already daunting but is set to become more challenging still, especially as applications come in from countries which ratified the Convention in the late 1990s"; tanto che soltanto un anno dopo manifestò l'esigenza agli Stati Parti di nominare un Comitato di Saggi per considerare la possibilità di ulteriori riforme al sistema di *enforcement* della Convenzione. Il Comitato dei Ministri rispose con la creazione del *Evaluation Group* per esaminare le questioni inerenti la crescita nel numero dei ricorsi, e considerare tutti i potenziali strumenti per garantire il miglior funzionamento della Corte. Per una ricognizione del dibattito istituzionale precedente alla emanazione del Protocollo 14, si vedano, tra gli altri, MOWBRAY A., *European Convention of Human Rights, Cases, Materials and Commentary*, cit., pp. 15 e ss.

miglioramento dei meccanismi di *compliance* della Convenzione a livello interno, all'esecuzione delle sentenze della Corte³². Successivamente lo *Steering Committee of Human Rights* (CDDH), un gruppo di esperti nominati dal Comitato, viene incaricato di formulare riforme dettagliate. Dal *Final Activity Report*³³ vengono fuori i due documenti fondamentali della riforma: la bozza del Protocollo 14 e il relativo *Explanatory Report*. Per cercare di garantire la “tenuta” del sistema si è provveduto, quindi, a mettere a punto quella che è stata definita la “riforma della riforma”³⁴, mediante l'elaborazione e l'apertura alla firma, in data 13 maggio 2004, del Protocollo n. 14, finalizzato a massimizzare l'efficienza del sistema, senza però accettare modifiche sostanziali³⁵. Peraltro, poiché ai fini della sua entrata in vigore si è richiesto il deposito degli strumenti di ratifica da parte di *tutti* gli Stati sottoscrittori della CEDU, nelle more della ratifica da parte della Russia (avvenuta solo all'inizio del 2010, forse proprio in conseguenza delle misure prese nel frattempo), diversi Stati, a partire dal 1 giugno 2009, hanno accettato – sulla base delle previsioni dell'Accordo di Madrid del 12 maggio 2009 – l'applicazione in via provvisoria/anticipata di alcune delle previsioni del protocollo n. 14³⁶.

³² Le possibili soluzioni al sovraccarico proposte dal *Evaluation Group*, finalizzate a preservare la capacità della Corte a pronunciarsi in un tempo ragionevole, mantenendo il livello qualitativo delle sue decisioni inalterato, possono essere principalmente ricondotte a: la creazione all'interno dell'organo giurisdizionale di una nuova divisione separata che potesse occuparsi dell'esame preliminare dei ricorsi, svolgendo, in pratica, una funzione di filtro; la creazione di una procedura speciale che consentisse alla Corte di occuparsi dei casi ripetitivi tale da consentire al Comitato dei Ministri di occuparsi dell'esecuzione del *leading case* in via prioritaria, grazie alla sospensione della trattazione dei casi simili per un periodo tale da permettere allo Stato destinatario di prendere le necessarie misure correttive; l'inserimento di una disposizione all'interno della Convenzione che consentisse ai giudici di esimersi dall'esaminare nel dettaglio ricorsi che non riguardassero *questioni essenziali*. Può evincersi da tali proposte l'intento di trasformare la Corte EDU in una Corte quasi costituzionale - stante comunque la impossibilità di sacrificare *in toto* il ricorso individuale nella sua essenza - che potesse occuparsi soltanto di questioni particolarmente sensibili, concentrandosi su decisioni di principio, una volta alleggerita del carico di ricorsi ripetitivi fondati o infondati: “(...) fully reasoned and authoritative judgments in cases which raise substantial or new complex issues of human rights law, are of particular significance for the State concerned or involve allegations of serious human rights violations and which warrant a full process of considered adjudication”, nel *Report del Evaluation Group*, par. 51.

³³ Nel *Final Activity Report* per la prima volta si fa riferimento alla terminologia *pilota*: in particolare, si sottolinea come, una volta che una decisione della Corte abbia messo in evidenza l'esistenza di un problema strutturale, lo Stato debba assicurare a tutti i ricorrenti un rimedio effettivo che consenta loro di adire la competente autorità nazionale. Anche la Corte nel suo *Position Paper* vi aveva fatto riferimento.

³⁴“It was the member States who decided that Protocol No. 14 was needed. It followed on from the work of the Evaluation Group set up by the interministerial conference in Rome as far back as November 2000, whose report was produced in September 2001. These initiatives formed part of a process that President Wildhaber called a “reform of the reform”, because it rapidly became clear that Protocol No. 11 would no longer be sufficient to ensure the effectiveness of the system, cfr. FROWEIN E., *The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights*, in *Dialogue with Judges*, European Court of Human Rights, Strasburgo, 2007, p. 56.

³⁵ Le soluzioni accolte nel Protocollo 14 mostrano, però, come non siano state tenute in gran conto le proposte del presidente della Corte e della Corte stessa nel suo *Position Paper*; sul punto, cfr. *Explanatory Report* al Protocollo 14, in *Reforming the European Convention of Human Rights: a Work in Progress*, Council of Europe Ed., 2009, p. 134 e ss.

³⁶ Cfr. Protocollo 14 *bis*.

Dalle indagini statistiche di cui si è tenuto conto nel predisporre gli strumenti per fronteggiare l'enorme carico di lavoro della Corte, emergeva una circostanza particolarmente significativa sulle caratteristiche dei ricorsi: alcuni di questi apparivano, già a prima vista, "palesamente fondati" – in quanto vertenti su violazioni sostanzialmente già accertate in precedenti sentenze della Corte, per lo più in connessione a problemi di carattere "strutturale" di alcuni Paesi (situazione carceraria, durata dei processi, trattamento di alcune minoranze, ecc.) – mentre moltissimi altri (ed è questa la categoria di ricorsi più ampia in assoluto) risultavano "palesamente infondati", o comunque non ricevibili.

In presenza di tali condizioni, si spiegano agevolmente le due principali innovazioni di cui al Protocollo n. 14 (entrambe "anticipate" dal Protocollo 14 bis).

Per un verso, infatti, si introduce la figura del *giudice unico*, a cui spetta il compito, alla luce dell'art. 27 della Convenzione come modificato dall'art. 7 del Protocollo 14, di dichiarare irricevibili o radiare dal ruolo, con decisione definitiva, tutti quei ricorsi per i quali una decisione di tal genere risulti palesamente doverosa, senza bisogno di ulteriori accertamenti³⁷.

Se non dichiara il ricorso irricevibile, il Giudice unico lo trasmette al Comitato di tre giudici (*infra*) o alla Camera in rapporto al diverso tipo di competenze sul merito che - come si vedrà- il Protocollo n. 14 riconosce loro. La funzione «decisoria» del Giudice unico è duplice: per un verso, è finalizzata a cancellare dal ruolo i ricorsi individuali manifestamente irricevibili e, per un altro, a canalizzare quelli non manifestamente irricevibili davanti al Comitato o alla Camera secondo che si tratti di ricorsi ripetitivi o meno. In questa duplice funzione il Giudice unico è assistito da personale

³⁷ L'*Explanatory Report* chiarisce che le decisioni vengono emanate dal giudice unico "in clear-cut cases, where the inadmissibility of the application is manifest from the outset"; cfr. *Explanatory Report*, cit., par. 67. Si specifica, inoltre, che viene assistito dal personale amministrativo della Corte, *indispensabile per supportarlo nello svolgimento della funzione di filtro alla quale la formazione del giudice unico è preordinata*.

amministrativo qualificato della Corte³⁸. Per l'altro verso, ai Comitati di tre giudici (che già erano e restano competenti ad adottare, con voto unanime, analoghe decisioni di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo: cfr. art. 28, par. 1, a, come modificato dall'art. 8 del protocollo 14) si riconosce anche il potere (art. 28, par. 1, b.), per così dire specularmente, di dichiarare un ricorso ricevibile e pronunciare contestualmente una *decisione di merito* – sempre con voto unanime (in assenza di un voto unanime, in un senso o nell'altro, il caso passerebbe infatti alla Camera di sette giudici) – quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli che è all'origine del caso è oggetto di una “giurisprudenza consolidata” della Corte (favorevole all'accoglimento del ricorso, come risulta sottinteso)³⁹.

Quindi, la competenza di merito del Comitato di tre giudici risulta nella sostanza circoscritta ai c.d. «casi-clone», vale a dire ricorsi presentati da individui diversi ma vertenti sulla medesima questione di fatto e di diritto rispetto alla quale si sia formata una giurisprudenza costante della Corte. Anche questa modifica è finalizzata a migliorare l'efficienza della funzione giurisdizionale, perché nelle intenzioni del riformatore a beneficiarne sono, da una parte, i singoli ricorrenti che ottengono

³⁸ Attenendosi alla formulazione del Protocollo, la decisione del Giudice unico avviene senza necessità di contraddittorio e sulla base della sola documentazione presentata dal ricorrente, tanto che difficilmente egli potrebbe avere l'opportunità di approfondire i punti dubbi richiedendo un'ulteriore documentazione. La posizione che il Giudice riveste in questa fase non può, d'altronde, essere assimilata al ruolo svolto in passato dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nell'originario procedimento della CEDU: in quel sistema, la procedura di ricevibilità era improntata al contraddittorio tra le parti e la Commissione solitamente concludeva in senso affermativo per la ricevibilità se vi era un consistente *fumus* nel ricorso individuale. Il carattere sostanzialmente unilaterale e documentale del procedimento previsto dal protocollo n. 14 davanti al Giudice unico gli rimette, invece, la competenza a dichiarare *prima facie* il ricorso irricevibile in base alle sole prove addotte dal ricorrente: questi deve pertanto presentare un'adeguata documentazione se vuole evitare la decisione contraria alla ricevibilità e la conseguente inappellabile cancellazione del ricorso dal ruolo.

Il trattamento processuale del ricorso individuale pone a carico del ricorrente l'onere della prova rispetto al *fumus* di tutte le condizioni di ricevibilità indicate nell'art. 35, compreso il carattere non adeguato dei rimedi nazionali, ed aggrava ulteriormente le possibilità che il ricorso individuale venga dichiarato ammissibile.

L'istituzione di tale meccanismo porta con sé un evidente sbilanciamento dall'idea di giudice individuale verso una generalizzazione della giurisprudenza CEDU (su tale rapporto, alla base del dibattito istituzionale che ha preceduto la riforma istituzionale, ci si soffermerà *infra*, cap. 2).

³⁹ Quanto alla nozione di “giurisprudenza consolidata”, l'*Explanatory Report* precisa che “[w]ell-established case-law normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute well-established case-law, particularly when the Grand Chamber has rendered it” (corsivi aggiunti). Importante notare come, per consentire alla giurisprudenza di consolidarsi sul punto, secondo quanto stabilito dall'art. 20 c. 2 del Protocollo 14, per i primi due anni la nuova condizione di ricevibilità poteva essere fatta valere soltanto dalle Camere e dalla Grande Camera (e dunque non dai Comitati di tre giudici né tantomeno dal giudice unico). Ciò per consentire, attraverso una indispensabile elaborazione giurisprudenziale per un verso, di precisare la generica formula del “danno rilevante” (sulla quale, *infra*) e, per l'altro, conseguentemente, di porre le basi per la successiva attività decisoria dei Comitati e del giudice unico (attività che presuppone, come detto in precedenza, l'esistenza di una giurisprudenza costante o comunque l'assenza di incertezze interpretative, tale da poter escludere l'esigenza di un esame complementare. In questo senso depone in modo chiaro l'*Explanatory Report* nella parte in cui afferma che «it will take time for the Court's Chambers or Grand Chamber to establish clear case-law principles for the operation of the new criterion in concrete contexts. It is clear, having regard to the wording of Articles 27 and 28, that single-judge formations and committees will not be able to apply the new criterion in the absence of such guidance».

decisioni sul merito più rapidamente, dall'altra gli Stati, che assumono consapevolezza dell'esistenza di problemi strutturali all'interno dei loro ordinamenti⁴⁰.

Se queste due importanti modifiche si collocano essenzialmente – insieme ad alcune altre – su un piano organizzativo e procedurale, una terza innovazione contenuta nel protocollo n. 14 (e peraltro non “anticipata” dal protocollo n. 14 bis) aggiunge un criterio di ammissibilità che travalica tale piano, andando a incidere sul piano sostanziale: secondo quanto previsto dal rinnovato articolo 35, infatti, la Corte, in qualsiasi fase della procedura, potrà e dovrà dichiarare irricevibili i ricorsi individuali non più soltanto qualora ritenga «che il ricorso é incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo», ma anche qualora reputi «che il ricorrente non ha subito alcun danno rilevante, a meno che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga un esame del ricorso per quanto riguarda il merito e a patto di non rigettare, per questa ragione, alcuna causa che non sia stata debitamente esaminata da un tribunale interno»⁴¹.

Circa il riferimento alla presenza di un “*danno rilevante*” come condizione di ricevibilità, merita di essere riportato quanto si legge nel *Explanatory Report*, dal quale emerge chiara l'intenzione di affidare alla giurisprudenza il compito della demarcazione della linea di confine sul concetto di rilevanza, una sorta di “delega (quasi) in bianco”⁴² che il testo normativo attribuirebbe ai giudici della Corte⁴³: «The main element

⁴⁰ Cfr. MOWBRAY A., *Protocol 14 to the European Convention of Human Rights and Recent Strasbourg Cases*, cit., p. 333.

⁴¹ La *ratio* alla base dell'introduzione di tal riforma è da rintracciare nella presunta insufficienza delle due modifiche procedurali, poiché, come si legge nel *Explanatory Report*, “it is very likely that the numbers of individual applications to the Court will continue to increase, up to the point where other measures set out in this protocol may well prove insufficient to prevent the Convention system from becoming totally paralyzed, unable to fulfill its central mission of providing legal protection of human rights at the European level, rendering the right of individual petition illusory in practice”, in *Explanatory Report*, cit., par. 78. Le misure che attenuavano la disposizione precedente per quanto riguarda il danno rilevante, sono state successivamente espunte dal Protocollo 15.

⁴² POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/.../0206_pollicino_sciarabba.pdf, p. 31.

⁴³ La proposizione del nuovo ruolo della Corte fece emergere dei timori sia all'interno dello *Steering Committee* che dell'Assemblea parlamentare sulla limitazione del ricorso individuale non adeguatamente controbilanciato da un effettivo miglioramento nel funzionamento del meccanismo di protezione: ci sarebbero state delle ripercussioni sensibili sul modo in cui le autorità nazionali avrebbero percepito tali modifiche, nel senso che la Corte non avrebbe tenuto più conto delle violazioni cosiddette minori e questo sarebbe stato un segnale per i giudici nazionali di quegli ordinamenti che già non tenevano in grande conto la giurisprudenza e la Convenzione.

Invero, i nuovi criteri di ammissibilità non devono essere visti come un ponte verso la *deregulation* del diritto internazionale dei diritti umani, anzi: l'aumento dei criteri di ammissibilità deve essere bilanciato con l'enfaticizzazione dell'obbligo a carico di autorità nazionali di rispettare gli standard convenzionali: le autorità nazionali devono interpretare ed applicare in buona fede alla luce degli standard internazionali invece che restringere l'accesso al controllo della Corte internazionale; sul punto CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, in *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Christoffersen and Mikael Rask Madsen (ed.), Oxford, 2012, p. 185 e ss.

contained in the new criterion is the question whether the applicant has suffered a significant disadvantage. These terms are *open to interpretation* (this is the additional element of flexibility introduced); the same is true of many other terms used in the Convention, including some other admissibility criteria. Like those other terms, *they are legal terms capable of, and requiring, interpretation establishing objective criteria through the gradual development of the case-law of the Court*»⁴⁴.

La discrezionalità dei giudici sulla determinazione del concetto di rilevanza viene temperata, invero, dalle cosiddette “clausole di salvaguardia”, contenute nella seconda parte della frase citata: la prima clausola (quella che fa genericamente riferimento alle esigenze di rispetto dei diritti dell’uomo garantiti dalla Convenzione) più elastica, e utilizzabile con una certa discrezionalità dalla Corte; la seconda clausola («...e a patto di non rigettare, per questa ragione, alcuna causa che non sia stata debitamente esaminata da un tribunale interno⁴⁵») per così dire “minimalista” e più rigida, ma non priva di spazi interpretativi d’intervento, anche estensivo, ad esempio mediante la minore o maggiore valorizzazione conferita all’avverbio «debitamente»: invero, con riguardo a questa seconda “contro-eccezione” sembrano almeno in parte ripresentarsi

⁴⁴ Ancora in relazione al danno rilevante, nel *Explanatory Report* si afferma che la clausola in questione «will notably include cases which, notwithstanding their trivial nature, raise serious questions affecting the application or the interpretation of the Convention or important questions concerning national law» (corsivi aggiunti, a segnalazione dell’elemento aggiuntivo rispetto alle formule normative appena sopra riportate). *Explanatory Report*, cit., par. 82. In ogni caso, non sembra indicare alcun criterio per individuare con precisione la soglia di rilevanza del pregiudizio. L’esistenza di «un pregiudizio importante», circostanza in base alla quale il Giudice unico potrà valutare «non manifestamente irricevibile» il ricorso, pone non pochi problemi, in riferimento, ad esempio, alla possibilità riconosciuta dalla Corte della sussistenza di violazione anche in assenza di pregiudizio: in questo senso, tale condizione di ricevibilità potrebbe incidere sulla definizione del concetto di vittima potenziale in relazione al rischio astratto della violazione derivante dalla mera esistenza di una normativa interna (sul punto, *infra*, par. 3). Inoltre, dubbia pare anche la modalità di applicazione, in considerazione dell’assenza di una gerarchia tra i diritti tutelati, che potrà essere definitivamente superata soltanto qualora la Corte ritenesse che tutte le violazioni del c.d. “nocciolo duro” della Convenzione non possano non essere importanti: nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (sentenza del 4 febbraio 2005, ric. n. 46827/99 e 46951/99) i giudici di Strasburgo hanno ritenuto, ad esempio, che i requisiti di necessità ed urgenza necessari all’adozione delle misure provvisorie potessero farsi discendere dall’appartenenza del diritto in questione ai *core rights* della Convenzione; in questo senso, VITERBO A, *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, cit. p. 103. Inoltre, tale clausola *de minimis* sembra rappresentare un ulteriore peso che condiziona lo *sbilanciamento* a favore della generalizzazione della giurisprudenza della Corte EDU.

⁴⁵ Il fondamento di tale clausola di salvaguardia è facilmente rintracciabile nell’esigenza di applicazione del principio di sussidiarietà, così che “it will never be possible for the Court to reject an application on account of its trivial nature if the case has not been duly considered by domestic tribunal. This clause reflects the principle of subsidiarity, ensures that, for the purposes of the application of the new admissibility criterion, every case will receive a judicial examination whether at the national level or at the European level”. cfr. *Explanatory Report*, cit., par. 82.

La regola *de minimis* proposta dalla delegazione austriaca, presuppone, dunque, la centralità del ruolo delle autorità nazionali e riflette la precondizione espressa dal *Evaluation Group* sulla effettività dei rimedi interni a disposizione del ricorrente. Sembra coniugarsi, in questo modo, l’aspetto procedurale e quello sostanziale: si istituzionalizza la presunzione che se una questione è stata adeguatamente trattata a livello interno, il margine di apprezzamento interno verrà allargato, con la conseguenza che le violazioni minori della Convenzione verranno archiviate; cfr. CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, cit. p. 188.

Ma si veda quanto accennato in precedenza in riferimento al Protocollo 15 che ha cancellato tale clausola di salvaguardia.

problematiche analoghe o affini ad altre già affrontate dalla Corte, precipuamente in riferimento al diritto ad un ricorso “effettivo” ex art. 13⁴⁶.

B) Le modifiche alla fase di supervisione dell’esecuzione: la riforma dell’art. 46.

Con l’entrata in vigore del Protocollo 14, alla Corte vengono espressamente riconosciute due competenze che le consentono di partecipare al controllo sull’esecuzione delle proprie sentenze. Tale competenza ad accertare la violazione dell’obbligo di conformarsi ad una sentenza precedentemente emessa era, prima dell’entrata in vigore del protocollo 14, abbastanza incerta⁴⁷.

Secondo alcuni autori, lo sforzo di migliorare il meccanismo di controllo sull’esecuzione delle sentenze rappresentava il momento davvero decisivo per risolvere il problema de sovraccarico, in relazione in particolare ai problemi sistemici⁴⁸.

È importante rimarcare come tali competenze siano esercitabili su esclusivo impulso del Comitato dei Ministri, il quale continua a mantenere una influenza decisiva sulla fase di controllo dell’esecuzione.

Ai sensi dell’art. 46 par. 3, il Comitato, a maggioranza dei due terzi, potrà chiedere alla Corte una sentenza interpretativa che chiarisca la portata dell’obbligo di una sentenza precedentemente emessa.

Secondo l’art. 46 par. 4, sempre su richiesta del Comitato, può essere avviata una sorta di procedura di infrazione nella quale la Corte può pronunciarsi sul merito dell’esecuzione. Se il Comitato ritiene che lo Stato destinatario di una precedente sentenza non si sia conformato all’obbligo in essa contenuto, può, dopo formale notifica allo Stato e attraverso una decisione a maggioranza dei due terzi, indirizzare la

⁴⁶ Alla discrezionalità della Corte nell’interpretazione dell’effettività del ricorso interno si è già accennato *supra* par. 1, con particolare riferimento ai “nuovi” Stati parti.

⁴⁷ Vari autori tendevano ad escludere tale competenza del controllo diretto; tra questi PIRRONE P., *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Catania, 2004, pp. 193 e ss. La stessa Corte nel caso *Mehemi II c. Francia* (sentenza del 10 aprile 2003, ric. n. 53470/99) si era chiaramente espressa contro tale possibilità. Potevano riscontrarsi, invece, la possibilità di un controllo indiretto sulle misure adottate dallo Stato responsabile della violazione accertata dalla sentenza in una duplice forma: in primo luogo, nel caso in cui la Corte si fosse pronunciata separatamente sul merito e sull’equa soddisfazione, poteva nella fase relativa al risarcimento valutare l’adeguatezza delle misure adottate; in secondo luogo, nel caso in cui la sentenza avesse rilevato un problema strutturale, poteva, nell’ambito dell’esame di un nuovo ricorso presentato in seguito alla medesima violazione generata dal medesimo problema, valutare le misure generali introdotte dallo Stato a seguito della prima sentenza. Questa prassi appare oggi superata da quella della sentenze pilota. Sul punto, cfr. BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 740 e ss.

⁴⁸ GATTINI A., *Mass Claims at the European Court of Human rights*, Liber Amicorum Luizus Wildhaber: Human rights - a Strasbourg views, Kehl 2007, p. 288.

questione alla Corte: la Grande Camera, quindi, può valutare se lo Stato ritenuto responsabile di una violazione nella sentenza precedente abbia effettivamente adottato tutte le misure necessarie per conformarsi all'obbligo⁴⁹.

Conformemente a quanto evidenziato nel *Explanatory Report*, tale procedura di infrazione dovrebbe essere azionata solo in casi eccezionali come ulteriore mezzo di pressione per incentivare l'esecuzione delle sentenze⁵⁰, nonostante si sia deciso in fase di riforma della Convenzione di non attribuire il potere aggiuntivo, né alla Corte né al Comitato, di comminare sanzioni pecuniarie se i giudici di Strasburgo stabiliscono l'esistenza della violazione dell'obbligo di conformarsi ad una precedente sentenza, ritenendo, quindi, sufficiente la pressione politica esercitata attraverso la possibilità di azionare tale procedura di infrazione davanti alla Grande Camera⁵¹.

In generale, si è sostenuto in dottrina che la soluzione a *livello istituzionale* trovata dal Protocollo 14 sia frutto di un approccio piuttosto timido alla questione del sovraccarico: anziché introdurre nuove procedure attraverso le quali la Corte avrebbe potuto fronteggiare il problema, si è preferita una soluzione di cooperazione inter- istituzionale tra Comitato e Corte, mantenendo la fase di esecuzione delle sentenze - e del processo giurisdizionale più in generale- ancorato, in ultima istanza, ad una dimensione politica. Lo stesso *Explanatory Report*, d'altronde, sottolinea la circostanza della mancanza di cambiamenti radicali al sistema di *enforcement*: il Protocollo 14 si concentra sul funzionamento del sistema in generale, conferendo alla Corte i mezzi procedurali e la flessibilità di cui necessita per occuparsi dei ricorsi in un tempo ragionevole, permettendole di concentrarsi sui casi importanti che richiedono una trattazione approfondita.

La conclusione che bisogna trarre è che gli Stati parti della Convenzione non erano pronti a impegnarsi per conferire alla Corte, ancora trascorsi cinquant'anni dalla sua entrata in vigore, un ruolo più incisivo dal punto di vista sostanziale. Se è vero che negli

⁴⁹ Cfr. BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 764: Il riconoscimento di tali competenze, invero, appare coerente con la prassi giurisprudenziale della stessa Corte, la quale, negli ultimi anni ha sempre più spesso indicato già nella fase di esame della causa (del ricorso) , quindi, in sentenza, i provvedimenti che lo stato responsabile deve adottare, sia quelli individuali, a favore del ricorrente, sia quelli a portata generale, finalizzata risolvere i problemi di natura strutturale ed evitare, così, la ripetizione dell'illecito". Sull'analisi della prassi in questione, vedi infra. par.3 e, per un approfondimento sulle misure rimediali, infra cap. 2.

⁵⁰ In particolare, ci si riferisce agli Stati che presentano maggiori problemi in fase di esecuzione delle sentenze i quali " continues to need, for more than others, the discipline of the Council of Europe", in *Explanatory Report*, cit., par. 100.

⁵¹ Sul punto, cfr. MOWBRAY A., *European Convention of Human rights, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 20.

anni precedenti, con il Protocollo 11, erano d'accordo sulla necessità di rendere la giurisdizione della Corte obbligatoria ed eliminare qualunque funzione giudiziaria residuale dall'ambito di competenze del Comitato dei Ministri, è evidente, parimenti, che in questa circostanza non hanno dimostrato una reale intenzione di rinunciare in via definitiva ai mezzi di risoluzione diplomatica, anche in riferimento agli aspetti più sensibili dei problemi strutturali e delle violazioni sistemiche⁵².

C) La base formale per lo sviluppo della prassi giurisprudenziale della procedura di sentenza pilota.

Nonostante l'assenza di una base di legittimazione del processo di riforma della Convenzione, non può dirsi che una volontà degli Stati di consentire alla Corte di affrontare la questione dei problemi strutturali manchi in senso assoluto.

Il primo tentativo di conferire una base giuridica idonea a fronteggiare il problema dei problemi strutturali alla base delle violazioni sistemiche fu avanzato dalla Corte nella fase dei lavori preparatori al Protocollo 14: la proposta adottata nel *Position Paper* del 2003 per la riforma della Convenzione e che prevedeva la procedura della sentenza pilota non trovò adeguata concretizzazione nella riforma dell'art. 46⁵³.

A partire dalla risoluzione n. 1226 del 2000 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU è stato ripetutamente oggetto di interventi sia dell'Assemblea che del Comitato dei Ministri. In particolare, il problema delle violazioni strutturali è stato più volte affrontato richiedendo agli Stati di dare esecuzione alle sentenze non solo occupandosi del singolo caso, ma prevenendo ogni futura violazione. È da notare come l'Assemblea più volte abbia insistito affinché gli Stati adottassero apposite procedure politiche che costringessero i Parlamenti e i governi a garantire un tempestivo adempimento degli obblighi scaturiti dalla sentenza della Corte Europea. Si tratta di richieste che sembrano riferirsi a meccanismi simili a quello della legge La Pergola nel 1989 attuato in Italia per il diritto comunitario e che hanno avuto una prima embrionale attuazione

⁵² GATTINI A., *Mass Claims at the European Court of Human rights*, cit. p. 272.

⁵³ cfr. GARLICKI L., "*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", in CAFLISH L., CALLEWAERT J., LIDDELL R., MAHONEY P. & VILLIGER M. (ed.), *Human Rights and Strasbourg Views: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, N. Engel: Kehl, 2007, p. 183.

con la legge Azzolini del 2006, assai apprezzata a livello di Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

Seguendo questo tipo di suggerimenti, anche la Corte ha iniziato a configurare le proprie decisioni tenendo conto non soltanto dei problemi sollevati nel caso concreto, ma valutando anche se alla base della violazione lamentata dal singolo ricorrente potessero riscontrarsi problemi strutturali.

Sul medesimo punto è intervenuto il Comitato con la Risoluzione n. 3 del 2004 che invita i giudici di Strasburgo ad occuparsi dei casi che rivelano un problema strutturale dell'ordinamento suscettibile di generare un elevato numero di ricorsi, così da *aiutare* gli Stati a risolvere il problema generale attraverso la scelta dei mezzi - giurisdizionali, legislativi, amministrativi, costituzionali - più appropriati, facilitando, in questo modo, anche il ruolo dello stesso Comitato nella supervisione dell'esecuzione della decisione.

A questa si aggiunge la Raccomandazione n. 6 del 2004 che ha come destinatari gli Stati parti, invitati al miglioramento dei rimedi interni a favore degli individui che lamentino una violazione, soprattutto in riferimento ai ricorsi ripetitivi, in maniera tale da ridurre il contenzioso davanti alla Corte. Le due misure, che rappresentano la *base formale* della procedura di sentenza pilota, sono da ritenersi complementari ed entrambe ispirate dalla medesima *ratio*: affermare la sussidiarietà del meccanismo europeo di protezione dei diritti, e, dunque, il primato dei meccanismi nazionali di controllo e di garanzia⁵⁴.

Così, a partire dal caso *Broniowski*⁵⁵, la Grande Camera ha inaugurato un nuovo orientamento secondo il quale la Corte si fa carico di valutare se la violazione dipende da un problema strutturale dell'ordinamento - una normativa interna o una prassi amministrativa o giurisdizionale diffusa - e non solo dalle anomalie del singolo giudizio. In tali casi *strutturali*, la Corte invita gli Stati ad intervenire con misure di carattere generale per porre fine alle violazioni, non solo con riferimento al caso di specie, ma anche in relazione a fattispecie analoghe: sarebbe insufficiente e non in linea con le finalità della Convenzione se uno Stato, successivamente al riscontro di una violazione di natura sistemica, adottasse rimedi soltanto in favore del singolo ricorrente senza rimuovere il problema alla fonte.

⁵⁴ Ci sono casi in cui i giudici individuano nella Raccomandazione il fondamento della procedura di sentenza pilota, e altri in cui indicano la Risoluzione; in alcuni ancora nessuna delle due, in altri addirittura entrambe, cfr., SERMET L., *L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, *Revue générale de droit international public*, 2007, 4, pp. 867 e ss.

⁵⁵ *Broniowski c. Polonia*, sentenza del 22 giugno 2004, ric. n. 33509/96.

Le sentenze pilota sono intrinsecamente connesse all'obbligo degli Stati parti di adottare misure generali per eliminare le cause della violazione ed evitarne la ripetizione. Tali misure devono essere tali da porre rimedio al problema sistemico evidenziato dai giudici di Strasburgo, così da non caricare la Corte con una serie di ricorsi che hanno la medesima causa. La *ratio* ispiratrice consiste nel fornire delle linee guida per consentire allo Stato convenuto di garantire a tutti i ricorrenti potenziali o attuali di avere accesso ad un rimedio interno che sia effettivo e che possa consentirgli di ricorrere davanti ad una autorità nazionale competente, qualora i governi interni non siano in grado di rintracciare l'origine del problema sistemico⁵⁶.

È abbastanza chiaro come l'obbligo a carico dello Stato derivante dalla violazione della Convenzione, sia tra gli altri, quello di eliminare le cause della violazione stessa per prevenirne la ripetizione. Dal punto di vista del diritto internazionale, questo è un obbligo di natura secondaria che deriva direttamente da quello primario di non violare la Convenzione⁵⁷. Conseguentemente, tutti i successivi ricorsi la cui doglianza deriva dalle medesime circostanze, deve essere vista come un problema di esecuzione di una precedente sentenza (pilota, appunto).

La finalità perseguita dalla raccomandazione n. 6 del 2004 è quella di evitare i casi ripetitivi e ridurre il carico della Corte. Ma la buona riuscita dell'utilizzo della procedura ha mostrato come, paradossalmente nei casi di problemi sistemici, siano gli Stati a determinarla, se manifestano, cioè, una volontà di muoversi da una abituale indifferenza verso la Convenzione ad un atteggiamento che sia maggiormente incentrato su di essa.

Con il Protocollo 14, la Corte ha un mezzo aggiuntivo per occuparsi dei casi ripetitivi, con l'introduzione del giudice singolo e dell'estensione della competenza del comitato dei tre giudici: alla luce del nuovo articolo 28 par. 1(b), come detto in precedenza, il comitato ha la possibilità di dichiarare un ricorso ammissibile e decidere nel merito quando le questioni sollevate sono state già oggetto di una giurisprudenza consolidata (che potrebbe essere, appunto, una sentenza-pilota che ha precedentemente rilevato la sussistenza di un problema sistemico). Quindi, in questo senso, l'innovazione introdotta

⁵⁶ PARASKEVA C., *The Application of the Pilot Judgment Procedure to the Post Loizidou cases – the Case of Xenides-Arestis*, in *Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights*, 3rd Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions, Varsavia 14-15 Maggio 2009, p. 100.

⁵⁷ TOMUSCHAT C., *What is a Breach of the European Convention of Human Rights? The dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Lawson deBlois, 1994, pp. 320 e ss.

dal Protocollo 14 potrebbe leggersi alla stregua di strumento complementare e ulteriore rispetto alla procedura pilota per affrontare i casi-clone.

Con una differenza sostanziale dal punto di vista dei singoli ricorrenti: in un caso - quello della procedura pilota in senso pieno, *infra*, par. 3 - vedrebbero sospesa la trattazione del proprio caso in qualità di ricorrenti “non privilegiati”, nell’altro, quello previsto dall’art.28, si vedrebbero, invece, riconoscere una sentenza. È evidente come, dal punto di vista del singolo ricorrente, risulti preferibile questa seconda possibilità: ma, secondo autorevole dottrina, questo non significa che i due rimedi non possano essere utilizzati in maniera complementare per valutare, da una parte, la volontà delle autorità interne di risolvere il problema sistemico evidenziato dalla sentenza pilota, dall’altro, non lasciare sguarniti i ricorrenti in corso di procedura mentre si opera questa valutazione sulla volontà politica dello Stato⁵⁸. Le questioni che maggiormente hanno destato dibattiti sia in dottrina che tra gli stessi giudici della Corte oltre che da parte dei rappresentanti delle ONG, riguarda la mancanza di una base giuridica per la procedura. Manca in effetti una norma che espressamente si riferisca alla procedura pilota, che certamente rappresenta una manifestazione di un certo attivismo procedurale.

Ma, come vedremo in seguito, per quanto riguarda in particolare il profilo dell’accertamento dell’esistenza di una violazione in relazione a situazioni interne di portata generale, non costituisce una assoluta novità nella prassi giurisprudenziale della Corte EDU: discorso - in parte - in riferimento alla previsione delle conseguenze che non siano di natura meramente risarcitoria (sul punto, *infra* par. 3)⁵⁹.

Più in generale, bisogna distinguere la possibilità di riconoscere alla Corte la competenza a sviluppare una nuova procedura dall’individuazione dei suoi limiti: questa delimitazione dell’ambito di applicazione della procedura e della relativa sentenza manca: non c’è menzione nemmeno negli Atti del Comitato che ne rappresentano la base formale.

Come si vedrà in seguito, al di là delle ragioni di carattere processuale, si può individuare un tratto ulteriore di attivismo sostanziale in relazione all’utilizzo della sentenza pilota che consente ai giudici di muoversi verso una funzione giurisdizionale di tipo “costituzionale” e una giurisprudenza “di principio” attraverso l’allargamento

⁵⁸ PARASKEVA C., *The Application of the Pilot Judgment Procedure to the Post Loizidou cases – the Case of Xenides-Arestis*, cit., p. 106.

⁵⁹ Il differente utilizzo del dispositivo e il ricorso al meccanismo della sospensione rappresentano, invece, i veri momenti di novità rispetto al passato. Per una analisi più approfondita sui due elementi, si veda *infra* par. 4.

dell'ambito applicativo delle decisioni alla previsione di misure rimediali conseguenti all'accertamento della violazione, di cui si tenterà di rintracciare il fondamento normativo all'interno della Convenzione (*infra*, cap. 2), soprattutto in relazione all'aspetto della specificità nell'indicazione di tali misure.

3. La procedura di sentenza pilota: le ragioni di economia processuale. Proposta di definizione.

La sentenza pilota è lo strumento di cui la Corte abitualmente si avvale per l'esame dei ricorsi aventi ad oggetto una medesima causa sottostante: oggi è espressamente disciplinata dall'art. 61 del Regolamento della Corte⁶⁰ e rappresenta un incremento delle opzioni procedurali per fronteggiare quelli che vengono definiti "problemi strutturali" all'interno degli ordinamenti degli Stati parti della Convenzione.

In riferimento al profilo dell'accertamento della violazione, la sentenza pilota si pone nel solco delle sentenze in cui tale accertamento avviene in relazione a situazioni interne di portata generale, quando il ricorrente lamenti una violazione nei propri confronti derivante da un provvedimento individuale, il quale, però, è inevitabile conseguenza della corretta applicazione di una normativa interna o di una prassi amministrativa o giudiziale⁶¹.

L'utilizzo di tale strumento processuale, nella fase per così dire "diagnostica", segna in modo evidente il passaggio dal modello abituale della giustizia individuale che si occupa del caso concreto ad un modello che utilizza l'analisi giuridica dei problemi sottostanti attraverso la "lente" del caso pilota: la parola chiave utilizzata dalla Corte è "problema sistemico", di cui possono trovarsi formulazioni simili quali "disfunzione strutturale persistente"⁶². La Corte decide, quindi, al di là dell'analisi delle circostanze di fatto e di diritto emergenti dal singolo ricorso e della mera determinazione della

⁶⁰ Il testo dell'art.61 del regolamento della corte introdotto il 21 febbraio 2011 prevede che la Corte stessa possa iniziare una procedura di sentenza pilota ed adottare una sentenza pilota allorché "the facts of an application reveal in the contract Party concerned the existence of a structural or sistemico problem or other similar dysfunction which have give rise to similar applications".

⁶¹ Nella determinazione del contenuto rilevante della sentenza in relazione ai profili dell'accertamento le sentenze pilota devono distinguersi dalle altre sentenze che valutano situazioni interne a carattere generale in assenza, però, di uno specifico provvedimento individuale nei confronti del ricorrente; quando, cioè, la violazione risulta dall'esistenza stessa della normativa, indipendentemente dal provvedimento concreto. Per la giurisprudenza relativa a tale categoria di sentenze, si vedano i casi *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, *Norris c. Irlanda*, sentenza del 28 ottobre 1988, *Modinos c. Cipro*, sentenza del 22 aprile 1993. Per approfondimenti in dottrina, cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 49 e ss.

⁶² Cfr. *Burdov c. Russia n.2*, sentenza del 15 gennaio 2009, ric. n. 33509/04.

sussistenza di una violazione della Convenzione⁶³, individuando una violazione sistematica ed esaminando il sottostante problema strutturale che può essere di natura normativa o legato alle prassi amministrative e giudiziali interne.

All'accertamento della violazione segue la previsione delle conseguenze della violazione accertata, che potremmo definire di "prognosi", consistente nella previsione delle misure generali indirizzate allo Stato responsabile della violazione in grado di rendere il proprio ordinamento interno compatibile con le norme del trattato per prevenire il ripetersi di situazioni identiche⁶⁴: la Corte, come detto, prende in considerazione un solo caso come paradigma per la valutazione dell'esistenza di tale problema, invece di pronunciarsi su tutti i singoli ricorsi. Una procedura chiamata enfaticamente "pilota" rende l'idea dell'ambizione del tentativo di affrontare il problema della carenza della normativa e della prassi nazionali rispetto alle esigenze di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione nella prospettiva di un miglioramento dell'effettività del sistema di protezione.

Prima della cristallizzazione nella formulazione dell'art. 61 del regolamento della Corte, la procedura delle sentenza pilota si è sviluppata per via pretoria, priva di una base giuridica definita all'interno della Convenzione (*supra* par. 2). Per questo motivo non è stato possibile formulare fin dall'inizio una definizione che potesse essere universalmente accettabile sul tipo di sentenza, né definirne in modo preciso le regole alla base della procedura.

Questo non significa che non fossero comunque rintracciabili gli elementi per definire la sentenza e la procedura da cui deriva: già nel 2003, precedentemente al caso *Broniowski*, la Corte EDU descriveva la sentenza pilota "as a procedural tool for dealing with repetitive well-founded applications. It would involve empowering the Court to decline to examine cases (...) where the Court has identified the existence of a structural or systemic violation in a pilot judgment. Such a judgment would trigger an accelerated execution process before the Committee of Ministers which would entail not

⁶³ Generalmente la Corte tendeva, fino ad un certo momento, a rigettare ricorsi che richiedevano un esame in astratto della normativa e della prassi interne ad uno Stato configgenti con la Convenzione: come ha fatto presente nel caso *Brogan*. "The Court is not required to examine the impugned legislation in abstracto, but must confine itself to the circumstances of the case before it"; *Brogan c Regno Unito*, sentenza del 29 novembre 1988, ric. n. par. 53.

⁶⁴ Come esplicitamente ammesso dalla stessa Corte in un passaggio particolarmente significativo della sentenza *Hutten- Czapska*. "One of the implications of the pilot-judgment procedure is that the Court's assessment of the situation complained of in a "pilot case" necessarily extends beyond the sole interest of the individual applicant and requires it to examine that case also from the perspective of the general measures that need to be taken in the interest of other potentially affected persons"; *Hutten Czapska c. Polonia*, sentenza del 19 giugno 2006, ric. n. 35014/97, par. 238.

just obligation to eliminate for the future the causes of violation, but also the obligation to introduce a remedy with retroactive effect within of the same structural or systemic violation. Whilst awaiting the accelerated execution of the pilot judgment, the Court would suspend the treatment of pending application raising the same grievance against respondent state, in anticipation of that grievance being covered by the retroactive domestic remedy. It was stressed in the court's discussions that, in the event of the respondent state's failing to take appropriate measures within reasonable time, it should be possible for the Court to re-open the adjourned applications"⁶⁵.

Dalla definizione che la Corte dà alla sentenza pilota nel 2003 nel suo *Position Paper*, potevano quindi già desumersi i presupposti in base ai quali farvi ricorso, nonché gli elementi caratterizzanti e le finalità perseguite.

3.1 I presupposti: il problema strutturale e la violazione sistemica.

La Corte applica la procedura di sentenza pilota quando sussiste un reale pericolo sull'intero sistema della Convenzione in relazione al rilevante numero di ricorsi ripetitivi derivanti dalla medesima causa strutturale⁶⁶. L'espressione "ricorsi ripetitivi" (o formulazioni analoghe) è particolarmente diffusa sia nella dottrina che nella giurisprudenza della Corte, in riferimento al problema del sovraccarico. Anche l'art. 61 del regolamento della Corte stabilisce come presupposto per avviare la procedura che le circostanze di fatto in relazione al ricorso utilizzato come caso "pilota" rivelino l'esistenza di un problema strutturale che abbia già causato o che possa essere causa di numerosi ricorsi simili nell'ordinamento interno dello Stato interessato.

L'art. 61, però, non determina i criteri per definire quando i ricorsi possano dirsi simili. In mancanza di una indicazione espressa delle condizioni, la sussistenza di tale circostanza è rimessa all'apprezzamento della Corte: i ricorsi possono dirsi ripetitivi se hanno lamentato la violazione dello stesso diritto convenzionale e se sono

⁶⁵ Cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., p.106 n. 76

⁶⁶ La caratteristica principale della procedura è rappresentata dalla trattazione prioritaria del caso pilota. Nel regolamento della Corte le ragioni di tale priorità derivano dalla importanza e urgenza delle questioni coinvolte; in generale, i giudici rimangono liberi di decidere quando ricorrano effettivamente queste condizioni. La trattazione prioritaria, comunque, non riguarda le sole sentenze pilota, cfr. WALLACE S. *Much Ado for nothing? The Pilot judgment Procedure at the European Court of Human rights*, *European Human Rights Review*, 2011, 78, p. 72.

essenzialmente equiparabili per quel che riguarda l'origine fattuale del rispettivo evento dannoso.

I giudici di Strasburgo utilizzano vari criteri per riconoscere i casi analoghi: individuano un numero di soggetti appartenenti ad una categoria di ricorrenti che sono interessati o che possono essere toccati dal problema, fanno riferimento al numero di ricorsi pendenti, oppure valutano guardando alle sentenze già emesse in relazione alla stessa violazione nello stesso ordinamento⁶⁷.

L'idea del problema sistemico è connaturata alla procedura di sentenza pilota. La Corte lo definisce come una situazione che di fatto rivela l'esistenza di un limite strutturale all'interno dell'ordinamento dello Stato destinatario⁶⁸.

Tale formulazione è utilizzata, dunque, per riferirsi ad una violazione di diritti umani che va là di là del caso concreto sollevato dal ricorso individuale: una delle situazioni tipiche riconducibili al *genus* delle violazioni strutturali si verifica allorché la violazione dei diritti garantiti dalla CEDU consegua in modo diretto ed automatico dalla concretizzazione in un provvedimento individuale di una norma di legge avente determinate caratteristiche qualitative, “nel qual caso si può parlare di violazioni strutturali derivanti da un difetto sistemico di carattere legislativo, per distinguere da quelle derivanti da un problema sistemico di carattere amministrativo, e cioè un difetto endemico della prassi applicativa o da un diffuso malfunzionamento delle strutture

⁶⁷Secondo parte della dottrina, comunque, lo stretto rapporto tra sentenza pilota e numero di ricorsi, non esaurirebbe la questione del rapporto tra Stati e Convenzione. Certamente la presenza di un numero considerevole di ricorrenti (anche solo potenziale) rappresenta un motivo di urgenza per avviare la procedura: ma il problema è “strutturale” e connaturato ad una mancata implementazione della Convenzione o alla mancata esecuzione di una precedente sentenza anche indipendentemente dal numero dei ricorsi e indipendentemente dalle persone che lamentano la violazione di un diritto.

L'esistenza di un problema strutturale implica soltanto una situazione cronica di violazione della CEDU, non necessariamente collegata al numero potenziale o reale dei ricorsi. Da questo ne consegue che l'obbligo di adottare misure generali (e il potere della Corte di prescriberle) non deriverebbe necessariamente dalla esistenza di un problema diffuso - da intendere come riguardante un considerevole numero di soggetti - ma esiste indipendentemente, nella misura in cui rappresenti l'unico modo possibile per portare l'ordinamento interno in linea con le norme del trattato, come espressione dell'obbligo generale di diritto internazionale. Per una ricostruzione del problema, cfr. HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human rights*, cit, pp. 78 e ss. , SUDRE F., *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne de droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2008, 76, p. 926. Come esempio di problema strutturale parzialmente indipendente da un elevato numero di ricorsi, può segnalarsi sin da ora il caso *Sejdovic contro Italia [GC]*, sentenza del 1 marzo 2006, ric. n. 56581/00, in relazione alla disciplina processuale della contumacia nell'ordinamento italiano, più volte censurata dalla Corte, problema alla fine risolto attraverso l'intervento del legislatore.

⁶⁸ “the facts of the case disclose the existence, within (...) legal order, of a shortcoming as a consequence of which a whole class of individuals have been or are still denied their Convention rights or freedoms”, cfr. *Broniowski c. Polonia*, cit., par. 189, e *Hutten Czapska c. Polonia*, par. 231. In altri casi la corte può utilizzare espressioni simili, quali “problema strutturale sottostante alla violazione”, in *Burdov c. Russia n.2*, cit., par. 126, e “prassi incompatibile con la convenzione”, in *Rumpf c Germania*, sentenza del 2 settembre 2010, ric. n. 46344/06, punto 4 del dispositivo.

amministrative solitamente riconducibile ad inefficienze di tipo organizzativo ed a carenze gestionali”⁶⁹, nonché da una prassi giurisdizionale⁷⁰.

In altre parole, un problema può essere considerato sistemico se lo Stato non ha introdotto misure che possano garantirgli di ottemperare adeguatamente agli obblighi derivanti dalla Convenzione: il presupposto è che, di regola, i trattati di diritto internazionale necessitano di atti di implementazione da parte dei soggetti che ratificano al fine di adempiere in modo completo ed esaustivo gli obblighi che ne derivano; è possibile, tuttavia che lo Stato abbia implementato la Convenzione in modo non esauriente e incompleto cosicché il proprio ordinamento interno non sia sufficientemente allineato a quanto richiesto dal trattato: questa mancanza può essere la fonte della ripetitività dei ricorsi simili⁷¹. Ma i problemi sistemici possono avere la loro fonte anche nella mancata esecuzione di una sentenza⁷², la quale rappresenta la promessa di un cambiamento per il futuro e non solamente la conclusione di un procedimento a sé stante⁷³: l’esecuzione di una sentenza infatti, ha anche una funzione preventiva dell’accumulo di altre violazioni (sulle finalità della sentenza pilota, *infra*). Ad avviso di autorevole dottrina, i giudici tendono ad utilizzare l’espressione “problema strutturale” in senso piuttosto ampio, ricomprendendo all’interno della stessa fattispecie delle situazioni abbastanza diverse: secondo tale impostazione, la Corte, utilizza la formula della sentenza “pilota” sia quando il problema è realmente strutturale (come è certamente il caso, ad esempio, in riferimento all’eccessiva durata dei procedimenti giudiziari) sia quando si tratta di una situazione che è determinata da uno specifico

⁶⁹ Sul punto, SACCUCCI A., *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione “sussidiaria” delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 6, p. 267.

⁷⁰ BARTOLE S., DE SENA . P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, cit., pp.748 e ss.*

⁷¹ Bisogna sottolineare, comunque, che la corrispondenza tra l’implementazione incompleta della Convenzione da parte dello Stato contraente e l’utilizzo della procedura e della sentenza pilota non sono collegati in modo assoluto: le lacune in fase di esecuzione degli obblighi derivanti dalla Convenzione, successivamente alla fase di ratifica, esistevano anche prima che la Corte iniziasse a far ricorso a tale strumento processuale; il punto è che soltanto dal caso *Broniowski* in poi la Corte ha iniziato a focalizzarsi in modo specifico su tali mancanze nell’implementazione, la cui esistenza e il relativo impatto sul carico di lavoro sono state il motivo principale ad indurre i giudici di Strasburgo a ricorrere alla formulazione “problema sistemico” (oppure “problema strutturale sottostante la violazione” o “prassi incompatibile”): lo “scatto in avanti” della sentenza pilota deriverebbe dalla acquisita consapevolezza da parte della Corte degli effetti negativi che i limiti strutturali possono generare nel futuro.

⁷² Un esempio particolarmente significativo in questo senso lo si può rintracciare nella sentenza *Greens e M.T. c. Regno Unito*, sentenza del 23 novembre 2010, ric. n. 60041/08 e 60054/08, par. 110, nella quale la Corte ci tiene a sottolineare che “(...) the finding of a violation of the Convention right in question was the direct result of the failure of the authorities to introduce measures to ensure compliance with the Grand Chamber’s judgment in First”.

⁷³ Cfr. TULKENS F., *Perspective from the Court: A typology of Pilot-judgment Procedure*, nel corso del Seminario *Responding to Systemic Human Rights Violations: Pilot Judgments of the European Court of Human rights and Their Impact at National Level*, del 14 giugno 2010, p.2

regime giuridico, che non ha natura propriamente “strutturale”, ma ha solo l’effetto di poter determinare una serie di violazioni ripetute (quale è ad esempio, il problema dell’equo indennizzo in caso di esproprio). Questa soluzione, che riunisce due situazioni ben diverse, è determinata dalla preoccupazione concreta della Corte, di risolvere il problema all’origine – quale che sia la sua natura – allo scopo di non essere investita da ricorsi ripetitivi⁷⁴.

Non si dovrebbe parlare, dunque, per tutte le decisioni pilota di problemi strutturali o sistemici in modo generico: ci sono, infatti, quelli che riguardano una categoria definita di soggetti e che trovano la loro fonte in una lacuna specifica della normativa, ma che vengono accomunati dal punto di vista della risposta dei giudici di Strasburgo a quelli realmente “strutturali” che necessitano di sostanziali riforme del sistema da più punti di vista (e non possono essere risolti, perciò, attraverso una semplice modifica testuale di una legge) ed hanno ad oggetto una categoria aperta di possibili ricorrenti (è il caso, ad esempio, delle violazioni derivanti dalla mancata esecuzione delle decisioni dei giudici interni, o, ancora, di quelle derivanti dall’eccessiva durata dei processi)⁷⁵. Appare evidente come, in relazione a quest’ultimo tipo di violazione, conformarsi alla sentenza pilota della Corte EDU risulta certamente più problematico in ragione della natura complessa degli interventi di modifica sull’ordinamento interno: la *non-compliance* in questi casi può derivare, dunque, non da una mancata volontà delle autorità interne di adempiere all’obbligo di cui all’art 46, ma dalla oggettiva difficoltà di risoluzione del problema strutturale che richiede una molteplicità di interventi (di natura amministrativa, finanziaria e non risolvibili soltanto attraverso una modifica legislativa).

Secondo alcuni autori, questo è uno dei motivi che dovrebbe suggerire ai giudici di Strasburgo una certa cautela nel ricorrere alla procedura di sentenza pilota nonostante le pressanti ragioni di economia processuale⁷⁶: non tutte le situazioni interne che presentano il connotato della “sistemicità” possono o devono essere trattate attraverso il ricorso alla procedura della sentenza pilota, né, d’altra parte, qualunque limite di portata generale nell’ordinamento interno può essere qualificato come sistemico; un utilizzo

⁷⁴ ZANGHI’C., *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Studi sull’integrazione europea, 2008, 1, pp. 45 e ss.

⁷⁵ DECOULOMBIER P., *Arrets pilote et efficacité des nouveaux recours internes*, in Le filtrage des affaires à Strasbourg: l’examen de la recevabilité par la Cour européenne des droits de l’Homme, E. Lambert-Abdelgawad et P. Dourneau-Josette (éd.), Strasbourg, Éditions du Conseil del’Europe, 2011, p. 278.

⁷⁶ GARLICKI L., “*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*”, cit., p. 188.

inflazionato della procedura potrebbe risultare controproducente (anche in considerazione dei rischi di una mancata *compliance* involontaria⁷⁷): sarebbe opportuno ricorrervi soltanto quando strettamente necessario⁷⁸.

3.2 Finalità.

La procedura delle sentenze-pilota è finalizzata al perseguimento di tre obiettivi connessi: l'interesse della Corte nel ridurre il numero dei ricorsi sui quali decidere, l'interesse dello Stato alla risoluzione del problema sistemico, l'interesse di ciascun ricorrente⁷⁹.

Per quel che riguarda il primo obiettivo, in relazione alla esigenza di ridurre il carico per garantire la stessa "sopravvivenza" del sistema, il nuovo meccanismo procedurale consente alla Corte di decidere solamente su un caso, re-indirizzando un gruppo di ricorsi all'ordinamento interno. Analizzando i *Report* della Corte, si riscontra effettivamente una graduale riduzione del numero dei ricorsi pendenti.

Nella prospettiva di garantire l'effettività e il funzionamento del sistema in relazione al problema del sovraccarico, è evidente che se ai giudici di Strasburgo è stato richiesto di aiutare gli Stati a risolvere i problemi strutturali è perché sono state considerate insufficienti le sole modifiche al sistema convenzionale apportate dal Protocollo 14, ritenendo, perciò, necessario che ci fosse anche un miglioramento nell'implementazione delle norme della Convenzione all'interno di ciascun ordinamento. In questo senso, è pienamente riconoscibile l'ottica sussidiaria dell'aiuto alle autorità interne negli Atti del Comitato dei Ministri⁸⁰, consistente nel rinviare la responsabilità della tutela dei diritti agli Stati successivamente alla segnalazione del problema e delle relative soluzioni da parte dei giudici di Strasburgo.

In relazione alle finalità, possono distinguersi due tipi di decisioni pilota: uno preventivo, che interviene a monte, nel momento in cui la Corte non è ancora

⁷⁷ Sui casi di mancata esecuzione volontaria, invece, *infra* cap. 2.

⁷⁸ Per un tentativo di individuazione delle ragioni che hanno indotto i giudici a fare ricorso alla procedura nella sua fase iniziale, *infra* par. 5.

⁷⁹ Cfr. J. DARCY, *Pilot Judgments from the perspective of the Court and possible elements of the pilot judgment procedure which could be drafted*, in *Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights: Informal Seminar for Government Agents and other Institutions*, Varsavia, 2009, p. 39.

⁸⁰ Si tenterà di individuare, *infra* cap. 2, quando la individuazione della soluzione si pone effettivamente in una prospettiva di sussidiarietà, come raccomandazione alle autorità interne, e quando, invece, assume i connotati dell'ingiunzione.

“sommersa” di ricorsi relativi allo stesso problema e che riguarda una categoria di soggetti ricorrenti individuabili⁸¹; l’altro punitivo, come monito ad uno Stato incapace di rispondere a livello nazionale a un problema sul quale la Corte si è già pronunciata più volte e che riguarda una categoria aperta di ricorrenti potenzialmente infinita⁸².

Per quanto riguarda l’interesse dei ricorrenti, in più di una occasione la Corte ha esplicitato la *ratio* a fondamento della procedura, che consiste nell’assicurare loro un ristoro effettivo nel minor tempo possibile, anche se su questo punto sono state sollevate delle obiezioni (*infra* par. 4).

Nell’ambito della procedura pilota, attraverso il meccanismo della sospensione (come si vedrà *infra* par. 4) tutte le cause simili a quella principale rimangono “congelate”, in attesa che lo Stato destinatario della sentenza rimuova il problema strutturale ed introduca un rimedio interno entro un tempo ragionevole, capace di essere soddisfacente per tutti i ricorrenti, attuali e potenziali: in questo modo, da un lato si rende inutile la proposizione di nuovi ricorsi, dall’altro si consente alla Corte di dichiarare i ricorsi già promossi inammissibili per mancato previo esperimento dei ricorsi interni⁸³. Rimane da valutare, però, se la sospensione in determinate circostanze non rappresenti un aggravio eccessivo⁸⁴: ad avviso di autorevole dottrina, è evidente, infatti, che, in attesa del ricorso “madre”, si versi in una situazione preoccupante dal punto di vista dei diritti fondamentali, osservandosi una sospensione a tempo indeterminato delle garanzie processuali, nel diritto interno come in quello sovranazionale⁸⁵. Inoltre, nei casi in cui le misure interne introdotte dallo Stato in esecuzione della sentenza pilota si rivelino inidonee a garantire le posizioni giuridiche dei ricorrenti o, addirittura, si versi in uno

⁸¹ Esemplificativi sono i casi *Broniowski*, cit. e *Hutten Czapska*, cit., in relazione alla violazione di cui all’art. 1 Protocollo 1.

⁸² Cfr. i casi *Burdov c. Russia n.2*, cit.; *Yuriy Nikolayewich Ivanov c. Ucraina*, sentenza del 15 ottobre 2009, ric. n. 40450/04, *Rumpf c. Germania*, cit.

⁸³ Nell’annesso alla Raccomandazione 2004 -6- sul miglioramento dei ricorsi interni, si legge al par. 14:” while prompt execution of the pilot judgment remains essential for solving the structural problem and thus for preventing future applications on the same matter, there may exist a category of people who have already been affected by this problem prior to its resolution. The existence of remedy aimed at providing redress at national level for its category of people might allow the Court to invite them to have recourse to the nee remedy, and, if appropriate, declare the applications impossible”.

⁸⁴ Si pensi ai casi nei quali la violazione lamentata consiste nell’eccessiva durata dei processi interni: in simili circostanze la sospensione per il ricorrente non privilegiato rappresenterebbe un ulteriore “ritardo” nella tutela della sua posizione giuridica da cumulare a quello già connotato alla violazione “originaria”.

⁸⁵ CATALDI G., *La natura self executing delle norme della Cedu e l’applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, CALIGIURI A., CATALDI G., NAPOLETANO N. (a cura di), Padova, 2010, p. 586.

stato di inerzia, la procedura rischia di ritardare anziché accelerare l'attuazione della CEDU⁸⁶.

In generale, pare difficile negare come la procedura di sentenza pilota vada nella direzione di una *oggettivizzazione* del sistema di tutela convenzionale: nel bilanciamento delle finalità differenti, le ragioni dei singoli ricorrenti ne escono probabilmente indebolite⁸⁷ rispetto a quelle più generali di funzionamento del sistema nel suo complesso⁸⁸.

3.3 Gli elementi della sentenza pilota

L'ex Presidente della Corte Lucius Wildhaber ha identificato le otto caratteristiche di una sentenza pilota nella sua forma completa⁸⁹:

- L'esame del problema sistemico: si possono enucleare due approcci differenti per quel che riguarda questo aspetto. Nel primo, rafforzativo di una precedente posizione, la Corte fa riferimento al problema sistemico già identificato in una decisione precedente in seguito alla quale lo Stato destinatario non ha preso le misure adeguate per farvi fronte; nel secondo, il problema sistemico viene analizzato nella sua interezza, identificando il meccanismo interno deficitario fonte delle violazioni individuali: in questi casi c'è una vera e propria valutazione *ex novo* e non una mera ripetizione delle conclusioni precedentemente espresse;
- La determinazione delle misure rimediali: in più di un'occasione la Corte ha reso manifesto che l'obiettivo della sentenza pilota è facilitare la soluzione di una disfunzione che comporta la violazione dei diritti convenzionali all'interno di un ordinamento in modo effettivo e più velocemente possibile: seguendo l'approccio suggerito dal Comitato dei Ministri con l'adozione della Risoluzione del 2004(3),

⁸⁶ cfr. PALOMBINO F.M., *La procedura di sentenza pilota nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2008, pp. 91 e ss.

⁸⁷ Sugli effetti positivi della sospensione cfr., WOLAŚIEWICZ J., *Pilot judgments from the perspective of the Polish Government Agent and a proposal of provisions related to the existing pilot judgments procedure and so-called simplified pilot judgment procedure*, e DARCY J., *Pilot judgments from the perspective of the Court and possible elements of the pilot judgment procedure which could be drafted*, in Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights, 3rd Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions, Varsavia 14-15 Maggio 2009, pp. 31 e ss.; di parere opposto, PARASKEVA C., *The Application of the Pilot Judgment Procedure to the Post Loizidou cases – the Case of Xenides-Arestis*, cit., p. 105 e ss.

⁸⁸ Cfr. SERMET L., *L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, cit. p. 869.

⁸⁹ WILDHABER L., *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, in R. Wolfrum e U. Deutsch (ed.), *The European Court of Human rights overwhelmed by applications: Problems and Possible Solutions*, Berlino, 2009, p.71.

lo scopo principale della procedura è assistere⁹⁰ lo Stato destinatario nel processo di esecuzione della sentenza, fornendo un punto di vista possibile per la soluzione del problema sistemico, inducendolo in ogni caso a occuparsi dei numerosi ricorsi individuali a livello nazionale. La logica sottostante è da ricercare evidentemente in una migliore implementazione del principio di sussidiarietà, come specificato anche dalla Corte in una serie di decisioni e come ampiamente condiviso in dottrina;

- L'indicazione delle misure generali come contenuto dell'obbligo ex art. 46 in relazione ai profili generali dell'accertamento, che la Corte ritiene necessarie alla risoluzione del problema sistemico e per consentire allo Stato destinatario di allinearsi a quanto richiesto dalla Convenzione, è da leggersi in questa prospettiva. L'obbligo in capo agli Stati di adottare misure generali, per rimuovere la fonte del problema sistemico eliminando il rischio di ulteriori ricorsi in futuro e per fornire adeguati rimedi interni ai ricorrenti che abbiano subito un pregiudizio nel passato, può essere adempiuto attraverso interventi per via legislativa o giudiziaria o attraverso le modifiche di prassi amministrative e giurisprudenziali che abbiano valore retroattivo⁹¹;
- La sospensione dei casi analoghi, aspettando l'implementazione della sentenza da parte dello Stato rispondente, secondo alcuni autori rappresenterebbe l'aspetto che maggiormente caratterizzante la procedura della sentenza pilota⁹², secondo altra parte della dottrina un aspetto non essenziale⁹³: una volta che la Corte ritenga adeguata la misura rimediale interna apprestata dallo Stato in esecuzione della sentenza, i ricorsi simili sospesi vengono cancellati dal ruolo⁹⁴;
- L'uso del dispositivo per rafforzare l'obbligo contenuto nella decisione: questa insieme alla sospensione, è considerata l'altra novità di rilievo;

⁹⁰ “ (...) the aim of the procedure was to facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction affecting the protection of the Convention right in question in national legal order (...) it was primarily designed to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problem at national level, thereby securing to the persons concerned their Convention rights and freedoms as required by art. 1 of the convention, offering to them more rapid redress”, *Hutten - Czapska c Polonia*, cit., par. 234.

⁹¹ Sul rapporto tra l'ambito del giudicato delle sentenze pilota e l'indebolimento del principio di libertà degli Stati nella scelta dei mezzi per conformarsi alle sentenze della Corte, *infra* cap. 2.

⁹² “ the very essence of the pilot judgment technique lies in the adjournment of proceedings”, secondo D. POPOVIĆ D., *Pilot judgments of the ECtHR in Council of Europe*, Steering Committee for Human Rights (ed.), Reforming the European Convention of Human Rights, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 355 e ss.

⁹³ Cfr. tra gli altri, GARLICKI L., “*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*”, cit., p. 185.

⁹⁴ In ogni caso, la Corte sembra utilizzare la sospensione in modo decisamente flessibile, in alcuni casi sospendendo solamente i ricorsi presentati successivamente all'emanazione della sentenza pilota, in altri solo quelli presentati prima, in altri non sospendendo per nulla. Anche su questo aspetto si tornerà, *infra* par. 4

- Il rinvio di qualunque decisione sull'equa soddisfazione del ricorrente fino a che lo Stato interessato non abbia risolto il problema;
- L'informazione ai principali organi del Consiglio d'Europa sull'andamento della procedura, in particolare il Comitato dei Ministri, come organo responsabile della revisione sull'esecuzione delle sentenze della Corte, l'Assemblea Parlamentare, il Commissario dei Diritti Umani.

Wildhaber non è l'unico ad essersi impegnato in un tentativo di sistematizzazione: tra gli altri, Fyrnys⁹⁵, Haider, Tulkens si sono cimentati nel medesimo tentativo: la circostanza che gli esiti differiscano è un sintomo delle difficoltà che si è costretti ad affrontare quando si prova a ricostruire con un margine di approssimazione accettabile tale prassi giurisprudenziale.

3.4 La ricostruzione dottrinale: sentenza pilota in senso pieno, sentenza quasi-pilota e *tertium genus*

In dottrina possono ritrovarsi differenti criteri di classificazione delle sentenze: alcuni autori si attengono a criteri di identificazione di tipo formale,⁹⁶ altri preferiscono rintracciare elementi materiali: tale circostanza crea discrepanze nella classificazione finale di una sentenza come pilota, in considerazione della circostanza che le sentenze oggetto di studio identificabili ricorrendo ad elementi materiali sono più numerose di quelle formalmente designate come tali.

In riferimento ai criteri formali di individuazione vengono in rilievo i casi in cui la riconoscibilità è data dall'utilizzo della dicitura "pilota".

⁹⁵ L'autore identifica cinque elementi: il riscontro di un problema sistemico nell'ordinamento interno derivante da una normativa, da una prassi amministrativa o giudiziale; il rischio che da tale problema possa derivare un numero cospicuo di ricorsi fondati; il riconoscimento della necessità di adozione di misure generali accompagnata da una raccomandazione sulla forma che tali misure devono avere; la sospensione dei ricorsi derivanti dalla medesima violazione; l'utilizzo del dispositivo per "rinforzare" l'obbligo in capo allo Stato destinatario riguardo le misure generali: cfr. FYRNYS M., *Expanding Competences by judicial lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, German Law Journal, 2011, vol. 12, 5, pp. 1231 e ss. Haider identifica, oltre l'individuazione del problema sistemico e le misure per farvi fronte, la sospensione e la cancellazione dal ruolo dei casi simili una volta che lo Stato destinatario abbia introdotto un rimedio effettivo: cfr. HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human rights*, cit., p. 43 e ss. ; Tulkens riconosce soltanto due elementi come caratterizzanti la sentenza pilota: l'individuazione del problema strutturale e le misure generali per farvi fronte, in TULKENS F., *Perspective from the Court: A typology of Pilot-judgment Procedure*, cit., p. 3 e ss.

⁹⁶ Per l'individuazione dei criteri formali si veda Sermet, il quale individua e differenzia i casi in cui la Corte utilizza apertamente l'espressione "sentenza pilota", dai casi in cui fa soltanto riferimento alla Risoluzione del Comitato dei Ministri sulle sentenze che rivelano l'esistenza di un problema strutturale. Nemmeno il criterio formale espresso, tuttavia, è sufficiente a portare chiarezza: si veda *Xenides-Arestis c. Turchia* (sentenza del 22 dicembre 2005, ric. n. 46347/99) soltanto in una successiva decisione "marcato" come sentenza pilota. cfr., SERMET L., *L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, cit. p. 865.

Gli autori, che al contrario, non si accontentano dell'espresso riferimento semantico da parte dei giudici, preferendo guardare al dato sostanziale della individuazione degli elementi e della loro ricorrenza più o meno completa, sono approdati alla formulazione di una teoria tripartita che classifica le sentenze in pilota in senso pieno, sentenze quasi-pilota, e *third tier*.

Le prime sono caratterizzate dalla ricorrenza di tutti gli elementi e rappresenterebbero, in questo modo, l'ideal-tipo; le seconde rilevano quando la Corte identifica il problema sistemico e identifica la necessità dell'adozione dal parte delle autorità interne delle misure generali attraverso il riferimento esplicito all'obbligo di esecuzione ex art. 46, evitando, però, sia di inserire tali valutazioni nella parte della sentenza dedicata al dispositivo, sia di sospendere i casi simili, oltre alla mancanza dell'esplicito riferimento alla dicitura "pilota" (questa è evidentemente la categoria che lascia i maggiori dubbi e pone non pochi problemi). La terza categoria che potremmo definire "residuale" è quella delle cosiddette sentenze pre-pilota, cronologicamente antecedenti *al leading case Broniowski* e ritenute in dottrina strumentali allo sviluppo giurisprudenziale successivo della sentenza pilota in senso stretto⁹⁷.

La teoria tripartita ha il pregio di provare a sistematizzare la giurisprudenza "nebulosa" in materia, ma non contribuisce a trarre delle conseguenze rilevanti in termini di effetti giuridici: per quanto riguarda la differenza tra sentenze pilota e quasi-pilota, la cui distinzione fondamentale si concretizza nell'utilizzo differente del dispositivo (oltre che nella sospensione dei casi simili, su cui si tornerà *infra* par 4), dovrebbe concludersi che solo in riferimento alle decisioni del primo tipo lo Stato destinatario sarebbe obbligato ad adottare le misure generali previste dalla Corte, in quanto rientranti nell'oggetto formale del giudicato, mentre nel secondo dovrebbe parlarsi di mera raccomandazione. Ma proprio a causa di distinzioni non così agevoli in relazione ai mutamenti della prassi giurisprudenziale - caratterizzata da trattamenti differenti in relazione al medesimo tipo di violazione sistemica- a parere di chi scrive - non pare corretto trarre conclusioni così nette in termini di conseguenze⁹⁸.

A causa delle ambiguità, evidenziate attraverso il riferimento ai vari tentativi di sistematizzazione effettuati in dottrina approdati a conclusioni tutt'altro che univoche, ci

⁹⁷ Sul punto, cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, 2010, pp. 14 e ss.

⁹⁸ Sulla questione del dispositivo in relazione agli effetti giuridici si tornerà, *infra* par. 4

pare maggiormente condivisibile l'approccio più "sfumato" utilizzato da Buyse, secondo il quale il modo più efficace di descrivere questa tipologia di sentenze è quello di porle su una ideale "linea continua", ai cui margini opposti troviamo i casi *Marckx*⁹⁹ e *Broniowski*.¹⁰⁰ L'identificazione di un "minimo comune denominatore", da rintracciare nella evidenziazione del problema sistemico e nella indicazione delle misure generali, trae dall'impaccio di dover attribuire effetti differenti a fattispecie caratterizzate da un alto grado di similarità e che condividono la medesima *ratio*¹⁰¹.

Tale approccio consente, inoltre, con ancora maggiore facilità, la contestualizzazione delle sentenze pilota nel solco di una giurisprudenza preesistente, rendendo evidente come non si tratti di una vera rivoluzione, ma dell'approdo ultimo di una evoluzione del *case-law* all'interno del quale erano rintracciabili *in nuce* le caratteristiche fondamentali, già precedentemente al primo riferimento "testuale" alla procedura da parte dei giudici di Strasburgo: con riferimento al profilo dell'accertamento della violazione, in particolare, è possibile riscontrare la presenza di una serie di casi in cui la Corte si pronuncia sulla compatibilità delle situazioni interne a portata generale con le norme della Convenzione e si esprime, anche se in modo non compiuto, sulla previsione delle conseguenze della violazione oltre quelle di tipo risarcitorio espressamente previste dalla Convenzione.

3.4.1 Le sentenze quasi pilota o ex articolo 46

In aggiunta alle sentenze pilota in senso stretto (come accennato in precedenza), la Corte ha sviluppato anche un'altra categoria di decisioni che sottolineano anch'esse la presenza di problemi strutturali o sistemici causa di ripetute violazioni della

⁹⁹ *Marckx c Belgio*, sentenza del 13 giugno 1979, serie A, num. 31.

¹⁰⁰ "The clearest way to establish a typology is to think of the range of pilot-like judgments as a continuum. At the most traditional end of the continuum are those judgments which like *Marckx* point to a broader issue underlying a particular violation, for example domestic laws. At the other extreme is *Broniowski* which reflects all eight features (*evidenziate nella precedente ricostruzione di Wildhaber*). In some judgments the court has only pointed at broader or systemic problems, in others it has taken a further step by indicating - in varying degrees of precision - what kind of action a state party to the European convention needs to take. These two elements are indeed the core of a pilot judgment: 1) the identification of a systemic problem and 2) explicit guidance by the Court to the state concerned", cfr. BUYSE A., *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, *The Greek Law Journal*, 2009, 57, p. 1894.

¹⁰¹ Inoltre, alla luce dell'indagine che si intende svolgere, sul mutamento della funzione in senso costituzionale attraverso il ricorso alla procedura di sentenza pilota, la sola presenza di questi due elementi pare sufficiente ad identificare l'intenzione dei giudici di Strasburgo in questa direzione, indipendentemente dalla circostanza del ricorso al dispositivo che, può, al limite, essere identificato come un rafforzativo di tale intenzione, ma che, come detto in precedenza, non può essere così dirimente in termini di effetti.

convenzione. Vengono classificate in dottrina come sentenze “quasi pilota” o “ex art. 46”: l’obbligo giuridico sottolineato in queste decisioni ha la sua fonte nell’art.46, appunto, in base al quale gli Stati sono invitati ad introdurre misure rimediali adeguate nell’ordinamento interno per porre fine alla violazione e provvedere a riparare i torti perpetrati in passato.

Questo tipo di decisioni possono essere distinte dalle sentenze pilota in senso stretto per una serie di ragioni. In primo luogo, manca un riferimento esplicito dal punto di vista strettamente formale: i giudici non ricorrono all’espressione “pilota”. In secondo luogo, anche dal punto di vista sostanziale, sebbene mettano in evidenza l’esistenza di un problema strutturale come fonte di una violazione sistematica e richiedano allo Stato destinatario di intraprendere l’*iter* adeguato per la soluzione del problema, tendenzialmente ne fanno menzione soltanto nella motivazione, utilizzando il dispositivo per pronunciarsi solamente sul singolo ricorso. Inoltre, i casi simili generalmente non vengono sospesi¹⁰². La conseguenza dal punto di vista pratico è che l’art. 61 del Regolamento della Corte, che disciplina la procedura di sentenza pilota, non le prende in considerazione né per quanto riguarda per la necessità di trattamento prioritario, né per quel che concerne la fase preventiva sulla partecipazione delle parti invitate ad esprimere una opinione sulla eventuale adozione della procedura, alla pari delle sentenze pilota in senso stretto, nonostante la distinzione sia tutt’altro che agevole¹⁰³.

La *ratio* delle cosiddette sentenze quasi-pilota secondo autorevole dottrina sarebbe da ricercare nell’esigenza di sviluppare e consolidare la prassi di identificazione di problemi strutturali, senza rinunciare alla natura dichiarativa delle decisioni della Corte; inoltre, pare maggiormente conferente alle finalità indicate nella Risoluzione 3 del 2004: “aiutare gli stati”, in una accezione ampia che non necessariamente deve culminare nell’utilizzo del dispositivo per il riferimento alle misure generali, circostanza che rivelerebbe la natura certamente più prescrittiva dell’obbligo.

¹⁰² Ancora, il caso *Xenides - Arestis c. Turchia*, cit. rappresenterebbe una eccezione anche da questo punto di vista. Il caso *Lukenda c. Slovenia*, sentenza del 6 settembre 2005 ric. n. 23032/02, sarebbe da annoverare in questa categoria, in ragione della mancata previsione della sospensione e della dicitura pilota, nonostante la previsione di misure generali nel dispositivo.

¹⁰³ Sul punto, cfr., LEACH P., *No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court's developing approach to remedies*, in A. Føllesdal, B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*(Studies on Human Rights Conventions), Cambridge, 2013, pp. 142 e ss.

Tali decisioni, in una prima fase almeno, si limitano ad identificare un difetto nell'ordinamento interno e a raccomandare alle autorità interne di mantenere la normativa interna conforme alla Convenzione¹⁰⁴.

3.4.2 *Tertium genus*

In questa terza categoria residuale piuttosto eterogenea ed indeterminata¹⁰⁵ è possibile ricomprendere vari tipi di decisione.

Autorevole dottrina¹⁰⁶ sostiene che nella *species* ricadono quelle decisioni che fanno riferimento esplicito all'obbligo di cui all'art.46: anche in questi casi i giudici di Strasburgo non rinunciano alla formula di rito sul valore dichiarativo delle sentenze della Corte e sulla eccezionalità dell'indicazione delle misure rimediali. La circostanza che rileva è che tali "eccezioni" non si limitano più ai casi in cui, contestualmente, viene messa in evidenza l'esistenza del problema strutturale (sentenze pilota e quasi-pilota), ma riguardano anche casi isolati e non, dunque, soltanto violazioni reiterate della medesima norma convenzionale¹⁰⁷.

Nell'ambito di tale categoria è possibile ricomprendere anche quelle sentenze che, al contrario di quelle appena descritte, pur non riferendosi esplicitamente all'art. 46 della Convenzione, individuano, però, una violazione *continuata* connessa ad un sottostante problema strutturale: alcuni autori le identificano con quelle sentenze che hanno preceduto la prassi della sentenza pilota (decisioni di cui *infra*) e attraverso le quali la Corte aveva mostrato una certa attenzione per il numero di ricorsi in relazione ad una determinata violazione in un dato ordinamento, che non potevano più definirsi la conseguenza di una violazione isolata, quanto, piuttosto il riflesso di una *continuing*

¹⁰⁴ Si veda, ad esempio, il caso *Eylem Zengin c. Turchia* (sentenza del 9 ottobre 2007, ric. n. 1448/04) sul sistema educativo turco, trovato fallace nel non rispettare le convinzioni religiose degli aderenti all'Alevismo: benché i giudici di Strasburgo statuiscano che l'obbligo portare la normativa turca in conformità alla Convenzione rappresenti una adeguata forma di compensazione, nel dispositivo viene ribadito il valore esclusivamente dichiarativo delle sentenze, giacché il riscontro della violazione è considerato di per sé un rimedio soddisfacente. Tale circostanza non rappresenta una tendenza consolidata, ma nell'evoluzione successiva della prassi è possibile riscontrare un approccio improntato ad una maggiore prescrittività e specificità per quanto riguarda l'estensione dell'obbligo in capo allo Stato convenuto agli aspetti consequenziali dell'accertamento. Per una analisi dettagliata sull'evoluzione del linguaggio della Corte verso una maggiore prescrittività in riferimento alle misure rimediali generali, si veda *infra* cap.2.

¹⁰⁵ cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 26.

¹⁰⁶ cfr. SICILIANOS A. *The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments: Recent Developments Under Article 46 ECHR*, 2014, Netherlands Quarterly of Human Rights, 32, 3, p. 242

¹⁰⁷ Caso *Grudic c. Serbia*, sentenza del 17 aprile 2012, ric. n., 31925/08.

situation da ricercare in una prassi interna incompatibile con la Convenzione, che non era stata ancora risolta e contro la quale i ricorrenti non disponevano di un adeguato rimedio interno¹⁰⁸.

3.5 L'inquadramento della procedura nella prassi giurisprudenziale precedente: evoluzione e non rivoluzione. Premessa

Sia la Convenzione che la Corte furono create per occupare un ruolo sussidiario nella protezione dei diritti umani rispetto agli Stati Parti¹⁰⁹: coerentemente con tale prospettiva, la Corte si è storicamente limitata a decidere ricorrendo generalmente alla tipologia di sentenza di accertamento, caratterizzata da un approccio focalizzato alle circostanze del caso concreto e i cui effetti rimangono circoscritti al valore dichiarativo sull'esistenza di una violazione, previo esaurimento dei rimedi interni, secondo quanto disposto dall'art.13 della Convenzione, espressione del principio di sussidiarietà procedurale¹¹⁰(la discrezionalità degli Stati nella scelta dei mezzi per l'esecuzione di tali sentenze, è l'altro aspetto della sussidiarietà in senso sostanziale). Se si accettasse questo modello come l'unico possibile, non rientrerebbe nelle competenze della Corte giudicare sulla compatibilità degli ordinamenti interni alla Convenzione, né, tantomeno, della validità/invalidità degli atti interni a portata generale.

¹⁰⁸ Ci si riferisce, in particolare, all'apparentemente irrisolvibile problema dell'eccessiva durata dei processi nell'ordinamento italiano, identificato dalla Corte nella sentenza *Bottazzi c. Italia*, del 28 luglio 1999, ric. n. 34884/97, nella quale, va detto, i giudici ancora non ricorrevano alle formulazioni lessicali che caratterizzeranno successivamente la prassi delle sentenze pilota: non c'è riferimento, ancora, alla *sistematicità* della violazione o alla *strutturalità* del problema. Alla sentenza *Bottazzi*, seguirà, per quanto riguarda l'adeguatezza del rimedio interno introdotto con la legge Pinto e le modalità nelle quali viene applicata dai giudici nazionali, la sentenza *Scordino(infra)*, per quanto riguarda la parte dedicata alla violazione strutturale di cui all'art. 6 par.1. Altra sentenza inquadrabile in questa categoria è *Kudla c. Polonia*, del 26 ottobre 2000, ric. n. 30210/96, anch'essa precedente alla prassi delle sentenze pilota ed emanata in relazione al problema dell'eccessiva durata dei processi civili in Polonia; anche in questa decisione, i rilievi dei giudici sono analoghi a quelli già fatti nel precedente caso *Bottazzi*, con una riflessione aggiuntiva di particolare importanza: mettono in evidenza, infatti, come il problema della eccessiva durata fosse generalmente diffuso in vari Stati del Consiglio d'Europa, come a voler conferire valore *erga omnes de facto* alle proprie sentenze.

¹⁰⁹ *Handyside c Regno Unito*, sentenza del 7 dicembre 1976, ric. num. 5493/72, para. 48:” The machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national system safeguarding human rights [...] by reason of their direct and continuous contact with vital forces of their countries, their Authorities are in principle in the better position than international judge”; inoltre: “(the Convention) was designed primarily to place under international protection some basic or common rights presumably recognized by the domestic law of member states”: cfr. DREZEMCZEWSKI A., *European Human Rights Convention in Domestic Law: a Comparative Study* 2, 1983, p. 6.

¹¹⁰ Cfr., SACCUCCI A., *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione “sussidiaria” delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, cit., p. 271.

È indubbio che lo sviluppo della procedura di sentenza pilota rappresenti una innovazione nel modo di decidere della Corte per la capacità di combinare elementi di giustizia individuale e generale¹¹¹: se ne sono analizzate le ragioni relative all'esigenza deflativa dell'attivismo giudiziale in senso procedurale¹¹², si è fatto riferimento agli elementi di novità rispetto al passato.

Nonostante questo, è possibile riscontrare degli elementi di continuità¹¹³ in relazione ai due aspetti principali della sentenza: l'accertamento della violazione e la previsione delle conseguenze.

Ben prima della sentenza *Broniowski*, la Corte aveva messo in evidenza la possibilità che la violazione potesse avere la sua fonte in un atto di portata generale, ritenendosi, allo stesso tempo, comunque incompetente a valutarne la compatibilità con la Convenzione, oltre ad aver sempre affermato di non avere alcuna competenza ad interferire con le normative degli Stati in modo diretto, annullando o modificando disposizioni interne. Questa impostazione appare in linea con i principi di diritto internazionale classico, secondo i quali gli atti delle organizzazioni internazionali sono validi ed effettivi nella misura in cui esistono le rispettive competenze.

La circostanza che la Corte dovesse comunque muoversi sulla linea del paradigma "good law - bad decision"¹¹⁴, non le ha mai del tutto precluso, di fatto, di pronunciarsi su quella che inevitabilmente finiva per dover essere presa in considerazione come la causa sottostante alle decisioni del giudice interno, le cui conclusioni viziate del

¹¹¹ Sul punto, tra gli altri, Fymys: "The pilot judgments' legal nature reveals features combining individual and general effect in the domestic legal order by extending an individual complaint procedure through elements of judicial review of legislation. [...] is an innovative strategy imposing the Court's judicature on the domestic legislative process. The Court generalizes the legal arguments of its judgment beyond the individual case by issuing a programmed lawmaking obligation to the domestic legislature", cfr. FYRNYS M., *Expanding Competences by judicial lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, cit., p. 1233.

¹¹² Secondo alcuni autori, l'attivismo procedurale in relazione allo sviluppo della procedura pilota può farsi discendere dalla generale accezione della Convenzione come *living instrument*, che non riguarderebbe solamente, dunque, i diritti sostanziali. Secondo un indirizzo contrapposto, non si tratterebbe di interpretazione evolutiva ma di vera e propria innovazione, in quanto non è possibile riscontrare alcuna volontà dei redattori della Convenzione nel 1950, né nei successivi Protocolli che hanno modificato le norme di riferimento, di mutare la natura di accertamento delle sentenze. Cfr. MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, in H. HARTIG (ed.), *Trente ans de droit européenne de droit de l'homme, études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, 2007, pp. 177 e ss., ZANGHI' C., *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, cit., p. 49.

¹¹³ Di quest'avviso, tra gli altri, Wallace, secondo il quale "the component parts of the pilot judgment procedure are not innovative", cfr. WALLACE S. *Much Ado for nothing? The Pilot judgment Procedure at the European Court of Human rights*, cit., p. 71.

¹¹⁴ "the inadequacy of this approach became finally evident with the new arrivals into the CoE system where it clearly appeared that many problems were not so much due to the occasionally erring Courts but rather have to do with the substance of the laws themselves. The hypocrisy of the traditional good law - bad decision could no longer be maintained with a straight face", cfr. SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, 2009, 9, n.3, p. 414.

ragionamento erano da ricercare nella legge stessa: in varie circostanze in cui le violazioni della Convenzione risultavano dal contenuto dell'atto legislativo interno e non solo da una sua applicazione scorretta da parte dei giudici interni o della pubblica amministrazione, la Corte non ha esitato ad identificare quale fosse l'origine reale ed effettiva della violazione individuale¹¹⁵.

Come la Corte ha osservato più volte, “gli Stati contraenti nel ratificare la Convenzione si impegnano ad assicurare che i loro ordinamenti interni siano compatibili con quello della Convenzione”: l'identificazione di una violazione di natura legislativa sembra particolarmente rilevante, nel momento in cui tale incompatibilità può potenzialmente generare una ripetitività dei ricorsi da parte degli individui al sistema di tutela convenzionale per la medesima violazione¹¹⁶.

3.5.1 L'accertamento della violazione come momento rilevante ai fini dell'obbligo ex art. 46 par. 1

Prima di affrontare l'analisi sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, che consente di contestualizzare la prassi delle sentenze pilota, è necessario preliminarmente sottolineare come tutte le questioni interpretative inerenti il portato normativo dell'art. 46 sull'obbligo di esecuzione delle sentenze vengono risolte attraverso il ricorso alle norme e ai principi ermeneutici della Convenzione di Vienna in materia di interpretazione dei trattati: in considerazione della formulazione particolarmente laconica del suddetto articolo che consente una pluralità di opzioni interpretative, le soluzioni adottate sulla base di una prassi applicativa (dalla quale desumere un accordo tra le parti in materia di interpretazione) rappresentano una precisazione dell'obbligo in questione¹¹⁷.

¹¹⁵ cfr. caso *Marekx*, cit., par. 26 -27:” article 25....of the Convention entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in the absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it”.

¹¹⁶ Bisogna aggiungere, inoltre, che ben prima che si sviluppasse la prassi della procedura pilota, attraverso una serie di decisioni la Corte avesse già indotto vari Stati a modificare la propria normativa interna, esplicitamente o implicitamente in risposta a quanto stabilito nella sentenza di cui erano parte convenuta: tale circostanza può essere considerata la prova dell'accettazione nella prassi esecutiva che l'ambito applicativo delle decisioni dei giudici di Strasburgo potesse andare oltre la semplice condanna del provvedimento a portata individuale di un'autorità interna; sul punto, *infra*.

¹¹⁷ Sulla prassi *infra legem*, cfr. BARTOLE S., DE SENA . P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 746.

Non sarà la sola prassi della Corte a rilevare - benché particolarmente significativa in considerazione di quanto disposto dall'art. 32 della Convenzione sulla competenza all'interpretazione e alla applicazione della Convenzione - ma anche la prassi degli Stati in fase di esecuzione e quella del Comitato in fase di controllo.

A) La prassi della Corte: il principio della valutazione in concreto come mero atteggiamento di *self-restraint*.

In linea di principio, se l'azione è stata introdotta da un ricorrente che si ritiene vittima di una violazione, la Corte non può pronunciarsi in astratto sulla compatibilità di una norma con la Convenzione, ma deve valutare se l'applicazione in concreto della norma generale sia in contrasto con la Convenzione.

Generalmente la Corte si limita a dichiarare nel dispositivo l'esistenza o la inesistenza della violazione lamentata dal ricorrente; a volte individua il provvedimento statale (a portata individuale) di cui valuta la compatibilità con le norme della Convenzione. Per quelle volte che non lo fa, è, quindi, necessario ricorrere alle motivazioni della sentenza per individuare il comportamento statale contrario alla Convenzione¹¹⁸.

Si può evidenziare immediatamente come la valutazione della Corte sulla situazione interna a portata individuale rientri senza dubbio nell'ambito oggettivo del giudicato (indipendentemente della sua collocazione nel dispositivo o nella motivazione). Bisogna verificare se è anche l'unico tipo di valutazione che può compiere.

B) L'Atto interno a portata generale rileva direttamente, indipendentemente dall'adozione del provvedimento individuale.

Quello che però rileva ai fini dello studio che si intende effettuare è comprendere quale efficacia possa riconoscersi a determinati profili dell'accertamento che esulano dal provvedimento individuale.

In alcuni casi, infatti, l'accertamento della violazione non può prescindere dalla valutazione di situazioni interne a portata generale quali normative interne, lacune

¹¹⁸ Il problema della rilevanza della motivazione ai fini dell'individuazione dell'obbligo ex art 46 è strettamente legato alla questione dell'ampiezza del giudicato delle sentenze internazionali, tanto dibattuta in dottrina. Non ci si soffermerà sul punto più del necessario, rinviando per una sua ricostruzione e una analisi dettagliata delle posizioni al par. 4.

legislative, prassi giudiziali e amministrative nei confronti delle quali il ricorrente lamenta una violazione di un proprio diritto come garantito dalla Convenzione, indipendentemente dalla concretizzazione in un provvedimento individuale.

Bisogna verificare, dunque, se tali valutazioni rientrano o meno nell'ambito oggettivo del giudicato, tanto da risultare rilevante ai fini dell'obbligo posto a carico dello Stato di conformarsi alla sentenza o se sia necessario attenersi al "principio della valutazione in concreto della prassi e delle norme interne", secondo il quale, se il procedimento trae origine da un ricorso individuale, la Corte deve limitarsi all'esame del caso concreto.

Parte della dottrina tende ad escludere che le valutazioni attinenti a situazioni interne a portata generale, in quanto non rientranti nell'oggetto della causa, possano essere comprese nell'ambito di esecuzione della sentenza. Secondo questa impostazione, dunque, le eventuali misure a carattere generale adottate dagli Stati responsabili non costituirebbero esecuzione dell'obbligo di cui all'art. 46, par. 1 della Convenzione, ma rappresenterebbero solo misure volontariamente adottate per evitare ulteriori condanne¹¹⁹.

Ma, al di là della posizione dottrinale abbracciata sull'ampiezza del giudicato (su cui, *infra* par.4), bisogna verificare se è possibile estrapolare dalla prassi della Corte alcuni casi in cui, in deroga a tale principio, i giudici di Strasburgo mostrano l'intenzione di estendere il giudicato alle valutazioni sugli atti interni a portata generale nei termini di un giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione; verificare, poi, se tale prassi venga confermata da quella degli Stati e del Comitato dei Ministri: una risposta positiva in tale senso consentirebbe di sostenere come la giurisprudenza relativa alle sentenze pilota ritrovi connotati ben individuabili - almeno in riferimento all'accertamento della violazione - in una giurisprudenza pregressa consolidata.

Per sostenere la legittimità della prassi è, però, necessario stabilire preliminarmente se il limite stabilito dal "principio della valutazione in concreto" visto in precedenza abbia natura normativa: in un primo momento tale limite fu individuato dalla stessa Corte

¹¹⁹cf. VERHOEVEN J., *A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984, p. 285; ZAGREBELSKY V, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Comunità Internazionale*, Napoli, 2003, 7, p 111.

negli articoli 19 e 25 (attuale articolo 34) della Convenzione¹²⁰; secondo autorevole dottrina¹²¹, in realtà, tali norme non sarebbero idonee a rintracciare un limite alla competenza della Corte a pronunciarsi su atti interni a portata generale, in considerazione del fatto che gli art. 19 e 32 sembrano delineare la competenza in termini molto più ampi. La seconda disposizione, in particolare, estende la competenza in generale all'interpretare e all'applicazione delle norme della Convenzione e dei suoi protocolli a tutti i ricorsi che le vengono presentati alle condizioni di ricevibilità stabilite dall'art. 34: in base al dato testuale di tale articolo, la condizione per il singolo di adire la Corte risiede nella sua capacità di affermare di essere vittima di una violazione subita per un comportamento imputabile ad una delle Alte parti contraenti. In una accezione estensiva del concetto di vittima, si ritiene che tale norma si limiti solamente ad escludere che i privati dispongano di una sorta di *actio popularis*, stabilendo che il ricorrente sia legittimato ad adire la Corte solo in presenza di uno specifico interesse, ma non limita in alcun senso la competenza della Corte a pronunciarsi su situazioni interne a portata generale ove tale individuo rientri nell'ambito soggettivo di applicazione della norma statale in qualità di "vittima potenziale".

L'inesistenza della natura normativa del limite a prendere in considerazione situazioni interne a portata generale viene successivamente confermata in modo inequivoco dalla sentenza della Corte sul cosiddetto *caso linguistico belga*¹²², nel quale, pur traendo origine il procedimento da un ricorso individuale, la Corte dichiarò - nel dispositivo - la non conformità della normativa interna - in particolare dell'articolo 7 par. 3 della legge belga del 2 agosto 1967- alle norme della Convenzione; la conferma dell'inesistenza di tale limite viene conferita dalla mancanza di contestazioni da parte dello Stato

¹²⁰ *De Becker c. Belgio*, sentenza del 27 marzo 1962, par. 14, nella quale la Corte afferma chiaramente la sua incompetenza a statuire astrattamente sulla compatibilità di una certa normativa interna con le disposizioni della Convenzione, dovendo limitare il suo giudizio soltanto alla applicazione in concreto di tale normativa come possibile causa di una violazione a carico del ricorrente di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. Valutazioni simili possono ritrovarsi anche in *Marckx c. Belgio*, cit., par. 58, benché, dopo aver espresso tale principio, la Corte abbia riconosciuto che le proprie sentenze possano finire *inevitabilmente* con l'occuparsi di questioni che vanno oltre lo specifico caso del ricorrente.

¹²¹ Sul punto, *infra* cap. 2.

¹²² Caso «*relativo a certi aspetti del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio*» c. *Belgio*, sentenza del 23 luglio 1968.

convenuto, il quale, in caso contrario, avrebbe messo in discussione la legittimità dell'operato della Corte¹²³.

D'altronde, come specificato dalla stessa Corte, ci sono casi in cui, mancando uno specifico provvedimento individuale in applicazione della normativa interna o della prassi amministrativa o giurisprudenziale, la violazione discende dall'esistenza stessa della norma: quindi, la limitazione dell'oggetto formale della causa ai soli profili individuali non è sempre possibile. Il principio della valutazione in concreto, dunque, più che corrispondere ad un limite normativo della competenza della Corte, sarebbe il riflesso di un indirizzo giurisprudenziale votato al *self restraint* da parte della Corte che evita - per quanto possibile - di pronunciarsi su situazioni interne a portata generale¹²⁴, cercando di limitarsi ai soli profili individuali riguardanti il ricorrente.

Tale indirizzo può essere perciò disatteso qualora la Corte ritenga inevitabile occuparsi di questioni che vanno oltre lo specifico caso del ricorrente¹²⁵, pur lasciando allo Stato la scelta dei mezzi da utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per eseguire l'obbligo che discende in capo ad esso dall'art. 46 par. 1. In questo modo, ha affermato implicitamente che, anche nei confronti delle sentenze che hanno ad oggetto la valutazione delle normative interne, sussiste l'obbligo di conformarsi alle sue decisioni, e che, di conseguenza, anche tali valutazioni sono da considerarsi rilevanti per gli Stati parti della causa all'esecuzione ex art. 46 par. 1.

Malgrado le possibili "preoccupazioni oratorie" dei giudici di Strasburgo, è fuor di dubbio che, in casi del genere, compiano un controllo astratto sulla compatibilità. Il risultato è chiaro: per lo Stato soccombente viene in rilievo la necessità di modificare la normativa capace di causare una ingerenza permanente nei confronti della posizione

¹²³ In realtà il Governo Belga, nelle obiezioni preliminari sostenne che la questione dovesse ricadere nell'ambito del *dominio riservato* alla sovranità statale: la Corte replicò all'obiezione sostenendo che la Convenzione e i suoi Protocolli hanno ad oggetto le stesse materie che solitamente ricadono nell'ambito di competenza degli Stati parte, e rappresentano obblighi internazionali finalizzati a definire certi *standard* di protezione dei diritti alla cui osservanza sono tenuti gli Stati parti in relazione ai soggetti sottoposti alla loro giurisdizione, con la conseguenza che anche le normative nazionali vengono sottoposte alla supervisione della Corte e della Commissione. Sul punto, cfr. FROWEIN E., *The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights*, cit., p. 62.

¹²⁴ Tale esigenza viene espressa nella sentenza *Deweert c. Belgio*, sentenza del 27 febbraio 1980, par. 40.

¹²⁵ Principio stabilito nel caso *Marckx c. Belgio*, cit., par. 25, nella quale la Corte si impegna a chiarire la portata della sua giurisdizione, successivamente alla premessa di rito sulla propria competenza a giudicare soltanto sull'applicazione in concreto della normativa interna e, quindi, sulla incompetenza a valutarla in astratto: "Admittedly, it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation (...)"

Tale posizione viene ribadita nel caso *Norris contro Irlanda*, sentenza 26 ottobre 1988, par. 50, che richiama il concetto di "inevitabilità" precedentemente formulato proprio in relazione al caso *Marckx*.

soggettiva del ricorrente¹²⁶. Dall'approccio moderato che fa riferimento all'*inevitabilità* come requisito per la valutazione in astratto, la Corte è giunta successivamente a consolidare tale indirizzo in una prospettiva di *normalità*, sostenendo come non abbia mai escluso la possibilità che un testo legislativo potesse essere valutato come causa diretta della violazione della Convenzione¹²⁷.

Tale tendenza giurisprudenziale viene corroborata dal comportamento degli Stati, i quali, nonostante inizialmente contestassero la ricevibilità dei ricorsi individuali adducendo l'inesistenza dei requisiti di vittima in capo al ricorrente, nella fase del procedimento dedicata all'esame del merito della questione, richiedono *esplicitamente* alla Corte di dichiarare la conformità della loro legislazione interna con gli obblighi posti dalla Convenzione: tali richieste hanno consolidato la situazione anche dalla prospettiva degli Stati, facendo rientrare, anche da un punto di vista formale, la valutazione della normativa interna nell'oggetto della causa. È indubbio, quindi, che in questi casi le valutazioni della Corte su una situazione interna a portata generale sono da considerarsi certamente rilevanti ai fini dell'obbligo ex art. 46 par. 1, indipendentemente dalla loro formulazione nel dispositivo.

C) Quando l'accertamento della situazione interna a portata generale non rientra nell'oggetto formale della causa.

Se pare non sorgano dubbi sul fatto che la valutazione sulle situazioni interne a portata generale (quando, in mancanza di uno specifico provvedimento individuale, la violazione consiste nell'esistenza stessa di una norma¹²⁸, o in una lacuna dell'ordinamento¹²⁹) rientra nell'ambito oggettivo del giudicato, indipendentemente dal

¹²⁶ Cfr. COHEN- JOHNATAN, *La fonction quasi constitutionnelle de la cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 1142. Sulle "costanti e dirette" ripercussioni sulla vita privata della vittima in ragione della sola esistenza della normativa interna che criminalizzava i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981.

¹²⁷ *Thlimmenos contro Grecia*, sentenza del 6 aprile 2000, par. 48.

¹²⁸ *Norris c. Irlanda*, sentenza del 26 ottobre 1988, par. 38: la Corte dichiara l'esistenza della violazione dell'art. 8 della Convenzione dopo aver operato una valutazione in astratto della compatibilità con la Convenzione della norma irlandese che puniva le pratiche omosessuali maschili anche se svolte da adulti consenzienti ed in privato di cui il ricorrente ne lamentava l'esistenza indipendentemente da un provvedimento concreto di applicazione, ritenendola per se stessa una ingerenza nella propria vita privata.

¹²⁹ Nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, ai par. 24 -30 la Corte esamina la legislazione olandese e in particolare la compatibilità dell'art 64 del codice penale nella parte in cui non consente la possibilità di sporgere querela per un abuso sessuale subito da una persona maggiore di sedici anni - età per cui era necessaria la querela della vittima oltre quella del rappresentante legale - e che si trova sotto curatela, la Corte dichiara la violazione dell'art 8 ritenendo insufficiente il sistema di protezione garantito dall'ordinamento olandese.

posizionamento nella parte dedicata al dispositivo o nelle motivazioni, è opportuno prendere in considerazione anche i casi in cui la Corte è indotta ad esaminare le situazioni interne a portata generale quando il ricorrente lamenti l'adozione nei propri confronti di un provvedimento individuale, che deriva direttamente dalla corretta applicazione di una norma interna e i casi in cui il provvedimento individuale, pur non essendo conseguenza inevitabile della corretta applicazione di una norma interna, corrisponde comunque ad una prassi amministrativa o giudiziaria *permessa* dall'ordinamento interno.

Occorre chiedersi, infatti, se tali valutazioni sulla compatibilità effettuate dalla Corte - e contenute nella motivazione - siano anch'esse rilevanti ai fini dell'obbligo posto dall'art. 46 par. 1. Solo rispondendo in modo affermativo, sarà possibile sostenere che l'ambito di rilevanza delle sentenze in esame si estende oltre l'oggetto formale della causa.

Analizzando la giurisprudenza su questo aspetto, si nota come sin dall'inizio la Corte si dichiarò incompetente nei casi in cui i ricorrenti richiedevano di ordinare allo Stato responsabile l'adozione di provvedimenti a portata generale, quali l'abrogazione o la modifica di norme interne¹³⁰, dichiarando, come visto in precedenza, la propria volontà di circoscrivere l'esame, *per quanto possibile*, al caso specifico del ricorrente.

L'esame della prassi in questo punto - in materia di accertamento - non può prescindere dal collegamento con la previsione delle conseguenze: in una prima fase, infatti, dietro la formula della mancanza della competenza ad "ordinare" allo Stato responsabile provvedimenti a portata generale, la Corte intendeva comunque affermare ogni volta "implicitamente" (ma inequivocabilmente) che le conseguenze della violazione riguardanti i profili generali dell'accertamento, sulle quali essa non si esprimeva per difetto di competenza, restavano comunque sottoposte all'obbligo contenuto nell'art. 46 par. 1. Riguardo ai profili generali, dunque, lo Stato responsabile della violazione accertata doveva adottare misure il cui contenuto non era indicato dalla Corte ma la cui riconducibilità al par. 1 dell'art. 46 era affermata dalla stessa Corte¹³¹.

In una fase successiva la posizione della Corte si è ulteriormente evoluta attraverso decisioni che, oltre a pronunciarsi sulla compatibilità della situazione interna a portata

¹³⁰ *Pauwels c. Belgio*, sentenza del 26 maggio 1988, par. 41.

¹³¹ BARTOLE S., DE SENA . P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. pag. 749.

generale con le norme della Convenzione, *expressis verbis* affermano che l'art. 46 può comportare l'adozione di misure generali: su tale aspetto ci si soffermerà *infra*.

Anche dall'esame della prassi attuativa di cui all'art. 46 par. 1, si evince che gli aspetti generali dell'accertamento, anche quando non rientrano nell'oggetto formale della causa per la presenza di un provvedimento interno che funge da "schermo" e si interpone tra la Corte e l'ordinamento statale, vengono in ogni caso considerati rilevanti. Sia gli Stati che il Comitato dei Ministri hanno quasi sempre ritenuto necessaria, infatti, l'adozione delle misure generali, mostrando di non fare distinzione, al momento dell'esecuzione dell'obbligo, tra i casi in cui la situazione interna a portata generale rientra nell'oggetto formale della causa e i casi in cui non è compresa: hanno considerato, dunque, le valutazioni in merito effettuate dalla Corte rilevanti in ogni caso, traendone le opportune conseguenze¹³².

Spostando l'ambito della discussione sul piano dottrinale, se si aderisse all'indirizzo tradizionale che riconosce efficacia di cosa giudicata al solo dispositivo delle sentenze internazionali¹³³, si dovrebbe escludere efficacia vincolante a qualunque valutazione compiuta dalla Corte che esuli dalla qualificazione come illecito di un determinato comportamento statale a portata soggettiva limitata, soprattutto se formulata nelle motivazioni.

Si chiarisce fin da ora che si intende, invece, aderire all'orientamento dottrinale che riconosce uno stretto collegamento tra ampiezza del giudicato e funzione assegnata dall'ordinamento alle sentenze di un determinato tribunale¹³⁴, rinviando ad una successiva trattazione le conseguenze che è necessario trarre in termini di efficacia della sentenza (*infra* par. 4). In questa sede ci si limita a sostenere che, se nell'ambito di uno specifico sistema convenzionale gli Stati (anche attraverso la prassi esecutiva) attribuiscono alla Corte di riferimento una funzione più ampia rispetto a quella di dirimere le controversie loro volontariamente sottoposte dagli Stati (come potrebbe essere quella di garantire il rispetto del diritto oggettivo in generale e non solo quello delle singoli posizioni giuridiche soggettive in causa), il contenuto vincolante delle

¹³² Per una adeguata rassegna relativa all'esecuzione, benché a titolo esemplificativo, si veda BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 748.

¹³³ Cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 13 n. 7.

¹³⁴ PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. p. 20.

sentenze può estendersi anche oltre i limiti tracciati dall'oggetto formale della controversia.

Se, inoltre, si prende in considerazione quella che, ad avviso dei giudici di Strasburgo, è la reale funzione della Corte (come si è proverà a fare *infra cap.3*), pare proprio che, venendo in rilievo l'interesse generale al mantenimento dell'ordine pubblico europeo¹³⁵ oltre l'interesse del singolo ricorrente, si debba riconoscere alle sentenze una efficacia vincolante oltre l'oggetto formale della causa: il carattere volontaristico che connota l'attività giudiziaria della Corte non riguarda, quindi, soltanto l'esistenza e l'ambito della sua competenza ma anche il contenuto vincolante del prodotto della sua attività, la sentenza, strettamente correlato alla funzione e agli scopi che gli Stati le hanno assegnato.

3.5.2 La previsione delle conseguenze della violazione: evoluzione della prassi

Ai sensi dell'art. 46 CEDU, gli Stati sono tenuti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie di cui sono parte, e a porre termine alla violazione della Convenzione constatata dalla Corte nel caso di specie. Alle sentenze della Corte è, dunque, attribuita autorità di cosa giudicata¹³⁶.

Lo Stato soccombente in giudizio tenuto a conformarsi alla decisione, deve porre in essere tutte le misure necessarie: a tal fine, quindi, è tenuto innanzitutto a far cessare la causa della violazione; ad eliminare, poi, le conseguenze degli effetti di tale violazione per quanto il proprio ordinamento lo renda possibile; dovrà, infine, fare in modo che tale violazione non abbia a ripetersi.

Un obbligo di *restitutio in integrum* grava, pertanto, sulle autorità interne: ma il dovere di esecuzione ex art. 46 è configurato come un obbligo di risultato; la sentenza lascia allo Stato la libertà nella scelta dei mezzi da utilizzare nell'ordinamento nazionale per

¹³⁵ Cfr. *Loizidou c. Turchia*, sentenza del 18 dicembre 1996, ric. n. 15318/89.

¹³⁶ Tale obbligo comprende anche quello di conformarsi alle interpretazioni delle disposizioni della Convenzione data dalla Corte in riferimento al caso di specie, in considerazione della competenza esclusiva attribuita ai giudici di Strasburgo di cui all'art. 32.

dare seguito a quanto disposto dalla sentenza, in coerenza con la natura dichiarativa delle pronunce della Corte¹³⁷.

Lo Stato è, in linea di principio, libero di scegliere i mezzi sia di carattere individuale che generale¹³⁸, al di là dei confini del caso specifico, necessari all'esecuzione della sentenza: la finalità è quella della cessazione della violazione e della prevenzione di situazioni identiche¹³⁹.

Unica eccezione espressamente prevista è quella riguardante le sentenze emanate in base all'art. 41 della Convenzione, che consente ai giudici di accordare un'equa soddisfazione alla parte lesa qualora il diritto interno della Parte contraente responsabile non permette di riparare, se non in modo incompleto, le conseguenze della violazione di cui si è constatata la responsabilità¹⁴⁰.

L'art. 41, però, come può evincersi dalla sua formulazione letterale, prevede un obbligo sussidiario, contemplato per i casi in cui la natura della lesione e il tipo di violazione non consentano alcuna possibilità di *restitutio in integrum*.

Analizzando la giurisprudenza, la Corte, fino ad un certo punto, ha considerato la disposizione contenuta nell'art. 41 come l'unica norma sulla quale fondare la propria competenza a pronunciarsi sulle conseguenze della violazione accertata, giacché trova il suo fondamento nella volontà degli Stati, espressamente manifestata¹⁴¹, rifiutandosi, dunque, di pronunciarsi sulle conseguenze della violazione accertata che non riguardassero direttamente ed esclusivamente il soggetto ricorrente.

L'”equa soddisfazione”, inoltre, è sempre stata interpretata dalla Corte in accezione restrittiva come riparazione pecuniaria, sebbene parte della dottrina¹⁴², in ragione della

¹³⁷ Alla Corte fu inibito, fin dall'inizio, il potere di annullare una normativa nazionale, che avrebbe significato il riconoscimento di un effetto diretto alle sentenze negli ordinamenti interni. Tale posizione risulta dai Lavori preparatori alla Convenzione e viene confermata da tutte le modifiche introdotte successivamente che non hanno apportato variazioni in proposito; più approfonditamente, sul punto, *infra* cap. 3.

¹³⁸ Nel caso *Marckx c. Belgio*, cit., par. 58, pur superando il paradigma *good law - bad decision*, i giudici ribadiscono, in ogni caso, che “the Court’s judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be used in its domestic system for performance of its obligation under article 53 (ora 46)”.

¹³⁹ Cfr., BARTOLE S., DE SENA . P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 752 e ss.

¹⁴⁰ VITERBO A., *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, cit. p. 95.

¹⁴¹ Questa regola generale del diritto internazionale vale anche per il sistema convenzionale e la Corte che ne fa parte. Sebbene le questioni sottoposte alla Corte si discostino dallo schema classico delle controversie del diritto internazionale classico - estendendosi il concetto di parte lesa all'individuo in quanto tale indipendentemente dallo status di cittadino -, la circostanza che uno Stato, ratificando la Convenzione europea abbia accettato la giurisdizione della Corte, non vuol dire che le riconosca la competenza a pronunciarsi in ogni caso sull'insieme delle conseguenze di una eventuale violazione degli obblighi convenzionali.

¹⁴² Sul punto, più approfonditamente, *infra* cap. 2.

formulazione generica utilizzata, non abbia escluso la possibilità che potesse consistere di qualsiasi forma riparatoria differente dalla *restitutio in integrum*, compresa l'eventuale ingiunzione allo Stato responsabile di adottare specifiche misure anche non pecuniarie. In questo modo, tutte le istanze dei ricorrenti che miravano all'ottenimento di specifiche misure di carattere individuale dallo Stato responsabile¹⁴³ che esulassero dalla natura meramente pecuniaria, venivano respinte.

A partire dagli anni novanta si può riscontrare una evoluzione della prassi della Corte, che ha iniziato ad assumere una posizione sempre più determinista¹⁴⁴. La Corte ha innanzitutto affermato che, a fronte di un'accertata violazione della Convenzione, l'obbligo principale a carico dello Stato è proprio quello di eliminare le conseguenze in forma specifica, laddove possibile, mentre il pagamento dell'equa soddisfazione deve considerarsi di natura sussidiaria rispetto alla *restitutio in integrum*. Il pagamento dell'equo indennizzo non assolve quindi lo Stato dal suo dovere di adottare misure individuali a favore dell'individuo per porre fine alla violazione e cancellarne gli effetti. Nella stessa pronuncia *Papamichalopoulos*¹⁴⁵, la Corte ha per la prima volta indicato direttamente, nel dispositivo della sentenza quali fossero le misure idonee a rimuovere la violazione (nel caso di specie si trattava della restituzione della proprietà dei terreni)¹⁴⁶.

Tale approccio, sebbene rappresenti una evoluzione rispetto al passato, non è andato esente da critiche in dottrina: alcuni autori si sono, infatti, espressi in maniera negativa in quanto la Corte sembra porre una facoltà di scelta tra l'una e l'altra forma di obbligazione, mettendole di fatto sullo stesso piano, inducendo, quindi, gli Stati a

¹⁴³ A titolo esemplificativo si vedano *Le Combre, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, sentenza del 18 ottobre 1982, par. 13; *Pakelli contro Germania*, sentenza del 25 aprile 1983, par. 43; *W. c. Regno Unito*, sentenza del 9 giugno 1988, par. 14. Per una ricognizione approfondita dei casi, cfr. BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 750 e PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 68, n. 123.

¹⁴⁴ Per una trattazione più approfondita delle misure rimediali da un punto di vista descrittivo e normativo, *infra* cap. 2.

¹⁴⁵ *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, sentenza del 31 ottobre 1995, Serie A no. 330-B.

¹⁴⁶ Sui casi analoghi, cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 70.

sottovalutare la sussidiarietà dell'obbligo sull'equa soddisfazione rispetto al dovere primario di cui all'art. 46¹⁴⁷.

Dunque, al di là di una formulazione perentoria attraverso l'utilizzo di un linguaggio che farebbe pensare ad un vero e proprio comando, tali indicazioni di provvedimenti individuali di natura non meramente compensativa sembrano privi del carattere dell'obbligatorietà, in considerazione della possibilità a favore dello Stato responsabile di evitarne l'adozione attraverso il pagamento del risarcimento. La Corte si limita, cioè, a mostrare una *preferenza* per la restituzione dei beni, lasciando tuttavia allo Stato responsabile la possibilità di scegliere il risarcimento pecuniario.

Si è visto in precedenza come in molti casi le sentenze della Corte abbiano, già antecedentemente allo sviluppo della prassi delle sentenze pilota, rivelato la contrarietà di situazioni interne a portata generale rispetto alla Convenzione, pur limitandosi nella previsione delle conseguenze, nel rispetto del principio della libertà degli Stati nella scelta dei mezzi per l'esecuzione dell'obbligo ex art. 46 par. 1. Quelli che vengono definiti come "aspetti residuali" delle conseguenze dell'accertamento - ulteriori rispetto alla riparazione della lesione individuale - sui quali la Corte evitava di pronunciarsi per difetto di competenza, pur non sfuggendo all'obbligo ex art. 46 par. 1, venivano soltanto *implicitamente* affermati.

Si è già precisato che, alla richiesta del ricorrente di ordinare allo Stato autore della riscontrata violazione l'adozione di provvedimenti a portata generale quali la modifica o l'abrogazione di una norma interna, la Corte abbia sempre risposto negativamente, dichiarandosi incompetente¹⁴⁸. Anche nei casi in cui venisse riscontrata la contrarietà alla CEDU di un atto interno a portata generale, l'art. 41 riconosce ai giudici la competenza a decidere sulle conseguenze sempre limitatamente agli aspetti individuali inerenti il soggetto leso, permettendole di pronunciarsi solamente sull'equa

¹⁴⁷ Sul punto, CATALDI G., *La natura self executing delle norme della Cedu*, cit., p. 583; inoltre, "nelle sentenze in esame, dunque, la Corte, "ordinando" (*rectius*: raccomandando) agli Stati responsabili di adottare un provvedimento che essa stessa qualifica come *restitutio in integrum*, mostra chiaramente che questa è ancora possibile e che non sussiste, dunque, la condizione fondamentale in presenza della quale essa è competente a pronunciarsi sulla riparazione della violazione. Ciò facendo, la Corte, non soltanto contravviene all'art.41, ma altera la coerenza del sistema di garanzia creato dalla convenzione. [...] Ove la *restitutio* non sia realizzabile, da una parte - sul piano sostanziale del rapporto - verrà meno l'obbligo di realizzarla, dall'altra - sul piano strumentale - sorgerà la competenza della Corte ad accordare all'individuo leso una diversa riparazione. [...] Con le sentenze in esame, invece, la Corte consente la sostituzione degli obblighi (ancora attuabili) più congeniale al reale rispetto dei diritti dell'uomo (cessazione della violazione e *restitutio*), con un obbligo meno gravoso e non sempre consono all'effettivo rispetto di tali diritti: l'indennizzo. Essa finisce, così, col premiare lo Stato che, dopo aver posto in essere un comportamento contrario alla convenzione, rifiuta di porre fine all'illecito", cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 72 e ss.

¹⁴⁸ A titolo esemplificativo: *F. c. Svizzera*, sentenza del 18 dicembre 1987.

soddisfazione che lo Stato è tenuto a corrispondere al ricorrente per i danni patiti a causa della violazione riscontrata. In tutti i casi in cui le richieste dei ricorrenti miravano ad ottenere l'adozione da parte dello stato responsabile di provvedimenti interni a portata generale, la Corte ha respinto le istanze degli individui lesi, rispettosa dei limiti della propria competenza posti dall'art. 41.

Con la sentenza *Scozzari*¹⁴⁹, per la prima volta la Corte ha affermato in modo esplicito che lo Stato responsabile può essere chiamato, non solo a versare somme di denaro come equa soddisfazione, ma anche ad adottare *misure generali* (e individuali), il cui contenuto non è definito dai giudici di Strasburgo, ma la cui riconducibilità all'obbligo di conformarsi alle sentenze ex art. 46 par. 1 è affermato dalla stessa Corte¹⁵⁰. In questo modo, sembra iniziare a restringere la facoltà di scelta dei mezzi da parte dello Stato, affermando che, in ogni caso, questi mezzi devono essere compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza¹⁵¹.

Tale decisione risulta di estrema importanza perché rappresenta un momento di discontinuità rispetto alla giurisprudenza pregressa secondo la quale, mancando la possibilità di una *restitutio in integrum* sulla base dell'ordinamento interno, il ricorrente poteva pretendere soltanto la soluzione dell'equa soddisfazione.

La circostanza che l'indennizzo trovi la sua fonte esplicita nell'art' 41, mentre tale origine convenzionale non è esplicitamente riscontrabile per quanto riguarda le misure individuali né - tantomeno - generali, non ha impedito ai giudici di Strasburgo di

¹⁴⁹ Con parole molto simili si pronuncerà anche successivamente - ma precedentemente all'inizio della prassi delle sentenze pilota - anche nel caso *Mehemi contro Francia*, sentenza del 10 aprile 2003, par. 43.

¹⁵⁰ Inoltre, la Corte inizia a prendere in considerazione i provvedimenti presi dagli Stati parte per dare attuazione all'obbligo ex art 46 con riguardo a sentenze emanate precedentemente, mostrando di considerare le misure a portata generale adottate dagli Stati come riconducibili al suddetto obbligo. sul punto, cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 205 e ss.

¹⁵¹ CATALDI G., *La natura self executing delle norme della Cedu e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, cit. p. 585.

ricorrere per quest'ultime all'art. 46, sebbene il riferimento sia di estrema fragilità, in considerazione della *vaghezza* della sua formulazione¹⁵².

Il riscontro dell'origine della violazione individuale in un atto a portata generale e i suggerimenti in merito alle misure da adottare non trovano, però, ancora collocazione nel dispositivo delle sentenze, demandando interamente alla fase politica della supervisione la delicata questione dell'implementazione. Ed è proprio in ragione della riscontrata riluttanza da parte dei governi nazionali ad eseguire in modo corretto tale tipo di decisioni che, in ragione dell'accumulo dei ricorsi, la Corte ha mutato strategia per garantire l'effettività dell'intero sistema di protezione dei diritti umani, conferendo maggiore autorevolezza alle proprie decisioni attraverso il ricorso al dispositivo, che rappresenta uno degli elementi di maggiore discontinuità della procedura di sentenza pilota rispetto alla prassi precedente¹⁵³.

3.6 Le sentenze pilota: una ricognizione dei casi significativi in relazione alle violazioni maggiormente ricorrenti

A) La violazione dell'art 1 Protocollo 1.

La prima volta che la Corte ha utilizzato la procedura della sentenza pilota è stata in occasione del caso *Broniowski*¹⁵⁴ - che, come abbiamo visto in precedenza - è anche il riferimento utilizzato da Wildhaber per la sua sistematizzazione e categorizzazione degli

¹⁵² Sulla importanza della sentenza *Scozzari* come precedente della giurisprudenza pilota in riferimento all'ingiunzione delle misure generali, tra gli altri, cfr. SERMET L., *L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, cit. p. 876. Anche qui, sulla mancanza di chiarezza in riferimento al fondamento per l'ingiunzione delle misure generali, si vedano gli approcci differenti utilizzati in *Assanidze c. Georgia*, sentenza del 8 aprile 2004, ric. n. 71503/2001, nella quale i giudici, per prescrivere la misura individuale, fanno riferimento all'art 41, in *Broniowski*, dove si riscontra un riferimento congiunto agli art. 41 e 46, e, in *Hutten- Czapska*, invece, solo all'art. 46; sul punto, si veda, in aggiunta, SUDRE F., *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne de droits de l'homme*, cit., p. 921 e ss. Sulla individuazione del fondamento normativo per l'indicazione delle misure di carattere generale attraverso una lettura sistematica delle norme della Convenzione, si veda *infra* cap. 2. In questa sede ci si limita a ricordare come la base giuridica possa essere comunque individuata - al di là della fragilità e della mancanza di chiarezza - facendo ricorso al *principio di acquiescenza*: dall'analisi della prassi degli Stati può riscontrarsi, infatti, soprattutto al di fuori dei problemi strutturali complessi, un certo livello di osservazione del contenuto delle sentenze, circostanza che ha consentito alla Corte di consolidare l'utilizzo alla procedura di sentenza pilota. Sul principio di acquiescenza, si vedano M. DE SALVIA, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle, par la nature de ses arrêts, un véritable tribunal de plein jurisdiction?*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2006, p. 483 e ss., p. 500; PALOMBINO F.M., *La procedura di sentenza pilota nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 101. In riferimento alle misure generali, la relazione tra il modo più o meno specifico in cui la Corte le prescrive e il margine di discrezionalità degli Stati rispondenti in fase di esecuzione, verrà esaminata successivamente, cap. 2. Si rinvia al cap. 2 anche la trattazione sulla cosiddetta *giudizializzazione* del processo politico di supervisione.

¹⁵³GARLICKI L., "*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", cit., p. 183.

¹⁵⁴ Cfr. SWEENEY J. A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, New York, 2013, pp. 118 e ss

elementi. Il caso ha la sua origine in una richiesta di compensazione per lo spostamento forzato di un milione di persone dalla parte orientale della Polonia, divenuto territorio sovietico all'indomani della fine della seconda guerra mondiale (oggi territorio di pertinenza di Lituania, Bielorussia e Ucraina) verso occidente¹⁵⁵: il tipo di compensazione riconosciuta dal governo polacco per questo esproprio *politico* dai tratti *anomali* - in quanto lo Stato non rappresentava la controparte nel perseguimento del pubblico interesse - sarebbe dovuta consistere nella corresponsione di un risarcimento in base alla normativa interna, il quale, però, non era nemmeno lontanamente commisurato al valore del bene.

Sia la Corte suprema che la Corte costituzionale polacche riconoscono l'illegittimità della regolazione statale della questione che riduceva notevolmente le possibilità di ricevere una adeguata forma di compensazione: tale disciplina viene riconosciuta, per questo, contraria alla Costituzione. Ma il riconoscimento delle ragioni da parte dei maggiori organi giudiziari polacchi non migliorano la situazione del signor Broniowski, il quale decide di adire la Corte EDU per la violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Protocollo 1.

La Grande Camera, nella sentenza di merito del 22 giugno 2004, riscontra non soltanto una violazione dell'art. 1 Protocollo 1 nel caso individuale, ma mette in evidenza in modo chiaro come la fattispecie alla base del caso concreto sia parte di un problema più vasto che ha la sua origine “[...]in a *widespread problem* which resulted from a *malfunctioning of Polish legislative and administrative practice* and which has affected and remains capable of affecting a large number of persons”¹⁵⁶, precisamente il gruppo di ricorrenti del fiume Bug. Tale circostanza poteva condurre ad ulteriori ricorsi fondati da parte di altri soggetti nella medesima posizione del signor Broniowski, sovraccaricando il meccanismo di tutela del sistema convenzionale.

Sulla base di quanto già dichiarato dalla Corte costituzionale polacca a proposito dello schema normativo interno, capace di generare una “inammissibile disfunzione

¹⁵⁵ Il caso *Broniowski* fa emergere nel dibattito pubblico la consapevolezza sulla questione numericamente sensibile dell'espropriazione delle proprietà: per alcuni cittadini questa era da attribuire all'occupazione sovietica del suolo polacco, frutto di un accordo territoriale impopolare tra l'Unione Sovietica e la Germania nazista, che rese manifeste l'incapacità del governo polacco nel difendere le posizioni dei propri cittadini e delle forze alleate nel mantenere l'integrità territoriale della Polonia alla fine del secondo conflitto mondiale: tale questione emerge, con un certo carico emotivo, nel dibattito parlamentare sulla legge per il riconoscimento del diritto da un'adeguata compensazione per le espropriazioni subite dai cittadini polacchi al di là del fiume Bug; cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit. p.49.

¹⁵⁶ *Broniowski c Polonia*, cit. par. 189.

sistemica”¹⁵⁷, la Corte conferma come le circostanze di fatto del ricorso rivelino l’esistenza di un limite strutturale all’interno del sistema normativo, che ha come conseguenza il diniego ad una *intera categoria di soggetti* del godimento legittimo di un diritto convenzionalmente garantito. Contestualmente, i giudici della Grande Camera fanno riferimento alla Risoluzione n. 3 del 2004 - adottata poco prima dal Comitato dei Ministri - come *fondamento* della propria decisione.

In considerazione dell’avvenuta identificazione del problema sistemico, per una corretta esecuzione dell’obbligo di cui all’art. 46 par. 1, la Corte indica alle autorità interne la necessità di adottare, oltre le misure individuali a favore del ricorrente principale, anche misure generali con la finalità di indirizzarsi anche all’intero gruppo di potenziali ricorrenti del *Bug river* e ai ricorrenti non privilegiati per i quali, in attesa dell’esecuzione della sentenza, viene sospesa la trattazione del caso¹⁵⁸.

Sebbene la Corte riconosca allo Stato, in linea di principio, una ampia libertà di scelta per quanto riguarda le misure da adottare, in modo ancora più incisivo rispetto al passato, attenua il rigore della prassi giudiziale precedente, quando si asteneva dal pronunciarsi sulle conseguenze della violazione accertata: l’ingiunzione ad adottare misure generali viene collocata - insieme alla identificazione del problema strutturale per quanto riguarda i profili dell’accertamento - nel *dispositivo* della sentenza.

Dunque, la Corte, rinvia alle autorità interne per la soluzione del problema attraverso la predisposizione delle adeguate misure generali¹⁵⁹, aggiungendo la necessità del raggiungimento di un accordo con il ricorrente sulla compensazione: per quanto riguarda il secondo profilo, specifica che tale accordo deve integrare l’interesse privato con considerazioni di pubblico interesse¹⁶⁰. Il *friendly settlement* con il singolo

¹⁵⁷ La sentenza della Corte costituzionale polacca del 19 dicembre 2002, è considerata dalla stessa Corte di Strasburgo quale “landmark ruling on the bug river claims” della sentenza *Broniowski*: i giudici di Strasburgo la prendono come riferimento a conferma di una costruttiva collaborazione tra regime internazionale e nazionale per la protezione dei diritti umani, su cui *infra*, par. 5.

¹⁵⁸ Una lista dei ricorsi sospesi viene comunicata al Comitato dei ministri e al governo polacco; i singoli ricorrenti oltre ad essere informati individualmente del provvedimento, vengono aggiornati sugli sviluppi processuali del *leading case*, incluso il *friendly settlement*.

¹⁵⁹ In apertura di accordo viene statuito a carico del governo polacco “ the obligation under article 46, in executing the principal judgment, to take not only individual measures of redress in respect of Mr. Broniowski but also general measures covering other bug river claimants”

¹⁶⁰ L’accordo si apre infatti con l’indicazione della necessità che i termini dell’accordo tengano in conto “not only interest of individual applicant....but also the interesse and prejudice of complaints in similar applications pending before the court or liable to be lodged with it”.

ricorrente viene raggiunto nel settembre 2005¹⁶¹, mentre i cambiamenti al livello dell'ordinamento interno giungeranno alcuni mesi dopo la sentenza della Grande Camera, quando la Corte costituzionale polacca dichiarerà, con una sentenza del 2004, incostituzionale la nuova versione della legge sui ricorrenti del *bug river* sulla compensazione. Precedentemente, infatti, il governo polacco aveva modificato la previgente normativa attraverso una nuova legge in materia di compensazione, stabilendo il tetto dell'indennizzo per tutti i ricorrenti rimanenti nella misura massima del 15 % del valore del bene espropriato. Solo in seguito alla sentenza della Corte costituzionale, la soglia viene spostata al 20 %¹⁶²: la nuova legge viene approvata nel luglio 2005. Preso atto del nuovo rimedio interno, la Corte EDU decide di chiudere la procedura relativa ai ricorrenti del fiume bug con la pronuncia di rigetto nel caso *E.G. contro Polonia*¹⁶³. Tale decisione segue quelle del 2007, nei casi *Wolkenberg e altri contro Polonia* e *Witkowska-Tobola contro Polonia*, nelle quali la Corte aveva valutato positivamente la misura del 20% del valore del bene espropriato riconosciuta dal governo, soglia giudicata *ragionevole* a fronte delle rimostranze dei ricorrenti che non si ritenevano soddisfatti da tale misura interna.

Il caso *Xenides-Arestis contro Turchia* può essere descritto come l'inevitabile corollario del *leading case Loizidou contro Turchia*, nel quale il ricorrente, residente nella parte sud di Cipro, lamentava una violazione del diritto di proprietà per l'impossibilità continuata di accedere alla propria abitazione situata nella parte nord di Cipro sottoposta al controllo di fatto da parte del governo turco. Dal momento del deposito del ricorso *Loizidou*, ne sono seguiti almeno altri 1500 che avevano ad oggetto la medesima violazione connessa alla stessa situazione di fondo: la prospettiva che si presenta alla Corte è quella di doversi occupare con tutta probabilità del riconoscimento di un numero esorbitante di risarcimenti ex art. 41 CEDU, in considerazione della perdurante

¹⁶¹ Nell'accordo amichevole, la Corte per la prima volta utilizza la formula "*sentenza pilota*" per riferirsi alla decisione nel merito, sottolineando la portata generale della decisione al di là della fattispecie del caso concreto, in relazione alla necessità di risoluzione del problema sottostante. E' importante, dal punto di vista dei giudici di Strasburgo, "have regard not only to the applicant's individual situation but also to measures aimed at resolving the underlying general defect in the polish legal order identified in the principal judgment as the source of the violation found", (*Broniowski*, cit., friendly settlement, par. 37).

¹⁶² cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., pp. 56 e ss.

¹⁶³ E.G. contro Polonia, sentenza del 23 settembre 2008, ric. n. 50425/99.

assenza di un rimedio interno adeguato, che l'avrebbe trasformata in una sorta di "property claims commission"¹⁶⁴ per la zona in questione.

La camera investita del ricorso¹⁶⁵, statuisce che lo Stato destinatario deve introdurre un rimedio adeguato che assicuri un effettiva riparazione non solo per il ricorrente ma che consenta di risolvere in modo definitivo il perdurante problema di accesso alla abitazione - violazione dell'art. 8 - e alla proprietà - violazione dell'art. 1 Protocollo 1 - per quanto riguarda la parte nord di Cipro. Tale rimedio sarebbe dovuto essere predisposto entro tre mesi dalla sentenza, e l'effettiva riparazione nei successivi tre mesi. Queste disposizioni sono inserite nel dispositivo della sentenza e i casi simili sospesi¹⁶⁶. Nonostante le condizioni del caso particolarmente complesse, nella successiva sentenza sull'equa soddisfazione che aveva come parte processuale lo stesso ricorrente, la Corte valuta positivamente il *comportamento* del governo per fornire una soluzione adeguata anche ai ricorrenti sospesi.

Nel caso *Hutten Czapska c Polonia*, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1 Protocollo 1 a causa di un sistema particolarmente restrittivo in materia di affitto, che aveva la sua origine in una normativa adottata precedentemente durante il regime comunista.

La quarta sezione della Corte, valutate le circostanze del caso concreto, rileva l'esistenza di un sottostante *problema strutturale* dell'ordinamento interno: la normativa polacca in materia di affitto imponeva, infatti, ai proprietari un tetto nella fissazione del canone tale da non consentire loro di ricevere un ammontare adeguato ai costi di mantenimento della proprietà stessa.

Il Governo polacco da una parte chiede che la questione sia affidata alla Grande Camera, dall'altra si mostra scettico sull'utilizzo della procedura della sentenza pilota. La Grande Camera, al contrario, rigetta le obiezioni del governo, e propende per l'utilizzo di tale procedura alla stregua del precedente caso *Broniowski*.

Nella sentenza, la Grande Camera, contestualmente all'individuazione di un *cattivo funzionamento della normativa interna*, stabilisce che lo Stato destinatario deve

¹⁶⁴ MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, cit., p. 187.

¹⁶⁵ Che decide di non rinviare la questione alla grande Camera, così come auspicato dal giudice Zagrebelski nel suo parere parzialmente difforme a margine della sentenza *Hutten- Czapska*, cit.

¹⁶⁶ Considerata la sensibilità della questione e le complicazioni sul piano della politica internazionale sottostanti, le condizioni per una corretta esecuzione della sentenza si presentavano particolarmente difficili. Nonostante presenti tutti i requisiti dal punto di vista sostanziale, manca dal punto di vista formale l'utilizzo della dicitura "sentenza pilota".

prendere tutte le *misure idonee* per assicurare al suo interno un meccanismo che consenta un *bilanciamento corretto* tra le istanze dei proprietari (da intendere come diritto a trarre profitto dalla proprietà) e l'interesse generale della comunità (come disponibilità di alloggi sufficienti per i meno abbienti) in conformità con il principio di protezione del diritto di proprietà conforme *agli standard di tutela garantiti dalla Convenzione* .

Queste direttive vengono incluse nel *dispositivo* della sentenza (sotto forma di obbligo ad adottare misure generali per portare l'ordinamento interno in linea con la Convenzione): i casi simili vengono *sospesi* , nonostante siano soltanto diciotto al momento dell'inizio della procedura (circostanza che denota uno spiccato intento di prevenzione in relazione al problema sistemico in considerazione dell'elevato numero di ricorsi potenziali).

Nella sentenza *Scordino c Italia n. 1¹⁶⁷* , la Prima Sezione della Corte rileva una duplice violazione della Convenzione in relazione all'art. 5 bis della legge dell'8 agosto del 1992 n. 359: in riferimento all'art. 1 Protocollo 1 nella misura in cui prevede, nei casi di espropriazione per pubblica utilità, un indennizzo a favore del soggetto espropriato non commisurato al valore di mercato del bene, in base a circostanze eccezionali ed urgenti (emanate dal governo in corrispondenza della crisi economica del '92).

Con riferimento all'art. 6, la violazione deriva dall'applicabilità della disposizione in modo retroattivo ai processi pendenti, influenzando l'esito di controversie di cui lo Stato è parte processuale come pubblica amministrazione: si manifesterebbe, in questo modo, una indebita ingerenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, contrariamente al principio della preminenza del diritto e alla nozione di processo equo.

In considerazione dell'origine normativa delle violazioni, capace di pregiudicare un numero cospicuo di persone, allo Stato destinatario della sentenza viene richiesto di garantire il diritto dei ricorrenti al rispetto dei beni e ad un giusto processo attraverso l'adozione di misure giuridiche, amministrative, finanziarie per eliminare tutti gli ostacoli all'ottenimento di una equa indennità in ragione del bene espropriato appropriate alla realizzazione rapida ed effettiva del diritto, anche riguardo agli altri richiedenti interessati dal medesimo provvedimento.

¹⁶⁷ *Scordino c. Italia (n.1)* , [GC], sentenza del 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97.

La Grande Camera con sentenza del 29 marzo 2006 conferma sostanzialmente le conclusioni a cui era già pervenuta la Prima Sezione, ma ricorrendo alla espressione “problema strutturale” per definire la normativa interna alla base della violazione, congiuntamente alla necessità di adozione di misure generali idonee a rimuovere gli ostacoli e a predisporre un meccanismo compensativo per l’ottenimento di un indennizzo adeguato¹⁶⁸. Tali valutazioni vengono collocate, comunque, nella parte delle motivazioni. Inoltre, non vengono sospesi i casi simili.

B) Violazione dell’art 6 per eccessiva durata dei processi interni.

Il secondo problema sistemico individuato dai giudici di Strasburgo nel caso Scordino fa riferimento al funzionamento della legge Pinto, emanata per riconoscere un risarcimento danni alle parti in giudizio pregiudicate dall’eccessiva durata dei processi interni¹⁶⁹ : la Corte invita lo Stato a prendere tutte le misure necessarie affinché le decisioni dei giudici interni siano, non solo conformi alla giurisprudenza della Corte, ma che vengano eseguite anche nel termine di sei mesi dal momento in cui vengono depositate. L’approccio successivo della Grande Camera sarà decisamente meno prescrittivo che nel caso Lukenda, sia nella formulazione che pare assumere toni raccomandatori¹⁷⁰ sia per quanto riguarda la circostanza che queste indicazioni non appaiono nel dispositivo. Inoltre, non vengono sospesi i casi simili.

Successivamente alla sentenza della Grande Camera, in ogni caso, la Corte costituzionale si pronuncerà con le sentenze 348 e 349 del 2007, che riconosceranno

¹⁶⁸ *Ibidem*, par. 237.

¹⁶⁹ La legge Pinto viene emanata come mezzo per eseguire la precedente sentenza *Bottazzi c. Italia*, cit. che riconosceva l’eccessiva durata dei processi civili in Italia come inevitabile conseguenza del sistema processuale civile, contro la quale non esisteva un rimedio interno adeguato.

¹⁷⁰ Alcune osservazioni che possono farsi dalle motivazioni della sentenza: al par. 237 nel caso in questione si riscontra un riferimento esplicito letterale alla risoluzione del Comitato per quel che riguarda quella che dovrebbe essere la attività della Corte teleologicamente orientata alla soluzione del problema del sovraccarico: “in order to assist the respondent state....”. Altro aspetto interessante riguarda l’*intonazione* tutt’altro che prescrittiva e specifica in riferimento all’indicazione delle misure generali che lo Stato *dovrebbe* prendere per risolvere il problema legato alla violazione sistemica dell’articolo 1 protocollo 1 : “It considers that the respondent state should above all, remove every obstacle to the award of compensation bearing a reasonable relations to the value of the expropriated property, and thus ensure, by appropriate statute, administrative and budgetary measures that the right in question is guaranteed effectively and rapidly in respect of other claimants affected by expropriation property, in accordance with the principle of protection of pecuniary rights set forth in article 1 Protocol 1 [...]”. Approccio confermato nel successivo par. 238, con riferimento alla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo di cui all’art. 6, nel quale si fa riferimento a quelli che dovrebbero essere i pilastri del sistema convenzionale, inteso come organizzazione internazionale improntata al principio del consenso e la cui esecuzione delle sentenze è demandata ad un controllo politico: “While reiterating that the respondent state remains free, subject to monitoring by the Committee of Ministers, to choose the means by which it will discharge its legal obligation under article 46...and without seeking to determine which measures may be taken by the respondent state in order to comply with its obligation under article 46...”.

alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte un valore sovra-ordinato rispetto alla legge ordinaria nel sistema interno delle fonti¹⁷¹.

Nel caso *Lukenda c Slovenia*, invece, la terza sezione della Corte si è occupata del *backlog* generato dalla eccessiva durata dei processi civili, fonte di oltre 500 ricorsi a Strasburgo. La Corte si è dovuta confrontare, dunque, con un evidente problema strutturale, generato *da un cattivo funzionamento della normativa e da una diffusa inefficienza nell'amministrazione della giustizia*, cause di una *reiterata violazione* del diritto ad un equo processo di cui all' art.6, combinata con la mancanza di un rimedio interno adeguato di cui all' art. 13 contro l'eccessiva durata del processo.

Per prevenire futuri ricorsi derivanti dalla medesima violazione, la Corte, ricorrendo al dispositivo, invita lo Stato destinatario a modificare l'attuale sistema dei rimedi normativi o ad aggiungerne dei nuovi per assicurare in modo effettivo la riparazione per la violazione di tali diritti¹⁷². In questo caso, contrariamente all'*ideal-tipo* di sentenza pilota evidenziato in precedenza, manca la *sospensione* dei casi simili.

C) Violazione art. 6 per la mancanza di un rimedio interno.

*Caso Sejdovic c Italia, Prima sezione (e successivo mutamento di posizione della Grande Camera rispetto alla Prima Sezione)*¹⁷³ .

Il ricorrente subisce una condanna in contumacia nel 1992 senza avere la possibilità di presentarsi in giudizio per esercitare il proprio diritto di difesa. Lo svolgimento del processo in assenza dell'imputato, si basava su una presunzione di evasione dell'arresto, in relazione all'incapacità delle autorità di rintracciarlo. Arrestato nel 1999 ad Amburgo, il sig. Sejdovic sostenne di non essere a conoscenza della sua qualifica come latitante. Lo Stato tedesco nega l'extradizione, così Sejdovic non può esercitare il rimedio interno che gli avrebbe consentito di esercitare l'istanza di riapertura del processo entro il limite temporale prescritto, ed evitare che si formasse il giudicato. Nel 2004 è costretto a scontare due mesi di detenzione e, dunque, decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo.

¹⁷¹ Cfr. *infra*, par. 5.

¹⁷² A causa della violazione dei suddetti diritti, lo Stato destinatario viene invitato a “ secure the right to a trial within a reasonable time” seguendo alcune linee guida fornite dalla Corte: “[...] to prevent future violations of the right to a trial within a reasonable time, the Court encourage the respondent state to either amend the existing range of legal remedies or add new remedies so as to secure genuinely effective redress fro violation of that right. The characteristics of an effective remedy are to be found in the Court’s case-law cited in this judgment”, par. 98.

¹⁷³ Cfr., MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, cit., p. 185

La Prima Sezione riscontra una violazione dell'art. 6 a causa della condanna in contumacia subita dal ricorrente al quale non è permessa la riapertura del processo: nel *dispositivo* della sentenza, la Corte stabilisce che tale violazione ha origine in un *problema strutturale* connesso al cattivo funzionamento della normativa e della prassi interne, e che lo Stato, dunque, deve assicurare la tutela del diritto in questione al ricorrente e a chiunque si trovi in una posizione simile attraverso l'adozione di *misure appropriate*¹⁷⁴. Quindi, in base alla violazione del diritto a partecipare al processo, come desumibile implicitamente dall'art. 6 par. 3¹⁷⁵ della Convenzione, la Corte ha ritenuto di dover sollecitare l'adozione di riforme legislative da parte dell'Italia.

La Grande Camera, alla quale successivamente verrà rinviato il caso, adotta un approccio maggiormente restrittivo rispetto a quello tenuto dalla prima sezione: affronta il problema del limite strutturale nelle *motivazioni* della sentenza, evitando di includere le sue valutazioni nel *dispositivo*. I giudici della Grande Camera decidono che *non sono necessarie ulteriori misure generali*, in considerazione della nuova disciplina intervenuta *medio tempore* attraverso la modifica all'art. 175 c.p.p. con d.l. n. 17 del 21 febbraio 2005, convertito in legge il 22 marzo dello stesso anno. Il nuovo articolo 175 c.p.p. consente, al convenuto condannato in contumacia (e che non era a conoscenza del procedimento a suo carico), la riapertura del processo, invertendo l'onere della prova, stabilendo una presunzione *juris tantum* di non conoscenza a favore dell'imputato, salvo eventuale accertamento contrario da parte del giudice: il ricorso in appello deve essere effettuato entro 30 giorni dalla data in cui il convenuto viene a conoscenza del procedimento a suo carico¹⁷⁶.

In considerazione delle varie riforme legislative intervenute, la Corte, nella formazione della Grande Camera ritiene, perciò, *contrario allo spirito della procedura di sentenza pilota* non prendere in considerazione l'introduzione dei rimedi interni come *prova della disponibilità e della prontezza dello Stato* a risolvere il problema interno evidenziato nella precedente decisione, tanto da ritenere non necessaria l'indicazione di misure generali per l'esecuzione della sentenza. Inoltre, ritenendo eccessivamente

¹⁷⁴ *Sejdovic c. Italia*, Prima sezione, par. 44

¹⁷⁵ Attraverso una interpretazione desunta dall'oggetto e dallo scopo della norma, e cioè dalla circostanza che l'esercizio di alcuni diritti da essa garantiti, quali quello di difendersi personalmente di interrogare o fare interrogare testimoni, postulano la presenza dell'imputato; sul punto, cfr. PALOMBINO F. M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, in Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea, 2008, Napoli, pp. 45 e ss.

¹⁷⁶ PALOMBINO F.M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 46.

affrettata una valutazione sulla compatibilità dei nuovi rimedi alle norme della Convenzione, *limita la portata del dispositivo ai soli aspetti individuali della violazione*¹⁷⁷.

D) Violazione art 6 per la mancata esecuzione delle decisioni dei giudici interni.

Nel caso *Burdov contro Russia*, il ricorrente lamenta una violazione dell'art. 6, derivante dall'incapacità del sistema giudiziario russo di dare esecuzione alle sentenze delle Corti interne, che riconoscevano al ricorrente il diritto ad una prestazione sociale consistente in un risarcimento danni, mai ricevuto: da qui la lamentata violazione dell'art. 1 Protocollo 1.

Dal caso *Burdov* in poi, la mancata esecuzione delle decisioni delle Corti interne ha rappresentato, per la Russia, il problema capace di generare il maggior numero di ricorsi alla Corte EDU¹⁷⁸, che ha emesso circa duecento sentenze per la medesima violazione.

Le cause che hanno contribuito a questa situazione sono *molteplici*, tanto che il Comitato dei Ministri, in fase di supervisione, ha riconosciuto la necessità di ricorrere

¹⁷⁷ GARLICKI L., "*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", cit., p. 188. Secondo Emilia de Belli, funzionario del ministero di Giustizia, si tratta in ogni caso di una sentenza pilota, in considerazione del fatto che alla base della violazione dell'art. 6 viene indicato un problema sistemico, non considerando quindi il riferimento alle misure generali come necessario alla qualificazione di una sentenza come pilota, esattamente all'opposto di quanto sostenuto da chi scrive, il quale considera tale indicazione necessaria in combinato con la qualificazione della violazione come sistemica.

Anche il Comitato dopo la sentenza si ritiene soddisfatto delle modifiche al codice di procedura penale come implementazione della prima sentenza *Sejdovic*, ed inoltre nel suo *report* sul caso voluta positivamente l'intervento della Cassazione che richiede alle Corti di appello di applicare la giurisprudenza di Strasburgo relativamente a tale violazione. Nel successivo caso *Somogyi*, il ricorrente, lamentando anch'egli la violazione dell'art. 6 per una condanna in contumacia, si vede riconosciuto dalla Corte EDU il diritto alla riapertura del giudizio come rimedio più appropriato per riparare alla violazione subita in ragione dell'incapacità da parte delle autorità giudiziarie interne di determinare al di là di ogni ragionevole dubbio se la rinuncia a comparire da parte del ricorrente fosse inequivoca. La Cassazione ritiene quindi applicabile il novellato art. 175 c.p.p. comma 2 sul presupposto che le decisioni della Corte EDU vincolerebbero il giudice italiano - in questo caso, quella di accertamento della violazione dell'art 6 come condizione per assicurare la riapertura del processo - in ragione della ratifica da parte dell'Italia del Protocollo 14 che rafforza l'obbligo di conformarsi alle sentenze già previsto dall'art. 46 a causa della nuova procedura di infrazione prevista dalla riforma. Anche se non ancora entrato in vigore - al tempo della decisione in questione - la Corte di Cassazione ritiene che "*la ratifica senza riserve da parte dell'Italia di una norma pattizia di tale portata è chiaramente indicativa di una precisa volontà del legislatore di questo Paese di accettare incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo. La qual cosa non può che confortare l'indirizzo giurisprudenziale che sta facendosi strada, nel senso di un preciso obbligo giuridico del giudice nazionale italiano, in materia di diritti dell'uomo a conformarsi alla giurisprudenza di quella Corte*". Corte di Cassazione, sentenza 32678 del 3 ottobre 2006, par. 10.

Tale atteggiamento di apertura viene riconosciuto a livello sovranazionale: secondo il Direttorato Generale dei Diritti Umani "the Court of Cassation reaffirmed the *direct effect* of the Convention and of the case-law of the European Court of Human rights in Italian law, not least in respect of judgments having a status of *res judicata*. It thus affirmed the retroactive application of article new175 cpp. The case law of the court of cassation has been applied by the Verona tribunal... thereby indicating that it seems possible to rely directly on the direct effect of the convention to resolve the cases. Cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 114.

¹⁷⁸ LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 135.

ad una “*comprehensive and complex measures at the federal and local level*”. Le criticità del sistema sono diverse e riguardano un problema di amministrazione della giustizia che coinvolge, in primo luogo, le modalità in cui l’Ufficiale giudiziario svolge il proprio ruolo; in secondo luogo, un limite strutturale generalizzato all’interno del sistema giudiziario nel dare esecuzione alle sentenze, problema causato da una mancata coordinazione tra le agenzie di esecuzione e la mancanza di chiarezza da parte delle Corti interne nell’indicazione precisa del debitore. Inoltre, sussiste anche un problema di erogazione dei fondi necessari, a causa di una mancanza di risorse congenita per quel che riguarda le autorità deputate al conferimento dei contributi sociali; in ultima istanza, si rileva anche una prassi amministrativa confusa seguita dai suddetti organi nel richiedere i fondi al Ministero delle finanze¹⁷⁹.

Nel 2004 il sig. Burdov ricorre nuovamente lamentando la mancata esecuzione da parte delle autorità interne delle sentenze dei giudici nazionali - nelle quali lo stato era convenuto- tra il 2003 e il 2007.

Dal 2005 il governo russo ha adottato una serie di misure legislative e regolamentari volte a risolvere il problema, introducendo modifiche alla legge di bilancio in riferimento alla specifica procedura di esecuzione delle decisioni emesse contro lo Stato, introducendo, tra le varie modifiche, una nuova legge federale sull’esecuzione delle sentenze e un nuovo strumento di monitoraggio per migliorare il controllo giornaliero da parte del Ministero delle finanze in materia di esecuzione delle sentenze in questione¹⁸⁰: tali misure si sono rivelate insufficienti.

Nel 2008 I giudici della Corte EDU decidono di dare *priorità* nella trattazione del caso, e informano preventivamente le parti della possibilità di applicazione della procedura pilota, in ragione delle circa duecento sentenze già emesse in relazione al medesimo problema, derivante dalla incapacità da parte delle autorità russe di dare esecuzione a quanto deciso nelle sentenze delle Corti interne *in circostanze simili* (tra le quali sono comprese il mancato pagamento di contributi sociali di varia natura, il risarcimento per danni sofferti durante il servizio militare o causati da errore giudiziario). Inoltre, l’elevato numero di ricorsi derivanti anche dalle stesse circostanze di fatto alla base del ricorso principale, indica la sussistenza di un problema persistente di natura strutturale.

¹⁷⁹ Comitato dei Ministri, Information Documents CM/Inf/DH (2006) 19.

¹⁸⁰ cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 136.

La differenza, rispetto ai casi afferenti la Polonia, riguarda l'impossibilità di definire una classe di ricorrenti, che, al contrario, è potenzialmente illimitata.

Nella sentenza *Burdov contro Russia n 2*, quindi, la Corte riscontra nuovamente le violazioni dell'art. 6 e dell'art.1 Protocollo 1, nonché dell'art.13 per mancanza di un adeguato rimedio interno, e nel *dispositivo* della sentenza richiede al governo russo di predisporre *tutti i rimedi adeguati* alla soluzione del problema evidenziato, e di farlo nel *termine di sei mesi, sospendendo* tutti i ricorsi simili; inoltre, dispone il diritto dei ricorrenti a ricevere una forma di compensazione entro un anno.

4. Flessibilità e prevedibilità: aspetti problematici

4.1 Flessibilità

IL "modello *Broniowski*" ha nell'adattabilità alle differenti circostanze emergenti dal problema sistemico e dall'ordinamento interno dello Stato destinatario della decisione il proprio connotato distintivo¹⁸¹.

A fronte della flessibilità nell'utilizzo, in relazione ai casi presentati nella tripartizione dottrinale, se ne può individuare la caratteristica comune: tentare di risolvere il problema diffuso all'interno dell'ordinamento dello Stato destinatario che influisce sulla posizione giuridica soggettiva di una serie di individui, nella consapevolezza che certe situazioni non possono essere risolte attraverso la decisione di ciascun caso concreto senza rischiare la paralisi del sistema.

La gran parte degli autori ha visto nell'utilizzo della procedura pilota, in relazione alla finalità appena esposta, un segnale inequivocabile del passaggio da un modello di giustizia individuale ad uno più propriamente costituzionale; altri, al contrario, hanno derubricato tale prassi giurisprudenziale a mero pragmatismo, funzionale alla soluzione del problema del sovraccarico come presentato in precedenza (ma su questo punto ci si soffermerà in seguito, *infra*).

Dalla serie di casi presentati, si può evincere come, nel suo *modus operandi*, la Corte ricorra, dunque, ad una serie di *varianti* nell'utilizzo della procedura di sentenza pilota:

¹⁸¹ "Broniowski model...can be varied to suit the range of different circumstances that will inevitably arise in relation to systemic problems in national legal orders. Not all features of the pilot judgment procedure as applied in Broniowski will be appropriate in all cases selected by the court for treatment as a pilot case. The model is flexible one", cfr. MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, cit., p. 195.

ci sono casi in cui le misure generali sono indicate in modo più o meno specifico¹⁸², casi in cui sono inserite o meno nel dispositivo della sentenza¹⁸³; lo stesso vale per l'individuazione del problema sistemico, collocata a volte nel dispositivo assieme alle misure generali, altre soltanto nella motivazione nonostante la presenza delle misure rimediali nel dispositivo¹⁸⁴, mentre in altre ancora sembra essere addirittura assente nella sua formulazione classica¹⁸⁵.

Per quel che riguarda la sospensione dei casi simili, ci sono casi in cui viene messa in atto e casi in cui i giudici non ritengono opportuno farvi ricorso¹⁸⁶; per quel che riguarda l'apposizione del termine valgono le stesse considerazioni¹⁸⁷.

All'utilizzo in modo flessibile dello strumento pilota segue, perciò, un certo grado di incertezza; tale circostanza rischia di andare a scapito della chiarezza, e, quindi, della prevedibilità¹⁸⁸: si tiene a precisare fin da subito che tali limiti, evidentemente legati alle circostanze di una prassi che si è sviluppata senza riferimenti normativi espressi, non ne possono ridimensionare l'importanza della portata applicativa in relazione alle preminenti esigenze di effettività di tutela e funzionamento del sistema.

4.2 Premessa metodologica in relazione alla flessibilità: delimitazione dell'ambito dell'indagine

Gli aspetti problematici in riferimento alla chiarezza e alla prevedibilità nelle modalità di utilizzo della procedura di sentenza pilota e dei vari elementi che la caratterizzano, riguardano prevalentemente l'aspetto processuale: per questo motivo, in relazione

¹⁸² Per quanto riguarda la specificità, cfr. *Greens e M.T. c Regno Unito*, sentenza del 23 novembre 2010, ric. nn. 60041/08 e 60054/08, *Suljagic c. Bosnia Erzegovina*, sentenza del 3 novembre 2009., ric. n. 27912/02.

¹⁸³ Per quanto riguarda i casi in cui le misure generali sono inserite nel dispositivo, cfr. *Broniowski c. Polonia*, cit., *Lukenda c. Slovenia*, cit. (nonostante manchi il requisito formale della dicitura "pilota"), *Hutten Czapska c. Polonia*, cit., *Olaru c. Moldova*, sentenza del 12 ottobre 2010, ric. n. 476/07, *Rumpf c. Germania*, cit., *Sejdovic c. Italia*, sentenza del 10 novembre 2004.

¹⁸⁴ Cfr. *Ananyev e altri c. Russia*, sentenza del 10 gennaio 2012, *Grudic c. Serbia*, sentenza del 17 aprile 2012, *Manushaqe Puto e altri c. Albania*, sentenza del 31 luglio 2012.

¹⁸⁵ Cfr. *Vuckovic e altri c. Serbia*, sentenza del 28 agosto 2012.

¹⁸⁶ Cfr. a titolo esemplificativo, *Burdov*, cit., in cui la sospensione viene collocata nel dispositivo.

¹⁸⁷ WILDHABER L., *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, cit., p. 75.

¹⁸⁸ Buyse sottolinea a proposito come "it would be commendable if the Court would devise clear guidelines for itself on how it will deal with the whole process of a pilot judgment from the beginning to end, including the selection of pilot cases and the possible freezing of comparable actions, without discussing what such clear guidelines might include"; cfr. BUYSE A., *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, cit., p. 1900.

all'indagine che si intende svolgere (la relazione tra la procedura della sentenza pilota e l'esercizio di una funzione costituzionale da parte della Corte EDU) non è rilevante, ad avviso di chi scrive, un particolare approfondimento sull'utilizzo più o meno coerente dei vari elementi che compongono la sentenza, oltre quelli sostanziali (e identificati come minimo comune denominatore) dell'individuazione del problema sistemico (per quel che riguarda i profili dell'accertamento della violazione) e l'indicazione delle misure generali (per quanto attiene alla previsione delle conseguenze); in relazione alla possibilità di riscontrare delle analogie tra il *controllo di convenzionalità* e il sindacato di legittimità operato dalle Corti costituzionali all'interno, non rileva nemmeno loro collocazione nella parte della sentenza dedicata al dispositivo o alla motivazione (*infra*). In considerazione delle finalità dello studio in oggetto, dunque, ci si concentrerà solo brevemente sulla sospensione, il cui utilizzo, connotando le sentenze pilota in relazione alla loro funzione deflativa, risponde prevalentemente a ragioni di economia processuale piuttosto che a quelle di giustizia sostanziale (benché tale carattere sia riscontrabile anche in riferimento ad alcuni modelli decisori interni di cui, *infra* cap. 3): si prenderanno in considerazione i profili legati alla incertezza applicativa che ne caratterizza l'utilizzo in generale, e in relazione agli effetti sui singoli ricorrenti non privilegiati, in particolare.

4.3 L'art. 61 del Regolamento della Corte: la cristallizzazione delle ambiguità

La cristallizzazione normativa della prassi giurisprudenziale nell'art. 61 del Regolamento della Corte non ha certamente contribuito a dissipare i dubbi sulla questione nei termini di una auspicata chiarezza: non ci sono riferimenti adeguati né per quanto riguarda l'utilizzo degli elementi né per quanto concerne gli standard della procedura in termini di prevedibilità¹⁸⁹. E, come affermato in precedenza, la giurisprudenza della Corte non aiuta ad identificare in modo chiaro delle linee guida sull'applicazione della procedura¹⁹⁰.

¹⁸⁹ HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human rights*, cit, p. 31.

¹⁹⁰ Sulla rilevanza del precedente, ad esempio, nella sentenza *Stanford c Regno Unito*, sentenza del 12 dicembre 2002, ric. n. 73299/01, la Corte: " While the court is not bound to follow its own judgments, in the interest of the legal certainty, foreseeability and equality before the law, it is not depart without cogent reason, from precedent laid down in previous cases". D'altra parte, si sente autorizzata a non seguire la giurisprudenza precedente quando è necessario per garantire che "... the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions", *Cossey c Regno Unito*, sentenza del del 27 settembre 1990, ric. n. 10843/84.

Inoltre, da un'analisi testuale dell'articolo, si può evincere come i redattori si siano preoccupati in misura maggiore di rispondere alle ragioni dell'efficienza piuttosto che fornire le garanzie procedurali adeguate per tutelare le posizioni giuridiche individuali¹⁹¹.

L'art. 61 stabilisce che la Corte può avviare la procedura della sentenza pilota quando “le circostanze fattuali di un determinato ricorso rivelano nell'ordinamento dello Stato in questione l'esistenza di un problema strutturale o sistemico o qualunque altra disfunzione simile che ha causato o che potrebbe causare in futuro ricorsi simili”: non definisce dunque, in alcun modo quali sono le circostanze considerate determinanti per giudicare un ricorso idoneo per avviare la procedura; inoltre, nemmeno prescrive dei riferimenti precisi per decidere se e quando un ricorso detiene tutti i requisiti di fatto e di diritto da risultare sufficientemente rappresentativo¹⁹².

L'art. 61 rimane ambiguo, inoltre, su una serie di altri aspetti: non specifica come la Corte dovrebbe determinare le misure generali che lo Stato è tenuto a prendere per risolvere il problema sistemico (*infra*, cap. 2), non determina quando diventa necessario sospendere l'esame dei ricorsi “simili”, né quali dei ricorsi pendenti presentino un sufficiente grado di “vicinanza” al caso pilota, tale da sospenderne la trattazione in attesa che le autorità interne implementino in modo conforme a quanto disposto dalla Corte; conferisce la possibilità alla Corte di stabilire discrezionalmente misure risarcitorie nell'attesa che le autorità interne dispongano le misure rimediali adeguate, ma non prevede alcuno *standard* applicativo che possa in qualche maniera determinare l'appropriatezza di tale misura. Inoltre, per quel che riguarda in particolare l'elemento della sospensione, conferisce alla Corte la possibilità di determinare in grande libertà quando sospendere l'esame dei ricorsi simili nell'attesa che le autorità interne apportino i correttivi adeguati all'ordinamento previsti dalla sentenza, e quando riaprire l'esame dei ricorsi sospesi, se ragioni di amministrazione della giustizia lo richiedono¹⁹³.

In quest'ambito, sembrano mancare non solo meccanismi che permettano ai ricorrenti sospesi di partecipare alla procedura, ma soprattutto, non esistono criteri per disciplinare

¹⁹¹ SAINATI T., *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, cit., p. 158.

¹⁹² Nel caso *Hutten Czapska*, cit. si rileva, infatti, un difetto da questo punto di vista, in considerazione del fatto che il caso scelto riguardava un immobile destinato ad uso commerciale e non abitativo.

¹⁹³ Cfr. art. 61, 6 a b c del Regolamento della Corte.

la situazione del ricorrente “congelato”, nell’attesa che venga introdotto l’adeguato rimedio interno (per una analisi più approfondita della sospensione, *infra*).

Ad avviso di alcuni autori, a conseguenza di tale “nebulosità” ed eccesso di discrezionalità - che può sconfinare nell’arbitrarietà - è il rischio di una applicazione eccessiva della procedura in quei casi in cui sarebbe inappropriata per la mancanza di similarità, da una parte, e di rappresentatività del caso pilota dall’altra¹⁹⁴, o incoerente nelle modalità applicative, per non dire divergente o inappropriato di caso in caso¹⁹⁵.

4.4 Incertezza applicativa, vuoto normativo e conseguenze per i singoli ricorrenti non privilegiati

Si è già evidenziato più volte come la finalità principale perseguita dalla Corte attraverso il ricorso alla procedura pilota risieda nella limitazione del carico di lavoro attraverso la possibilità di rinviare i ricorsi agli ordinamenti interni, le cui autorità statali sono state messe in condizione di adottare i rimedi interni adeguati per la risoluzione del problema strutturale fonte di violazioni sistemiche come individuato in sentenza.

La designazione di un caso come *pilota*, la seguente applicazione della procedura, l’emissione finale della sentenza comportano una serie di conseguenze non solo per lo Stato destinatario impegnato ad adottare le misure generali richieste per portare il proprio ordinamento in linea con la Convenzione, ma anche per i ricorrenti non privilegiati che non avranno una completa trattazione del caso davanti alla Corte.

E’ possibile che, da questo punto di vista, la procedura della sentenza pilota mostri delle debolezze. La questione non risiede tanto - e non solo - in una presunta impossibilità dei giudici nel riconoscere la rappresentatività del caso pilota, né in una presunta scarsa familiarità con la violazione addotta dalla parte per far sì che il caso pilota rifletta tutti gli aspetti di fatto e di diritto della questione oggetto del giudizio¹⁹⁶.

¹⁹⁴ SAINATI T., *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, cit., p. 160.

¹⁹⁵ *ibidem*, p. 163.

¹⁹⁶ Il caso *Atanasiu c Romania*, rappresenta, a tal proposito, un esempio virtuoso: la precedente giurisprudenza della Corte sulle violazioni sistemiche del diritto di proprietà - che avevano la loro fonte in normative interne le quali, risentendo della traccia ideologica dei precedenti regimi comunisti, non prevedevano adeguati strumenti compensativi- insieme all’intervento di parti terze che ha contribuito a chiarire aspetti fondamentali del sistema risarcitorio in Romania, hanno certamente posto i giudici della Corte nella migliore posizione possibile per determinare quali misure generali dovessero essere adottate dallo Stato destinatario della sentenza pilota, fornendo un punto di vista ulteriore rispetto a quello del ricorrente principale.

Nel perseguimento delle ragioni di efficienza alla base della procedura - nella acclarata impossibilità di giudicare su ogni singolo ricorso - c'è il rischio, però, di comprimere eccessivamente le ragioni di giustizia individuale: può essere problematica la inesistenza dal punto di vista normativo di limiti procedurali che consentano una tutela sufficiente delle posizioni individuali dei ricorrenti "residuali" o "non privilegiati"¹⁹⁷.

Ci si chiede se in questa prospettiva la "ricollocazione" dei ricorsi a livello nazionale e la loro non ricevibilità da parte dei giudici di Strasburgo rappresenti un successo della Corte oppure un eccessivo pregiudizio per i ricorrenti "respinti"¹⁹⁸.

Da questo punto di vista, la procedura può rappresentare una violazione del diritto al ricorso individuale, ma potrebbe configurarsi anche una violazione del diritto ad essere ascoltato in sede processuale, una delle specificazioni applicative del diritto ad un giusto processo ex art. 6.

Se la procedura segue il suo corso, tali ricorrenti, che non hanno avuto la "fortuna" di essere stati selezionati come *leading case*, rischiano di non ricevere alcun esame della questione come si sarebbero aspettati al momento del deposito del ricorso: non ci sono strumenti normativi - né tanto meno esisteva una prassi giurisprudenziale precedente - che prevedono una loro partecipazione, né alla fase processuale vera e propria, né all'eventuale *friendly settlement*; può crearsi una anomalia tale per cui il ricorrente principale può trovare un accordo a condizione che gli altri ricorrenti avrebbero rifiutato, senza che questi - i non partecipanti - possano avere avuto gli strumenti idonei a rendere la Corte edotta di una complessiva attitudine contraria¹⁹⁹.

E proprio la sentenza *Broniowski* può essere paradigmatica in questo senso: successivamente al *friendly settlement* tra il ricorrente principale e lo Stato polacco nel quale il signor *Broniowski* ritenne adeguato per l'indennizzo la soglia del 20 % del valore dell'immobile espropriato stabilita dalla nuova normativa, la Corte ritenne, di conseguenza, accettabile tale modifica interna come rispettosa dei diritti garantiti dalla Convenzione.

¹⁹⁷ Sul punto si riscontrano posizioni contrapposte: alcuni autori sostengono che *giustizia individuale* non significhi necessariamente ricevere la trattazione del caso in concreto ma che debba, piuttosto, identificarsi con il diritto d'azione (cfr. WILDHABER L., GREER S., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, 12, n.4, p. 675)

¹⁹⁸ tra gli altri, DECOULOMBIER P., *Arrêts pilotes et efficacité des nouveaux recours internes*, cit., p. 261.

¹⁹⁹ Sul punto, ibidem, Mahoney de gener, p. 194.

Nella determinazione di tale adeguatezza, la Corte ritenne opportuno sottolineare come, nel contesto del *friendly settlement* in seguito alla sentenza pilota, l'idea del rispetto dei diritti umani necessariamente travalicasse l'interesse del singolo ricorrente e richiedesse alla Corte di esaminare il caso anche dal punto di vista del rimedio interno apportato dalle istituzioni dello Stato parte dell'accordo, per valutarne l'adeguatezza, ribadendo ancora una volta le esigenze di effettività del sistema alla base dell'utilizzo della procedura pilota²⁰⁰. Nella prassi, tale presunzione di adeguatezza, basata sulla esigenza di funzionamento del sistema, si è rivelata parzialmente infondata, dal momento che alcuni tra i *ricorrenti non privilegiati* si ritennero tutt'altro che soddisfatti dall'ammontare dell'indennizzo riconosciuto dal rinnovato rimedio interno, e tornarono a ricorrere alla Corte lamentandosi del basso livello dell'indennizzo fornito dalla nuova normativa. A questo punto la Corte, una volta messo un punto fermo sulla questione - stabilendo come la questione fosse stata già risolta in modo adeguato a livello interno - ribadiva che le decisioni ripetitive sulla medesima questione non giovano alla protezione complessiva dei diritti umani e possono risultare frustranti, in relazione al tentativo messo in atto attraverso la procedura pilota, di eliminare la necessità di trattare casi simili per i quali non potrebbe fare altro che decidere allo stesso modo; in sostanza, i giudici utilizzano l'argomento della effettività e della minaccia al sistema di protezione per giustificare il *friendly settlement*, anche se questo ha scontentato parte dei ricorrenti, soprassedendo sulla questione della necessità che i ricorrenti "residuali" debbano avere la possibilità di addurre la diversità e la singolarità del loro caso sul quale hanno diritto ad ottenere una decisione individuale²⁰¹.

Come evidenziato dal Governo italiano nel caso *Sejdovic*, se la Corte intende applicare la procedura in modo appropriato, nel regolamento della Corte dovrebbe trovare posto un sistema normativo che consenta di garantire la necessaria prevedibilità dal punto di vista processuale per tutte le parti ricorrenti (quelle sospese e quelli che hanno

²⁰⁰ *Broniowski c. Polonia*, cit., friendly settlement, par. 35: "[...] One of the relevant factors considered by the Court was the growing threat to the convention system and the court's ability to handle its ever increasing caseload that resulted from large numbers of repetitive cases deriving from.... the same structural or systemic problem". Dunque, la finalità della procedura di sentenza pilota è duplice: riparare alle violazioni commesse; evitare che si ripetano per il futuro. E' principalmente in questa ottica che la Corte valuta l'adeguatezza del nuovo rimedio interno come condizione per il rigetto dei ricorsi simili e la cancellazione dal ruolo dei ricorsi sospesi. Sul punto COLANDREA V., On the Power of the European Court of Human Rights to order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of Assanidze, Broniowski and Sejdovic cases, in *Human Rights Law Review*, 2007, 7

²⁰¹ "other applicants must certainly have the possibility to claim that their case is different, singular, and so that their case has to be decided upon individually, rather than through recourse to an aggravating mechanism": cfr., WILDHABER L., *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, cit., p. 81.

depositato il ricorso solo successivamente alla decisione della Corte di adottare la procedura).

4.5 Il ricorso *flessibile* alla sospensione

La sospensione dei casi simili rappresenta certamente il vero momento di novità della procedura di sentenza pilota.

La *ratio* della sospensione è da ricercare nelle ragioni di economia processuale che caratterizzano in primo luogo l'intera procedura: affrontare "un caso per tutti" è ciò che permette di far fronte al problema del sovraccarico. La Corte, infatti, si riserva di esaminare i casi simili solamente nel caso in cui lo Stato destinatario della decisione dovesse non eseguire la sentenza pilota in modo adeguato, non apportando le modifiche richieste al proprio ordinamento attraverso il ricorso alle misure generali: in questo caso, in ragione della perdurante mancanza di un rimedio interno adeguato, la Corte si vedrebbe costretta a riassumere i casi simili precedentemente sospesi e procedere ad una trattazione individuale, in modo tale da evitare un vuoto di tutela.

Inoltre, l'attesa della predisposizione da parte dello Stato destinatario di un adeguato rimedio interno, come condizione per rinviare all'interno la trattazione dei casi precedentemente sospesi, sembra rispondere in pieno alla logica della sussidiarietà che caratterizza il sistema convenzionale.

Anche la sospensione è sprovvista di una base giuridica: il suo utilizzo si forma esclusivamente nella prassi giurisprudenziale ed è agevolmente verificabile come rappresenti soltanto una possibilità e non un obbligo. Anche in riferimento alla sospensione, dunque, si riscontra un certo livello di flessibilità: in questo senso, depone anche la lettura dall'art. 61 del Regolamento della Corte, il quale, come rilevato in

precedenza, rappresenta una cristallizzazione della prassi giurisprudenziale precedente²⁰².

È così possibile riscontrare casi in cui la sospensione viene usata addirittura *pro futuro* in relazione ai ricorrenti potenziali e casi in cui la Corte decide di non ricorrervi.

Nonostante le modalità di applicazione non particolarmente coerenti, la circostanza che la sospensione rappresenti l'elemento che maggiormente differenzia la prassi della sentenza pilota dalla giurisprudenza precedente è un riflesso evidente delle intenzioni della Corte di esercitare una influenza che vada al di là del caso concreto, un meccanismo ulteriore *ex post* che si accompagna a quelli *ex ante* predisposti attraverso il Protocollo 14 analizzati in precedenza e che contribuisce a riconoscere un mutamento della funzione in senso costituzionale e verso una giurisprudenza maggiormente di principio. Le ragioni di economia processuale non sono, però, l'unica finalità perseguita dalla Corte attraverso l'utilizzo della sospensione: ci sono casi in cui i giudici vi hanno fatto ricorso come strumento di “negoziazione” per forzare lo Stato destinatario a prendere le misure generali adeguate a risolvere il problema strutturale²⁰³.

4.6 Il Dispositivo

A fronte della sentenza emanata dalla Corte, lo Stato, sulla base all'art. 46, è obbligato a riconoscerne il carattere vincolante, a conformarsi e a darvi esecuzione. Bisogna chiedersi se, per potersi parlare di obbligo giuridico in riferimento al giudicato, è

²⁰² Molti autori si domandano perché la sospensione viene indicata dalla Corte, e successivamente dal regolamento, come soltanto una possibilità e non come *condicio sine qua non*, dal momento che la procedura è evidentemente orientata a *non-decidere* sui ricorsi ripetitivi per favorire la qualità complessiva del *reasoning* delle sentenze. Una spiegazione possibile sulla mancata sospensione potrebbe dipendere dal tipo di violazione: ci sono violazioni di diritti la cui trattazione non è *suspendibile* per ragioni di gravità, o di opportunità; intuitivamente, in effetti, non avrebbe senso sospendere la trattazione dei ricorsi non privilegiati nei casi di problema strutturale che riguardi la eccessiva durata dei processi interni; sul punto, cfr. FRIEBERGH E., *Pilot judgments from the Court's Perspective*, in *Reforming the European Convention of Human Rights: a Work in Progress*, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 521 e ss. Questa posizione, per quanto riguarda i casi di eccessiva durata, viene confermata dalla prassi della Corte. Di avviso contrario, invece, Mahoney e Degener, che sono per la sospensione in ogni caso. Sul punto, cfr., DECOULOMBIER P., *Arrêts pilotes et efficacité des nouveaux recours internes* », in *Le filtrage des affaires à Strasbourg : l'examen de la recevabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme*, cit., n. p. 269. Non bisogna dimenticare, però, che dal punto di vista del ricorrente non privilegiato, la sospensione può assumere i caratteri di un onere ingiusto, dal momento che lo Stato pragmaticamente avrebbe da guadagnarci dal suo “torpore” nell'esecuzione della sentenza principale: la situazione di rischio di subire una ingiustizia deriva, da una parte, dalla mancata predisposizione di un rimedio interno adeguato da parte delle autorità interne, e, dall'altra di non poter ricevere la trattazione del caso. Da questo punto di vista, si assiste ad una evoluzione da *Broniovski* a *Burdov*, con la fissazione del limite temporale per la durata della sospensione: se lo Stato non adotta le misure generali adeguate, si ritrova, alla scadenza, con una serie di ricorsi individuali *scongelati* insieme a quello principale della sentenza pilota.

²⁰³ Nel caso *Olaru c. Moldova*, cit., la Corte sospende l'esame dei ricorsi simili nell'attesa che lo Stato destinatario della sentenza pilota implementi in modo adeguato a livello interno le misure generali indicate nella decisione. Nel caso in questione, che aveva a che fare con la violazione dell'art 6 per mancata esecuzione delle decisioni interne, nonostante la Corte avesse constatato una diffusa differenza tra il caso pilota e quelli sospesi, sospende senza formulare alcuno standard per determinare quali casi fossero sufficientemente simili da essere sospesi.

necessario fare riferimento all'oggetto formale in senso stretto, oppure se il contenuto vincolante della sentenza possa estendersi anche oltre i limiti tracciati dall'oggetto della controversia. È evidente come la valutazione della Corte riguardante il provvedimento individuale che il ricorrente lamenta sia certamente da considerare rilevante ai fini dell'obbligo di cui all'art. 46, indipendentemente dalla sua collocazione nel dispositivo o nella motivazione della sentenza²⁰⁴. La questione è più problematica in riferimento alle valutazioni che esulano dalla situazione individuale²⁰⁵. Se si aderisse all'indirizzo tradizionale²⁰⁶, secondo il quale l'ambito oggettivo del giudicato deve essere delimitato in funzione dell'oggetto della causa, ove ad un tribunale venga assegnata la limitata funzione di dirimere controversie ad esso volontariamente sottoposte dagli Stati e di definire le rispettive situazioni giuridiche delle parti in causa - come avviene normalmente per i tribunali internazionali classici - appare coerente che il giudicato delle sentenze da questo emanate si formi esclusivamente in rapporto allo stretto oggetto della controversia. Se ci si conformasse a tale impostazione, bisognerebbe, dunque, escludere la rilevanza di effetti giuridici per quel che riguarda sia i profili dell'accertamento che esulano dalla situazione a portata individuale lamentata dal ricorrente, sia la previsione delle conseguenze come necessità di adozione di misure generali, soprattutto se non inseriti nel dispositivo delle sentenze: conseguentemente, le autorità interne non sarebbero in alcun modo obbligate ad intraprendere azioni particolari, nonostante i giudici di Strasburgo abbiano individuato l'esistenza all'interno dell'ordinamento di un problema strutturale fonte di numerosi ricorsi e indicato la necessità di predisporre adeguati rimedi per portare l'ordinamento in linea con la Convenzione prescindendo dal caso concreto, nella misura in cui tali rilievi, siano inseriti, però, *soltanto* nella motivazione. Senza entrare nel dettaglio delle varie posizioni²⁰⁷, si riportano almeno due argomenti a favore della possibilità di un ampliamento dell'ambito oggettivo del giudicato, che possa estendersi fino a comprendere valutazioni che esulino dal caso individuale e non rientrino nel dispositivo. Esiste, infatti, una ulteriore possibilità ricostruttiva evidenziata da una

²⁰⁴ PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 21.

²⁰⁵ Sui profili inerenti l'accertamento della violazione, cfr. supra par. 3

²⁰⁶ ANZILOTTI D., *Modi di risoluzione delle controversie internazionali*, in Corso di diritto internazionale Vol. 3, Roma, 1915, pp. 23-24.

²⁰⁷ Cfr. BARTOLE S., DE SENA . P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 749.

dottrina più recente, secondo la quale l'ampiezza degli effetti della sentenza sarebbe "essenzialmente legata alla funzione che l'attività giurisdizionale svolge nell'ordinamento al quale si riferisce"²⁰⁸: è ipotizzabile, dunque, che ove nell'ambito di uno specifico sistema convenzionale gli Stati attribuiscono ad un determinato tribunale una funzione più ampia, ad esempio quella di garantire il rispetto del diritto oggettivo in quanto tale (e non solo quello dei singoli diritti soggettivi delle parti in causa) il contenuto vincolante delle sentenze emesse da tale tribunale si estenda anche oltre i limiti tracciati dall'oggetto della controversia²⁰⁹. Inoltre - ed è questo il secondo argomento - nel caso specifico delle sentenze della Corte, nelle quali il dispositivo frequentemente è assai stringato, per la loro stessa natura di sentenze inizialmente di accertamento, è ovvio che le motivazioni rappresentano parte integrante del dispositivo, nel senso che sono necessarie per valutare la portata e gli effetti del dispositivo stesso²¹⁰. Riconoscere l'esistenza dell'obbligo giuridico soltanto in riferimento all'oggetto formale in senso stretto, e riconnetterlo al solo dispositivo delle sentenze della Corte, marcherebbe una distinzione netta in termini di efficacia tra sentenze pilota e sentenze quasi-pilota : tale distinzione in relazione agli effetti giuridici appare, però, eccessiva, a fronte di una differenza tutt'altro che evidente dal punto di vista dell'ambito applicativo (dal momento che entrambe vengono utilizzate dalla Corte per coadiuvare gli Stati a individuare e risolvere i problemi strutturali fonte di violazioni numerose) e delle finalità (entrambe sono rivolte a risolvere il problema del sovraccarico causato da un elevato numero di ricorsi che hanno la medesima causa),

²⁰⁸ GAJA G., *Considerazioni sugli effetti delle sentenze di merito della Corte internazionale di Giustizia*, in Comunicazioni e Studi, 1975, 14, p. 321.

²⁰⁹ " In un ordinamento che attribuisca alla sentenza il limitato fine di risolvere le controversie sottoposte al giudice dalle parti, e non anche quelle future la cui soluzione dipenda dalle medesime soluzioni di diritto, il giudicato si formerà soltanto in relazione allo specifico oggetto della domanda. In un ordinamento che conferisca al processo l'ulteriore funzione di assicurare con la maggiore ampiezza possibile il raggiungimento della certezza del diritto e di prevenire il sorgere di nuove liti realizzando un risparmio di attività giurisdizionale(che è esattamente la finalità delle sentenze pilota, ndr.), il giudicato tenderà invece ad includere anche i motivi giuridici della decisione ed eventualmente l'accertamento dei fatti": in questo modo, DAVI' A., *L'intervento davanti alla Corte di Giustizia*, Napoli, 1984, p. 241 e ss., come citato in PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 19 e ss. .

²¹⁰ Tra gli altri, Zanghi, al quale si rinvia anche per la ricostruzione del dibattito sul problema della obbligatorietà delle sentenze limitato al solo "dispositivo" ovvero anche alla motivazione, da tempo affrontata in relazione alle sentenze della Corte internazionale di giustizia (sul punto, tra gli altri, HAMBRO E., *The Reasons behind the Decisions of the International Court of Justice*, in Current Legal Problems, 1954, p. 212 ss.; E. TUNCEL E., *L'execution des décisions de la Cour internationale de justice selon la Charte des Nations Unies*, Neuchâtel, 1960; ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, 1965; VERZIJL T.H.W., *The Jurisprudence of the World Court*, Leyden, 1965; M. Gounelle, *La motivation des acts juridiques*, Parigi, 1979, p. 127 ss.; EL QUALI, A., *Effets juridiques de la sentence internationale; contribution à l'étude de l'execution des normes internationales*, Parigi, 1984; AZAR A., *L'execution des décisions de la Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, 2003); cfr. ZANGHI' C., *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 55.

“realizzando un risparmio di attività giurisdizionale, prevenendo il sorgere di nuove liti”. Aderendo, al contrario, all’orientamento dottrinale che riconosce uno stretto collegamento tra ampiezza del giudicato e funzione assegnata dall’ordinamento alle sentenze di un determinato tribunale e riconoscendo l’estensibilità della portata dell’obbligo indipendentemente dalla collocazione delle valutazioni dei giudici nel dispositivo, ne consegue la possibilità di assimilare le sentenze pilota in senso pieno e le sentenze quasi pilota in termini di effetti giuridici. Bisogna aggiungere che, per quanto riguarda le intenzioni dei giudici, è evidente che l’utilizzo dello strumento decisorio in oggetto nella sua forma *piena* - attraverso il ricorso al dispositivo - consente di individuare con maggiore chiarezza l’intenzione della Corte di esercitare la maggiore influenza possibile sull’ordinamento dello Stato soccombente: da questo punto di vista, l’utilizzo del dispositivo potrebbe essere equiparabile al ricorso ad un linguaggio più perentorio nei toni (sul punto, *infra* cap. 2)²¹¹. Ma, si torna a ripetere, dal punto di vista degli effetti giuridici, non pare opportuno differenziare in modo così netto la fattispecie in cui la Corte ricorre all’utilizzo del dispositivo da quella in cui inserisce i rilievi tipici che, dal punto di vista sostanziale, caratterizzano la sentenza pilota, nella parte dedicata alle motivazioni. Infine, avendo chiarito in precedenza la nostra adesione al modello descrittivo che identifica come tratti fondamentali della sentenza pilota *soltanto* l’individuazione del problema strutturale e la necessità di adottare misure generali, ci pare giusto sottolineare fin da ora che, quando si affronterà la questione del mutamento in senso costituzionale della Corte EDU attraverso il ricorso alla sentenza pilota (come controllo di *convenzionalità*), si intenderà lo strumento in senso “ampio”, al di là del tipo di utilizzo che i giudici fanno del dispositivo, il quale rappresenta, dunque, una manifestazione inequivoca delle intenzioni della Corte, ma non una circostanza dirimente in termini di differenziazione tra effetti obbligatori e mera raccomandazione.

5. Gli Stati dell’ECO: un ambiente favorevole per il ricorso alla procedura pilota

5.1 Le Costituzioni degli Stati fondatori e il diritto convenzionale.

²¹¹ Sulle ragioni della propensione dei giudici di Strasburgo a ricorrere alla sentenza pilota in senso stretto o quasi-pilota, si tenterà, invece, di dare una risposta *infra par. 5*

Per indagare il livello nazionale di recepimento delle norme convenzionali e degli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU che trovano origine nel livello sovranazionale di tutela dei diritti umani, bisogna verificare due profili: uno, quello normativo, costituito dal parametro costituzionale rilevante, l'altro, il profilo giurisprudenziale relativo al grado di adesione che a quegli orientamenti mostrano le Corti nazionali - costituzionali, in special modo - da valutare, anche, alla luce dei margini concessi dal primo parametro.

La struttura costituzionale di ciascuno Stato, dunque, rappresenta un contributo indispensabile per analizzare come la Convenzione penetri negli ordinamenti interni e riesca ad esercitare la sua influenza²¹².

Il primo livello di indagine riguarda il rango riconosciuto internamente alle norme del trattato. In dottrina si è soliti distinguere tra l'approccio monista e quello dualista adottato da ciascun ordinamento per la risoluzione dei conflitti tra le norme del diritto internazionale e quelle del diritto interno: per quanto riguarda gli Stati originari firmatari della Convenzione, possiamo riscontrare la presenza di entrambi gli indirizzi.

Gli Stati che adottano uno schema monistico sono maggiormente in grado di costituire meccanismi più stabili di coordinamento con l'ordinamento sovranazionale. Effetti analoghi li produce l'incorporazione della Convenzione nell'ordinamento nazionale, soprattutto quando la norma che la disciplina prevede in modo esplicito il rango sovra legislativo del trattato incorporato: è il caso del Regno Unito, che ha provveduto ad introdurre la Convenzione nel proprio ordinamento attraverso lo *Human Rights' Act* del 1998.

Ma esistono Stati che, nonostante l'approccio formalmente dualista (come il Belgio o come l'Austria che tradizionalmente negava la diretta applicabilità dei trattati nell'ordinamento interno), hanno finito per riconoscere rango sovra-ordinato o quasi-costituzionale alle norme della Convenzione.

È opportuno aggiungere, inoltre, che, per quanto riguarda l'ordinamento convenzionale, non si devono applicare acriticamente tali categorie, in considerazione dell'alto grado di interferenza interordinamentale rispetto al diritto internazionale pattizio classicamente inteso.

²¹² Per una analisi approfondita, cfr. BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States 1950-2000*, Oxford, 2001; KELLER H. e STONE SWEET A., *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.

Il dato formale è, dunque, certamente importante per verificare se l'ordinamento costituisce un ambiente favorevole per accogliere le norme della CEDU e, soprattutto, la giurisprudenza della sua Corte, ma non è il solo elemento che bisogna tenere presente.

5.2 Il diritto internazionale nelle Costituzioni dei paesi dell'Europa centro orientale (ECO)

In una prima fase antecedente alla caduta del muro di Berlino, il rapporto tra gli Stati dell'ECO e il diritto internazionale era impostato in termini di dualismo: per quanto riguarda l'ordinamento CEDU in particolare, la Convezione rappresentava una visione borghese dei diritti fondamentali frutto dell'ipocrisia degli Stati occidentali, in cui alla solennità delle proclamazioni non corrisponde una pari attenzione dal punto di vista della tutela effettiva. Nella visione socialista, dunque, la protezione dei diritti è strumentale al raggiungimento delle finalità generali dello Stato. La ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite del 1966 non deve trarre in inganno, perché all'impegno formale non ha mai corrisposto una reale intenzione di adempiere agli obblighi nascenti da essa.

Successivamente al 1989, si riscontra una notevole inversione di tendenza in relazione all'apertura al diritto internazionale e, in particolare, alla CEDU.

“Il ciclo delle Carte costituzionali post-sovietiche sembra rispettare in pieno le acquisizioni del costituzionalismo europeo, anzi, occidentale”²¹³: a questo si aggiunga la riscoperta del valore più squisitamente prescrittivo e normativo della Carta costituzionale, in reazione al carattere meramente programmatico e di facciata che ad essa veniva attribuito dal potere politico socialista²¹⁴.

Emerge con decisione una attenzione ai diritti fondamentali, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo, e la CEDU diventa il modello immediato di riferimento nella formulazione delle disposizioni costituzionali.

²¹³ FERRARI G.F., *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Ferrari (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza: il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 33 e ss.

²¹⁴ POLICASTRO P., *la transizione costituzionale polacca e l'Europa tra paradigmi del costituzionalismo e costituzionalismo multilivello*, p. 319 e ss. in Gambino S., Gianino M. (a cura di), *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, Milano, 1993, p. 317 e ss.

Più specificamente, con riguardo alla relazione tra ordinamento interno internazionale, si stravolge il paradigma precedente al 1989 e si riscontra una notevole apertura al diritto internazionale pattizio, tanto che dottrina autorevole ha parlato di quinta fase del processo di penetrazione del diritto internazionale all'interno delle Costituzioni nazionali²¹⁵.

Tale apertura²¹⁶ è apprezzabile su almeno tre livelli di indagine: il primo, relativo al rango del diritto internazionale, il secondo, finalizzato a verificare se il diritto internazionale pattizio possa fungere da parametro di costituzionalità utilizzato dalle Corti costituzionali di tali paesi, il terzo da ricondurre nell'alveo della giustizia costituzionale e alla possibilità del ricorso diretto -riconosciuta in alcuni ordinamenti- alla Corte costituzionale a favore dei cittadini che lamentano la violazione di un diritto loro attribuito da un trattato internazionale ratificato dallo Stato di appartenenza.

Relativamente al rango, la maggior parte dei paesi ha adottato un approccio monista in contrapposizione al precedente regime sovietico, al quale va aggiunta la prevalenza generalmente riconosciuta in via esplicita nei confronti della legge ordinaria che rafforza la permeabilità degli ordinamenti di riferimento.

Viene resa esplicita la sovraordinazione del diritto internazionale pattizio sul diritto interno, dunque; soltanto in Estonia vi è un esplicito riconoscimento della subordinazione del diritto internazionale rispetto alla Costituzione, in tutti gli altri casi il parametro costituzionale fa riferimento alla superiorità o alla prevalenza applicativa del diritto internazionale sul diritto interno genericamente considerato²¹⁷.

Relativamente al secondo aspetto della Convenzione come parametro di costituzionalità, nella maggioranza dei paesi è prevista la possibilità che i giudici interni giudichino sulla conformità della normativa interna rispetto ai trattati internazionali: in alcuni testi costituzionali è presente una "costituzionalizzazione del coordinamento interpretativo a preminenza convenzionale"²¹⁸, cioè una verbalizzazione

²¹⁵ STEIN E., *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central Eastern European Constitutions?*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 426 ss. Le quattro fasi precedenti sono state identificate da CASSESE A. nella sua raccolta di lezioni svolte presso l'Academy of International Law, di L'Aia, dal titolo *Modern Constitutions and International Law*, Recueil des Cours, 1985, pp. 331 ss.

²¹⁶ Per una disamina approfondita, cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., pp.184 e ss.

²¹⁷ Anche se, in alcuni casi, il controllo preventivo di costituzionalità farebbe propendere per l'ipotesi che, in caso di conflitto, sarà la legge fondamentale a prevalere.

²¹⁸ COCUZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, p.45.

del vincolo in capo ai giudici, anche costituzionali, ad interpretare le disposizioni della Carta costituzionale in tema di diritti fondamentali in conformità a quanto previsto dalla CEDU. E anche in quei paesi dove la Costituzione non valorizza espressamente il ruolo assegnato alle norme della Convenzione, in sede interpretativa le stesse sembrano spesso ritenute in grado di fungere da parametro costituzionale a tutela dei diritti fondamentali secondo le Corti costituzionali dei paesi in oggetto, con delle evidenti ripercussioni sull'innalzamento del rango rispetto alla posizione di partenza occupata "staticamente" nel sistema delle fonti.

Questo profilo viene favorito dal terzo aspetto, il ricorso individuale.

In molti degli ordinamenti degli Stati dell'ECO, i soggetti hanno la possibilità di ricorrere direttamente alla Corte costituzionale. E' superfluo sottolineare come tale possibilità riconosciuta ai singoli, congiuntamente a quella di utilizzare la Convenzione come parametro nella fase di controllo di legittimità, facciano crescere esponenzialmente le opportunità per i giudici costituzionali dell'ECO di confrontarsi con le norme internazionali in materia di diritti umani, e in particolare, con le disposizioni della CEDU, consentendo loro di assumere una posizione privilegiata, come garanti dei diritti previsti dalla propria Carta costituzionale e interlocutori necessari per le Corti internazionali a tutela dei diritti fondamentali, dunque, della Corte EDU.

Anche per quanto riguarda gli Stati dell'ECO, dunque, al di là del piano statico della teoria delle fonti, è fondamentale analizzare il ruolo determinante sul piano dinamico svolto dalle Corti interne.

5.3 Il ruolo delle Corti costituzionali interne nel sistema di protezione convenzionale: una premessa generale.

Esistono delle innegabili similitudini nel sistema di protezione dei diritti umani a livello di ordinamenti costituzionali interni e quello europeo fondato sulla Convenzione. Prima di tutto esiste una Carta costituzionale di riferimento, un meccanismo di protezione dei diritti basato su un organo giurisdizionale indipendente che in entrambi i casi si

pronuncia sulla stessa materia - i diritti umani e le libertà fondamentali - interpretando e applicando norme e principi assimilabili²¹⁹.

Una inevitabile conseguenza di questa *sovrapponibilità* è il fenomeno della cosiddetta protezione costituzionale multilivello²²⁰ o multi-dimensionale. Dal momento che la responsabilità per la protezione dei diritti non pertiene più alle sole Corti degli ordinamenti interni ma viene condivisa con - almeno - una Corte sovranazionale, è necessario un certo grado di cooperazione tra i differenti livelli di tutela.

Anche per quanto riguarda l'ordinamento CEDU questa relazione esiste, ma non è sempre agevole da realizzare: in riferimento agli Stati originari, è certamente facilitata dall'esistenza di tradizioni costituzionali comuni, ma può essere comunque ostacolata a causa dei livelli differenti di "assorbimento" delle norme convenzionali e della giurisprudenza della Corte in ciascun ordinamento, in considerazione dei differenti livelli di accettazione della perdita di sovranità statale nella sua tradizionale accezione, in relazione ad un certo grado di "espansionismo" nella tutela dei diritti esercitato dai giudici di Strasburgo²²¹.

In riferimento agli Stati dell'Europa centro orientale, a questo tipo di difficoltà può aggiungersi la mancanza di una tradizione costituzionale consolidata, in considerazione della derivazione da contesti politici e giuridici differenti dalla tradizione occidentale degli Stati fondatori del Consiglio d'Europa. La cooperazione multilivello è un momento fondamentale per evitare collisioni tra gli ordinamenti ed evitare che a rimetterci, in ultima istanza, sia la protezione dei diritti e delle libertà degli individui.

Come già analizzato in precedenza, non compete alla Corte EDU una valutazione sulla compatibilità in astratto tra l'ordinamento di uno Stato parte e la Convenzione che prescindendo dalla trattazione delle circostanze di fatto e di diritto emergenti dal singolo caso. In ossequio al principio di sussidiarietà nella sua dimensione procedurale,

²¹⁹ "[...]the Convention and the Court perform functions that are comparable to those performed by national constitutions and national constitutional Courts in Europe" in STONE SWEET A. KELLER H., *The Reception of the ECHR in national legal orders*, in KELLER STONE SWEET (ed.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, p.7

²²⁰ Sulla tutela multilivello, si vedano, tra gli altri RUGGERI A., *La salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 2013, n.4, MOTTESE E., *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti: il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione 'limitata'*, fogli di lavoro per il diritto internazionale, 2010, n.1, DEL VECCHIO A., *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009.

²²¹ cfr. KRISCH N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *Modern Law Review*, 2008, 71, pp. 184 e ss., COSTA J. P., *La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, *Constitutions et Pouvoirs: Melanges en l'honneur de GICQUEL J., P. GELARD (ed.)*, Parigi, 2007, p. 5 e ss. Si tornerà più approfonditamente sulla questione *infra*, cap. 3.

cristallizzato nella necessità del previo esaurimento dei rimedi interni, la Corte EDU può trovarsi di fronte ad una precedente decisione sul caso emanata da una Corte interna costituzionale o suprema verso la quale ritiene opportuno tenere un atteggiamento improntato al *self-restraint*: ma tale atteggiamento di deferenza può talvolta configgersi con uno maggiormente attivista dettato, a certe condizioni, dalla necessità di interpretare ed applicare le norme della Convenzione nel modo che i giudici di Strasburgo ritengono appropriato per una tutela dei diritti soddisfacente.

5.3.1 (segue) Il ruolo delle Corti costituzionali nel processo di transizione post-comunista²²²

Il ruolo che le Corti Costituzionali interne svolgono e continuano a svolgere nell'attuale periodo di consolidamento democratico, con particolare riferimento alla questione relativa a alla protezione dei diritti fondamentali, è senza dubbio di primaria rilevanza.

Prima del 1989, solo due Stati nell'area regionale del centro est Europa potevano contare su un tribunale costituzionale, il quale però non disponeva di un potere di *judicial review* forte. Con il collasso del sistema della cortina di ferro, ogni Stato in fase di transizione democratica ha istituito nel proprio ordinamento una Corte costituzionale, utilizzata come prova simbolica del carattere democratico che andavano assumendo²²³.

Rifacendosi alla classificazione che Fromont ha operato scrivendo dei modelli di giustizia costituzionale nel mondo²²⁴, con specifico riguardo all'area europea, le Corti istituite nei paesi dell'Europa centro orientale successivamente alla caduta del regime comunista appartenerebbero alla terza generazione di Corti costituzionali: a differenza di quelle di prima generazione, le cui attribuzioni più significative emergono nell'ambito delle competenze relative alla risoluzione delle controversie tra poteri dello stato (e, naturalmente, nel giudizio astratto di costituzionalità), con riguardo invece, ai poteri delle Corti Costituzionali di seconda e terza generazione l'autore evidenzia come si sia accentuato maggiormente il profilo relativo alla tutela dell'effettività del dettato delle

²²² Cfr. GAMBINO S., *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, e GAMBINO M.A., *Le transizioni democratiche nell'Europa centro-orientale*, in GAMBINO S. (a cura di) *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, Milano, 2003, p. 2 e ss e 69 e ss.

²²³ Cfr. SÓLYOM L., "The role of constitutional courts in the transition to Democracy: with special reference to Hungary," *International Sociology* vol. 18, no. 1 (2003), p. 134.

²²⁴ Cfr. FROMONT M., *La justice constitutionnel dans le monde*, Dalloz, 1996, pp. 17 e ss.

nuove disposizioni costituzionali, con particolare riferimento a quelle concernenti la protezione dei diritti fondamentali nei confronti degli altri poteri politici dello Stato che, almeno inizialmente, risentivano dei retaggi dei regimi precedenti.

Oltre al dato significativo della proliferazione come tratto caratteristico e rilevante della fase post comunista, ancora più interessante appare, dunque, il ruolo di enorme importanza che queste Corti hanno ricoperto per guidare la fase di trasformazione dai regimi autoritari in democrazie costituzionali nei rispettivi Stati, sovente superando le resistenze interne al processo di “europeizzazione” come inevitabile corollario della transizione e ponendosi come foro dei principii per la promozione e la difesa dei valori del costituzionalismo, della *rule of law* e dei diritti umani previsti dalle Costituzioni, le quali, fino a quel momento, avevano assunto a mero riferimento programmatico.

La gran parte di queste Corti ha svolto una funzione di controllo nei confronti delle altre articolazioni dello Stato -organi politici e governativi- generando un significativo incremento nel livello di rispetto sia delle norme e dei principi costituzionali, sia delle decisioni della Corte stessa, riuscendo a modificare l’approccio *centralistico* che aveva caratterizzato gli ordinamenti degli stati nell’orbita sovietica fino a quel momento, esercitando un ruolo attivo per la transizione dai vecchi regimi comunisti alle democrazie costituzionali sul modello occidentale.

Contrariamente alla sfida *contromaggioritaria*, comune alle Corti costituzionali dei paesi di tradizione occidentale, che scontano un difetto di legittimazione democratica nell’annullamento di norme interne scaturenti da un processo decisionale riconducibile ad istituzioni interne democraticamente elette, sostituendo perciò la propria lettura dei diritti e le relative finalità politiche a quella della maggioranza democraticamente eletta, non si riscontrano simili riserve per le Corti costituzionali del ECO.

Al contrario, si presume che, nel caso di interpretazione configgente tra la Corte e il Parlamento in materia di diritti costituzionalmente garantiti, la prima sia *nel giusto*: esisterebbe una sorta di “saggezza convenzionalmente riconosciuta” appartenente ad una maggioranza di giudici necessariamente a conoscenza del reale significato di una norma costituzionale rispetto alla quale una decisione da parte della maggioranza della Camera dei parlamentari sullo stesso oggetto sarebbe soccombente. Tanto che le uniche

posizioni “critiche” nell’ambito dell’enorme consenso popolare di cui godono sarebbero da rintracciare nella circostanza che non sarebbero “potenti” abbastanza²²⁵.

Al di là di questo dogmatico riconoscimento di legittimità “popolare”, è possibile, d’altro canto, rintracciare dei tratti comuni di debolezza in riferimento alle Corti costituzionali dei paesi dell’ECO (nonostante la eterogeneità di ciascuna realtà e le problematiche peculiari afferenti a ciascun ordinamento): la mancanza di una legittimazione fondata sull’autorevolezza di un prestigio consolidato nel lungo periodo; l’inesperienza nella protezione effettiva di diritti e libertà costituzionalmente garantiti; una posizione ulteriormente indebolita da una cultura giuridica *abituata ad aggirare il diritto*²²⁶.

La missione primaria da affrontare per i giudici delle nuove Corti è consistita, dunque, nel “riempire” di significato le formulazioni letterali delle disposizioni costituzionali, in modo da conferire i caratteri della comprensibilità e durevolezza nel tempo, marcando una differenza sostanziale rispetto al periodo precedente e rinnovando il “vocabolario giuridico” interno attraverso il ricorso a principi mutuati da altri ordinamenti o dal diritto internazionale²²⁷.

5.4 La Corte EDU, attivismo e ruolo suppletivo: le ragioni di opportunità in relazione ai problemi sistemici.

Il ruolo della Corte EDU si è andato indiscutibilmente ampliando in ragione dell’allargamento agli Stati del Centro ed est Europa: il mutamento del contesto di riferimento ha prodotto un maggior attivismo dei giudici di Strasburgo per una serie di

²²⁵ “The new constitutional Courts were created out of a deep mistrust for the majoritarian institutions, which had been misused and corrupted in the fascist and communist regimes. In this given historical content, the constitutional court enjoyed “revolutionary legitimacy”. Little wonder if some constitutional courts have been inclined to replace the motto “we the people”, with “we the court”, SÓYLOM L., “The role of constitutional courts in the transition to Democracy: with special reference to Hungary”, cit., p. 133.

²²⁶ Tale posizione di debolezza sarebbe confermata anche da una difficoltà generalizzata per Governi e Parlamenti nel trasferire all’interno delle proposte di legge il contenuto delle decisioni della Corte costituzionale che hanno evidenziato la discrepanza tra l’ordinamento interno e la Convenzione: per quanto riguarda la Polonia, ad esempio, tali difficoltà sarebbero da ricondurre alla mancanza di un meccanismo separato di controllo all’interno del procedimento legislativo che consenta di valutare la compatibilità dei disegni di legge con le norme della Convenzione, all’inerzia dei parlamentari, alla mancanza di un sistema sanzionatorio adeguato nel caso di mancata esecuzione delle sentenze della Corte Costituzionale. Sul punto, cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 46-47.

²²⁷ DUPRÉ C., *Importing the law in post-communist transitions: the Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity*, Oxford, 2003; SADURSKI W., *Postcommunist constitutional courts in search of political legitimacy*, cit., p. 11; dello stesso autore, *Postcommunist Charters of Rights in Europe and the US Bill of Rights*. *Law and Contemporary Problems*, 65, 2, pp. 223 e ss.

ragioni, che si aggiungono a quelle meramente procedurali afferenti l'incremento del carico di lavoro analizzato in precedenza, e che le presuppongono. Bisogna sottolineare come, *prima facie*, la circostanza dell'allargamento possa deporre in senso negativo rispetto ad una maggiore attivismo *da parte della* Corte EDU: intuitivamente, infatti, l'espansione est pare avere come effetto immediato quello della perdita delle tradizioni comuni caratterizzanti la prima fase del Consiglio d'Europa, la cui conseguenza diretta sarebbe un abbassamento delle probabilità di riscontrare un *consensus* inter-statale sulla tutela dei diritti, con un incremento dell'ambito applicativo del margine di apprezzamento a favore degli Stati parti; tale circostanza risulterebbe in evidente contraddizione con la possibilità di mettere in discussione le decisioni degli organi interni legislativi ed esecutivi contrastanti con l'interpretazione che la Corte fornisce dei diritti garantiti.

Invece, una serie di preoccupazioni hanno, di fatto, spinto la Corte ad abbandonare un approccio di *self restraint*²²⁸: il rischio che successivamente all'allargamento ad est le garanzie di protezione dei diritti fondamentali previste dalla Convenzione si potessero trasformare da standard minimo a "orizzonte lontano"; la difficoltà da parte degli organi politici del Consiglio di esercitare, *ex post* (una volta avvenuta l'adesione), una efficace pressione per favorire le riforme istituzionali promesse prima dell'ingresso²²⁹; la preoccupazione che l'assorbimento di paesi dalle differenti e spesso inadeguate prassi in materia di tutela dei diritti fondamentali potesse provocare una pericolosa asimmetria nell'applicazione della Convenzione all'interno degli Stati membri (*normalizzando* la situazione eccezionale di accettazione di *standard* di tutela inferiori in ragione del momento di transizione), pregiudicando, in questa maniera, uno degli obiettivi principali della Corte: l'idea di uno *ius publicum europeum* nel campo dei diritti fondamentali, che, come si vedrà successivamente a proposito della "*costituzionalizzazione*" della Corte EDU, è da molti autori identificata come la condizione alla base dell'effettività della CEDU nonché sua funzione preminente.

I rischi appena esposti hanno, perciò, indotto i giudici della Corte di Strasburgo a rivedere il proprio orientamento sull'impatto della propria giurisprudenza nei confronti degli ordinamenti degli Stati parti, concedendosi la possibilità di abbandonare, una volta

²²⁸ POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., pp. 220 e ss.

²²⁹ SWEENEY J. A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, cit., pp. 18 e ss.

per tutte, la *factio* di essere una sorta di *super appellate body* che verifica soltanto i ricorsi individuali piuttosto che le normative interne degli Stati membri²³⁰. In realtà, risulta decisiva la circostanza che per la prima volta la Corte si trova a dover affrontare un tipo di violazioni inedite per gravità e sistematicità in relazione a problemi strutturali che raramente aveva dovuto affrontare in precedenza²³¹. Ed è proprio la natura sistemica di tali violazioni, intimamente legate a caratteristiche ordinamentali ed a teorie politiche dello Stato connesse al passato, che ha spinto la Corte a mutare la propria funzione, attuando un controllo di compatibilità sempre più stringente attraverso il ricorso alla procedura di sentenza pilota.

5.4.1 La violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Protocollo 1 negli Stati dell'ECO come occasione per un maggiore attivismo: dal relativismo transizionale all'universalismo.

I regimi comunisti dei paesi del centro ed est Europa si erano impegnati in diffusi programmi di nazionalizzazione ed espropriazione. Dal momento dell'ingresso di tali Stati all'interno del Consiglio d'Europa, sono iniziati i vari tentativi a livello interno di restituzione delle proprietà. Esiste una Risoluzione²³² dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa a riguardo indirizzata agli Stati che detta linee guida piuttosto dettagliate per consentire alle relative autorità interne di trattare adeguatamente la questione della restituzione delle proprietà.

La Risoluzione sulla *de-comunistizzazione* degli Stati individua i due aspetti principali verso i quali dirigere la giustizia riparatoria: il primo riguarda la “criminalizzazione” di comportamenti considerati reati nell'era comunista che non costituiscono fatto penalmente rilevante in ordinamenti espressione di un differente; la seconda, che maggiormente interessa ai fini della presente ricerca, concerne, appunto, la giustizia riparatoria in relazione alla restituzione della proprietà.

²³⁰ Sul punto, cfr. SADURSKI W., *Judicial review in central and Eastern Europe, rationales or rationalization?*, in *Israeli Law Review*, 2010, p. 520.

²³¹ Tanto che spesso, trovandosi di fronte a procedure giurisdizionali formalmente istituite nei nuovi stati membri, ma in realtà del tutto inadeguate a garantire in concreto un effettivo diritto di difesa dei ricorrenti, i giudici di Strasburgo hanno iniziato a dichiarare ricevibili ricorsi rispetto ai quali non erano esauriti tutti i rimedi giurisdizionali interni: cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., p. 115 e ss.

²³² Risoluzione 1096/96 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

La questione centrale è che la proprietà deve essere restituita: nel caso non sia possibile, si deve provvedere a mettere in atto sistemi compensativi adeguati. Il fondamento convenzionale per tali provvedimenti è da individuare nell'art.1 del Protocollo1 (il quale, in verità, non garantisce il diritto di proprietà ma piuttosto in generale, il godimento indisturbato del possesso).

A questa Risoluzione ha fatto seguito una rilevante giurisprudenza della Corte EDU, che ha utilizzato la Convenzione per sostenere le ragioni dei ricorrenti in tema di restituzione della proprietà, adottando un approccio piuttosto critico nei confronti della capacità dei rimedi interni apprestati di essere realmente soddisfacenti delle ragioni degli espropriati, in relazione alle finalità di tutela di cui all'art.1 del Protocollo 1²³³.

A parte i casi in cui i soggetti hanno incontrato degli ostacoli nella protezione delle loro posizioni giuridiche in seguito al rigetto dei loro ricorsi per incompetenza della Corte *ratione materiae* e *ratione temporis*²³⁴, può riscontrarsi, all'opposto, un consolidato filone giurisprudenziale che si è espresso in modo particolarmente incisivo sulla adeguatezza dei rimedi interni predisposti dagli Stati per affrontare la fase di transizione democratica in relazione ai diritti soggettivi dei ricorrenti in materia di proprietà.

Autorevole dottrina²³⁵ ha sottolineato la notevole incidenza della necessità di protezione del diritto di proprietà sul mutamento di approccio della Corte alla delicata questione del passaggio per gli Stati dell'ECO dai precedenti regimi alla democrazia costituzionale.

Da una posizione adagiata sul riconoscimento della transizione come motivo per un atteggiamento di *self restraint* e come presupposto per l'accettazione di una "sospensione" temporanea del livello di standard di tutela dei diritti, la Corte avrebbe *virato, dunque*, verso un atteggiamento di maggiore attivismo, dal quale emerge chiaro l'intento di *spingere* gli Stati a portare i propri ordinamenti in linea con gli *standard*

²³³ Di cui le sentenze *Broniowski e Hutten Czapska* rappresentano le massime espressioni.

²³⁴ Per quanto riguarda il primo limite, si veda quanto stabilito nel caso *Kopecky c. Slovacchia* (sentenza del 28 settembre 2004, ric. n. no 44912/98) ove la Corte rimarca la propria incompetenza di imporre agli Stati obblighi positivi ordinando la predisposizione di rimedi interni che consentano di restituire le proprietà a loro trasferite prima della ratifica della Convenzione. Per quanto concerne il secondo, il trasferimento di proprietà a favore dello Stato attraverso espropriazione avvenuta durante il precedente regime comunista viene considerato, nella maggior parte dei casi, un atto istantaneo sul quale la Corte non ha giurisdizione dal punto di vista temporale: fanno eccezione a questo indirizzo i casi in cui i giudici di Strasburgo hanno classificato l'atto di espropriazione come illecito di durata, a condizione che già potesse considerarsi contrario ad una norma interna, come successo nel caso *Papamichalopoulos e altri c Grecia*, *cit.*

²³⁵ SWEENEY J. A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, *cit.*, pp. 91 e ss.

convenzionali faticosamente raggiunti, a discapito della “eccezionalità” della fase di transizione che gli ordinamenti di tali Stati si trovavano ad affrontare.

Tale posizione esprime, dunque, la necessità dell’universalizzazione dei diritti rispetto ad un approccio maggiormente improntato al relativismo.

Dopo una prima fase, dunque, in cui la Corte concedeva ampio margine di discrezionalità agli Stati nella predisposizione degli schemi di restituzione, ritenendo giustificabili le limitazioni di tutela a certe categorie di ricorrenti per il perseguimento del pubblico interesse in relazione alla fase di transizione, si è passati ad una fase successiva in cui, al contrario, la Corte ha iniziato ad imporre agli Stati obblighi positivi affinché assicurassero le esigenze di protezione dei ricorrenti in relazione ai beni espropriati nella maniera più ampia possibile, in una prospettiva generale di “*multiple transitions*” non afferente la sola dimensione politico-ordinamentale, ma che si accompagna alla costruzione di una società basata sul principio di libero mercato, mettendo in luce un evidente grado di contaminazione tra le politiche in materia di riparazione e le più ampie riforme costituzionali ed economiche che interessavano il paese²³⁶.

Quindi, ad un approccio particolarmente “accondiscendente”, in considerazione dell’eccezionalità che connota il periodo di transizione, fa seguito uno ben più *attivista* attraverso il ricorso alla procedura della sentenza pilota: al di là del riferimento meramente retorico alle difficoltà legate al passaggio dal regime comunista ad uno democratico, la Corte si spinge fino ad operare un bilanciamento differente tra l’interesse pubblico e le ragioni dei ricorrenti rispetto a quello effettuato dal legislatore

²³⁶ Nel caso *Broniowski*, la Corte prende posizione in riferimento all’ambito applicativo della schema compensativo disciplinato dalla normativa polacca del 1997 che riconosce un diritto di credito ai soggetti espropriati. Il parametro interpretativo per valutare la conformità della legge interna alla Convenzione è l’art.1 Protocollo 1, il quale riconosce come ragionevole una compensazione corrispondente al valore di mercato del bene espropriato. In circostanze eccezionali, però, che possono dipendere da espropriazioni effettuate in tempo di guerra o in tempo di pace contestualmente a riforme economiche che coinvolgono istanze particolari di giustizia sociale, la Corte mostra di riconoscere giustificabile un allontanamento dall’ambito applicativo dell’art. 1 Protocollo 1. Tra le circostanze eccezionali, la Corte riconosce anche la gestione del processo di transizione per gli Stati dell’ECO. Ma le circostanze eccezionali possono causare una riduzione nel livello di compensazione, che deve rimanere comunque *ragionevole*: la Corte mostra di accettare, quindi, una soglia di indennizzo minore rispetto a quella che sarebbe garantita dalla Convenzione, in ragione del particolare contesto di difficoltà finanziarie dello Stato conseguenza del processo di riforma radicale dell’ordinamento dal punto di vista politico ed economico. Ma tale limitazione del diritto alla compensazione non può spingersi fino alla compressione totale delle ragioni economiche del soggetto espropriato: la soglia iniziale stabilita dalla normativa polacca era del 2% del valore del bene, che i giudici di Strasburgo mostrano di ritenere assolutamente inadeguata, costringendo le autorità interne ad emanare una nuova legge che ritoccava tale soglia al 20%, ritenuta sufficiente dalla Corte EDU, tanto da potere essere utilizzata come base per il *friendly settlement* stipulato successivamente tra il ricorrente e il governo. Anche da questo punto di vista, il caso *Broniowski* rappresenta uno spartiacque nella giurisprudenza della Corte e nel suo approccio alla questione della transizione: i giudici di Strasburgo ne mettono in discussione i caratteri assoluti della eccezionalità, pronunciandosi non solo sul caso concreto ma sulla compatibilità in astratto della normativa interna con la Convenzione nelle forme analizzate in precedenza, supra par. 3.

Sulla relazione tra eccezionalità della transizione e ragionevolezza, cfr. GARLICKI L., “*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*”, cit., p. 184.

interno²³⁷ in materia di riparazione, orientato ad ottenere un livello di tutela dei diritti che non metta in discussione gli *standards* convenzionali²³⁸.

Con il nuovo approccio, la Corte non soltanto richiede agli Stati di evitare di violare diritti umani durante i tentativi di predisposizione dei rimedi interni finalizzati a fornire riparazione alle vittime dei passati regimi comunisti in materia di proprietà, ma pretende che tali rimedi rispondano ad esigenze di effettività: se, da una parte, tale posizione sembra apparentemente confermare la logica della sussidiarietà richiedendo agli Stati di risolvere al loro interno determinate situazioni, dall'altra, invece, mostra una ingerenza considerevole nella loro discrezionalità in fase di implementazione, esercitando, più che un ruolo sussidiario, una vera e propria funzione di supplenza, come è stato autorevolmente sostenuto²³⁹.

5.5 I presupposti per ricorrere allo strumento processuale della sentenza pilota: le ragioni di opportunità.

L'analisi sul parametro normativo e giurisprudenziale rilevante, benché fornisca un indizio rilevante sul grado di apertura alle ragioni della CEDU e della sua giurisprudenza da parte degli Stati dell'ECO che ancora stanno affrontando la fase di transizione costituzionale, non è sufficiente per indurre la Corte a ricorrere alla procedura della sentenza pilota: devono sussistere anche altre condizioni tali da indurre, in ultima istanza, una aspettativa positiva nei giudici di Strasburgo sull'adozione delle misure idonee da parte delle autorità interne dello Stato destinatario²⁴⁰.

Appare innegabile che la sentenza pilota, soprattutto in senso stretto, palesi l'intenzione della Corte di esercitare quella funzione di controllo di convenzionalità che, però, non si

²³⁷ Nel caso *Hutten- Czapska*, cit. la Corte sostiene che nonostante “ the exceptionally difficult housing situation in Poland, (and) the inevitable consequences involved in the reform of the lease market (...) the introduction of laws restricting the levels of the rent in privately owned flats had not struck a fair balance between rights of the owners and the tenants”, par. 176 e 225.

²³⁸ Nel caso *Broniowski*, cit. la Corte rimarca come durante la fase di transizione verso un sistema democratico improntato al riconoscimento del principio del libero mercato “ the exercise of the States's discretion, even in the content of the most complex reform of the State, cannot entail consequences at variance with Convention standards”, par. 182.

²³⁹ SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, cit., p. 420.

²⁴⁰ LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 35-36 n. 86

limita alla indagine sulla compatibilità di un atto interno a portata generale con le norme della Convenzione, ma si estende fino a comprendere le conseguenze di tale violazione: per entrambe le valutazioni viene utilizzata la parte della sentenza dedicata al dispositivo.

Tale circostanza sembra avere una duplice conseguenza in termini di utilità: da un lato, enfatizza la portata giuridica della decisione, non lasciando alcun dubbio interpretativo in merito all'individuazione dell'obbligo giuridico, grazie alla piena sovrapposibilità tra oggetto formale e ambito oggettivo del giudicato²⁴¹, dall'altro facilita il compito del Comitato nella fase successiva di supervisione.

La particolare capacità di incidere dal punto di vista dell'efficacia viene nei fatti bilanciata in termini di "costi", cioè dal rischio che lo Stato contraente - o meglio, le autorità interne destinatarie dell'obbligo - non voglia (o non possa²⁴²) conformarsi a quanto deciso dalla Corte. Tali rischi sono accentuati dalla presenza di una base giuridica debole, come analizzato in precedenza, *supra* par. 2.

Per tali ragioni da parte di alcuni autori viene sconsigliato un utilizzo indiscriminato della procedura di sentenza pilota²⁴³: e infatti la Corte vi fa ricorso solamente in presenza di determinate condizioni.

Abbiamo affrontato in precedenza la questione dei presupposti che inducono in astratto i giudici di Strasburgo a ricorrere a tale strumento processuale, utilizzato in presenza di un problema strutturale nell'ordinamento interno che ha generato o è in grado di generare un elevato numero di ricorsi che lamentano la stessa violazione. Tale valutazione in astratto è sembrata accompagnarsi ad una serie di altre considerazioni di cui i giudici di Strasburgo sembrano aver tenuto conto al momento di decidere di inaugurare la nuova prassi.

Nell'analisi che segue, si tenterà di individuare tali condizioni di opportunità, sia in riferimento all'utilizzo della sentenza pilota in senso ampio, sia in relazione alle considerazioni che, probabilmente, hanno indotto i giudici di Strasburgo ad emanare una sentenza pilota in senso pieno o a ricorrere allo strumento della sentenza quasi

²⁴¹ Anche se, dal punto di vista normativo - come si è sostenuto *supra* par. 4- , si ritiene non vi sia una sostanziale differenza in termini di obbligatorietà degli effetti giuridici con le decisioni che non utilizzano il dispositivo per evidenziare la sistemicità della violazione e le conseguenze di questa in termini di necessità di adozione di misure generali.

²⁴² Sui casi di mancata esecuzione, *infra*, cap. 2.

²⁴³ GARLICKI L., "Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments", *cit.*, p. 190

pilota (utilizzando in modo differente il dispositivo) in riferimento a tipi di violazione assimilabili.

5.5.1 Le ragioni di opportunità: l'ambiente favorevole come minore resistenza.

L'apertura alle ragioni della CEDU e della sua Corte da parte degli Stati parti della Convenzione - in particolare, per quelli dell'Europa centro orientale (individuata in precedenza nella breve ricognizione del parametro normativo e della giurisprudenza, supra par. 5.1) insieme alla presenza di problemi strutturali non rappresentano i soli elementi valutati dai giudici della Corte per ricorrere alla procedura della sentenza pilota.

Sembrano sussistere anche altre condizioni: è evidente che la misura dell'effettività di un portato giurisprudenziale dotato di un significativo potenziale di incisività nei confronti della sovranità statale possa emergere soltanto prendendo in considerazione il grado di accettazione e quindi di "obbedienza volontaria" che ad esso dimostrano gli Stati parti; bisogna premettere, a tal proposito, che non tutti gli Stati hanno dimostrato lo stesso livello di disponibilità mostrato dalla Polonia nell'accettare la procedura di sentenza pilota: un ruolo particolare, in questo senso, è stato svolto dai giudici costituzionali e delle Corti supreme²⁴⁴.

5.5.2 Le ragioni delle Corti costituzionali interne e quelle della Corte EDU : premessa generale alla condizione della sinergia

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, la Corte, in linea di principio, non ha la competenza per decidere in astratto su una questione afferente ai diritti umani: deve confrontarsi con le questioni di fatto e di diritto che derivano concretamente dal ricorso individuale, ma non solo.

²⁴⁴ La prima conseguenza della classificazione di una Corte internazionale come costituzionale riguarda il dialogo con le Corti costituzionali interne che possono percepirla come rivale: la circostanza che venga percepita come un corpo estraneo al sistema costituzionale di riferimento rende difficile la cooperazione da parte delle autorità statali e complica la ricerca della corte nel trovare un approccio che possa garantire alle sue decisioni di diventare parte integrante dell'ordinamento al quale si rivolgono: sul punto, cfr. GERRARDS J., *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in *The Legitimacy of Highest Courts' rulings*, N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF, (ed.), The Hague: T.M.C. Asser Institute, 2008, pp. 410 e ss. Infatti, è facile riscontrare delle resistenze da parte di alcune Corti costituzionali, la cui posizione può essere definita di *critical loyalty*; sulla questione si tornerà *infra*, cap. 3.

Quanto viene sottoposto alla Corte sono anche le risposte che già sono state fornite a livello interno a tali questioni, la cui autorevolezza può essere variabile.

In applicazione del principio di sussidiarietà procedurale di cui all'art. 35 par. 1, il ricorso è ammissibile una volta esperiti tutti i rimedi interni effettivi: questo significa che spesso la Corte si trova ad esaminare casi ai quali è già stata data una "risposta", nella forma di una decisione di un organo giurisdizionale interno, che può essere una Corte suprema o costituzionale la quale ha tenuto conto sia della Costituzione interna che della Convenzione, in misura più o meno estesa. Quindi, da un lato la Corte si trova nella posizione di dover proteggere la corretta interpretazione della Convenzione, quanto meno come standard minimi di tutela; dall'altro, deve mostrare deferenza alle autorità nazionali -i giudici in primo luogo- per quel che riguarda le modalità di implementazione di tali standard a livello nazionale. Mentre la prima posizione spinge nella direzione di un maggior attivismo nell'interpretazione della Convenzione, la seconda suggerisce un approccio maggiormente conservativo²⁴⁵.

Per bilanciare correttamente queste due esigenze contrapposte, occorre che il processo di applicazione delle norme della Convenzione sia improntato il più possibile ad una costante *sinergia* tra le Corti interne e quella di Strasburgo: in considerazione dell'attuale numero di alte Corti interne - senza fare menzione della Corte di Giustizia Europea- è necessario un livello di cooperazione adeguato a far funzionare il sistema europeo di tutela dei diritti cercando di ridurre al minimo le antinomie.

Fatta questa premessa, è particolarmente complicato individuare con precisione le dinamiche relazionali tra le Corti e, quindi, difficile prevederne gli esiti: la tentazione della Corte di Strasburgo nel consolidare *standard* di protezione può scontrarsi con la tendenza delle Corti interne a proteggere l'identità costituzionale del proprio ordinamento da ingerenze esterne²⁴⁶.

Quello che si intende indagare in questa sede non sono soltanto i presupposti della sinergia, quanto soprattutto il grado di cooperazione in sé come fattore condizionante la decisione della Corte EDU nel ricorrere alla procedura della sentenza pilota (e, in senso affermativo, se ricorrervi in senso più o meno ampio), la quale, per le ragioni esposte in precedenza, rischia di essere percepita dai destinatari della decisione - tra i quali, anche

²⁴⁵ POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, pp. 87 e ss.

²⁴⁶ Sul punto, *infra* cap. 3.

le Corti costituzionali interne, evidentemente, - come particolarmente invasiva della sovranità statale.

In relazione alla violazione dell'art. 1 Protocollo 1, che ha rappresentato il paradigma per il ricorso alla procedura nella sua fase iniziale, verrà analizzata la relazione tra l'aperta cooperazione tra le Corti e il ricorso allo strumento in modo *pieno: a contrario*, si prenderà in considerazione anche il caso italiano in cui , ad un dialogo che risulta meno visibile -o, quantomeno, non così esplicitato- corrisponde l'utilizzo dello strumento pilota in modo parziale.

5.5.3 La sinergia tra la Corte edu e le Corti costituzionali degli Stati dell'ECO: una spiegazione per il ricorso alla procedura di sentenza pilota

Il processo di cooperazione può avvenire attraverso l'*assorbimento* da parte delle Corti interne della giurisprudenza di Strasburgo, oppure, all'inverso, quando è la Corte EDU a trovare una *sponda* favorevole all'interno per portare avanti le proprie posizioni.

Per quel che riguarda il primo aspetto, le Corti costituzionali interne degli Stati dell'ECO²⁴⁷ hanno avuto più di un motivo per costruire una solida “alleanza” con la Corte EDU ed *accettare* la procedura di sentenza pilota: come visto in precedenza, per le Corti costituzionali dei Paesi dell'ECO, al di là dell'alto livello di credibilità popolare di cui godono all'interno, rimangono comunque una serie di limiti da superare. In questa prospettiva, una collaborazione con la Corte EDU, ha costituito, per un verso, un supporto per sviluppare una giurisprudenza “credibile” in materia di protezione dei diritti umani, per un altro, la costruzione di un legame solido con una Corte sopranazionale prestigiosa quale la Corte EDU ha consentito loro di acquisire un prestigio “riflesso” ulteriore, in grado di proteggerle nei confronti di organi legislativi, e, soprattutto, governativi particolarmente influenti all'interno, riducendo l'isolamento istituzionale nel quale sono state o possono essere costrette²⁴⁸.

²⁴⁷ Discorso differente bisogna fare per i giudici ordinari di questi stessi stati, non altrettanto aperte nei confronti del sistema convenzionale e disposte a prenderlo “sul serio”: circostanza che genera un certo scetticismo da parte dei cittadini nei loro confronti spingendoli a ricorrere alla Corte di Strasburgo in modo cospicuo, andando ad incrementarne il carico di lavoro. Per una disamina sul grado di assimilazione della Convenzione da parte dei giudici interni degli Stati del ECO, si veda GREER S., *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Aspects*, Cambridge University Press, 2006, pp.114-135.

²⁴⁸ Sul punto, cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., pp. 43 e ss.

La sinergia tra le Corti può assumere forme differenti. E' una circostanza piuttosto ricorrente che le Corti costituzionali interne facciano riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU nelle loro decisioni, in ragione del fatto che la transizione verso la democrazia costituzionale e lo stato di diritto degli ordinamenti di cui fanno parte passa soprattutto attraverso lo *status* di membro del Consiglio d'Europa, contando, quindi, sull'autorevolezza della Convenzione e della sua Corte²⁴⁹: il riferimento ad una decisione dei giudici di Strasburgo può essere utilizzato come argomento a supporto della propria decisione o come aiuto interpretativo, quando ritengono che il livello di protezione in un determinato ambito assicurato dalla Convenzione e dalla giurisprudenza della Corte EDU sia più elevato rispetto a quello assicurato dal proprio ordinamento. Tale supporto interpretativo, in riferimento alle Carte costituzionali interne, viene facilitato dalla circostanza che in molti paesi dell'ECO queste hanno ripreso letteralmente le formulazioni degli articoli della Convenzione: dunque, sussisterebbe una lecita "tentazione" di utilizzare la giurisprudenza consolidata di Strasburgo come parametro per l'interpretazione delle norme costituzionali interne di formazione recente, sulle quali le Corti costituzionali non hanno sviluppato ancora la sufficiente dimestichezza²⁵⁰. Può accadere, inoltre, che tali Corti mutino la propria giurisprudenza consolidata per conformarsi a quella della Corte EDU: questo è successo in quei casi in cui uno Stato appena entrato a far parte del Consiglio d'Europa la Corte costituzionale interna aveva già sviluppato una propria giurisprudenza in materia di diritti fondamentali²⁵¹.

Ma quello che maggiormente rileva ai fini del nostro studio è il secondo aspetto: quando, cioè, è la Corte EDU a trovare una "sponda" favorevole all'interno per portare avanti le proprie posizioni. Secondo Sadurski ed altri autori, è proprio dalla collaborazione e dall'allineamento con le Corti costituzionali interne che è derivato il

²⁴⁹ Sadurski ritiene che questo atteggiamento che spesso assume i connotati del mero riferimento retorico, sia dettato da un senso di "*noblesse oblige*" che eviterebbe il rischio di *dissenting opinions* a margine della decisione emessa, e, più in generale, di potere essere considerati "*unprofessional*" dalla comunità giuridica. SADURSKI W., *Postcommunist constitutional courts in search of political legitimacy*, cit., p. 23.

²⁵⁰ GARLICKI L., *Some Observations on Relations Between the European Court of Human Rights and the Domestic Jurisdictions*, in Iliopoulos-Strangas (ed), *Cours supremes nationales et cours europeennes: concurrence ou collaboration?*, Atene, 2007, p. 308.

²⁵¹ Inoltre, bisogna tenere conto del fatto che tale sinergia tra Corti interne e Corte EDU è facilitata dalla circostanza che le prime non devono resistere ad una *leadership* della seconda in ragione della supremazia e dell'effetto diretto - consolidati invece nell'ordinamento dell'Unione Europea - che rischierebbe di renderle ridondanti. Al contrario, il requisito procedurale del previo esperimento dei mezzi interni di ricorso allontana qualunque tipo di timore di diventare ininfluenti, soprattutto in quegli ordinamenti in cui è previsto il ricorso diretto alla Corte costituzionale. Sul punto, cfr. SADURSKI W., *Judicial review in Central and Eastern Europe, Rationales or Rationalization?*, cit., p. 525.

“coraggio” per i giudici di Strasburgo di ricorrere a sviluppare la prassi della procedura di sentenza pilota come mezzo di pressione per le modifiche legislative interne, che altrimenti, non avrebbe mai sollecitato in modo così esplicito, in considerazione di quanto analizzato in precedenza sulle debolezze del fondamento giuridico della procedura, e, più in generale, in ragione delle caratteristiche generali del sistema di protezione. Questa sinergia, se, come detto, dal lato delle Corti Costituzionali ne è consolidato e consolida tutt’ora la legittimità orizzontale inter-istituzionale nel panorama interno (posto, il più delle volte, in termini di conflitto), dalla prospettiva dei giudici di Strasburgo ha consentito (e consente) di limitare le obiezioni sulla ingerenza indebita nella sovranità statale da parte di una Corte internazionale²⁵²: questo è esattamente ciò che Helfer e Slaughter identificano come la caratteristica fondamentale di un tribunale sovranazionale, cioè riuscire a “penetrare la superficie dello Stato” mettendone in crisi il dogma della unitarietà di “facciata”²⁵³.

Dunque, potremmo sostenere che tale sinergia può assumere forme differenti, e che quella che denota il maggior grado di “simbiosi” la ritroviamo nell’ambito della procedura pilota in senso pieno.

5.5.4 La tutela della proprietà: le differenze tra il caso italiano a confronto con il precedente polacco. I casi Broniowski e Hutten Czapska

I casi *Hutten Czapska* e *Broniowski* sono emblematici della completa sinergia tra i giudici di Strasburgo e quelli della Corte costituzionale. In entrambi i casi veniva richiesto alle autorità interne, non soltanto di riformare l’ordinamento attraverso profonde modifiche normative, ma, più in generale, dare un segnale evidente ai cittadini su cosa si sarebbero dovuti aspettare in termini di tutela del loro diritto di proprietà nel sistema economico post- socialista²⁵⁴.

²⁵² *Ibidem*, p. 521.

²⁵³ “[...]stripping the state of its unitary facade creates the possibility of direct relationships between the supranational tribunals and different governmental institutions such as courts, administrative agencies, and legislative committees[...]”, cfr. HELFER e SLAUGHTER, *Towards a theory of effective supranational adjudication*, Yale Law Review, 1997, 273 e ss., p. 289.

²⁵⁴ Cfr., LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 48. Come sottolineato da Zagrebelski nell’intervista del 25 marzo 2009 (che si può ritrovare all’interno della fonte di cui sopra, a p. 49) a proposito delle due sentenze, nonostante l’identificazione di un problema sistemico e della necessità di adottare le opportune modifiche legislative, i giudici non si sono mai pronunciati sull’ammontare del risarcimento dovuto: questo aspetto verrà approfondito successivamente, *infra* cap. 2, quando si parlerà delle misure generali specifiche in relazione al margine di discrezionalità degli Stati.

Nel primo caso, come visto in precedenza, viene evidenziato dai giudici di Strasburgo un problema strutturale in relazione alla normativa interna sugli affitti che tutelava eccessivamente i locatari a scapito dei diritti dei proprietari, ai quali era interdetta la possibilità di aumentare il canone di affitto: la legge sugli alloggi risultava eccessivamente sbilanciata nel perseguimento dell'interesse pubblico (come configurato nell'ideologia socialista), incompatibile con le ragioni della transizione verso una economia di mercato²⁵⁵, e, dunque, capace di generare un elevato numero di ricorsi a Strasburgo per la violazione del diritto di proprietà di cui all art. 1 Protocollo 1.

Ma, già precedentemente all sentenza pilota della Corte EDU, i giudici della Corte costituzionale avevano dichiarato illegittima la normativa interna del 1994 sul Controllo del canone -e le successive modifiche- attraverso una serie di sentenze che evidenziavano un onere eccessivo in capo ai proprietari, i quali, a causa del "tetto" troppo basso fissato per il canone d'affitto, non erano in grado nemmeno di recuperare le spese di manutenzione del bene locato²⁵⁶. I rilievi della Corte costituzionale, nonostante una serie di modifiche intervenute nel corso degli anni, vennero ignorati nella sostanza da parte di Governo e Parlamento: solamente nell'agosto del 2006, due mesi dopo l'emanazione da parte della Grande Camera della Corte EDU della sentenza pilota in questione, venne presentata da parte del sottosegretario alle infrastrutture un progetto di legge capace di modificare concretamente la precedente normativa, nel senso maggiormente conferente ai rilievi dei giudici di Strasburgo (e, quindi, della Corte costituzionale).

Anche nel caso *Broniowski*, sono particolarmente significativi i rilievi di incostituzionalità operati dalla Corte costituzionale in riferimento alla nuova normativa del 2003 (che modificava lo schema compensativo di quella precedente, ma non a sufficienza) che fissava la soglia massima per il risarcimento al 15 % del valore del bene espropriato. In questo modo, la Corte EDU ha potuto *appoggiarsi* sulla precedente decisione del Giudice delle leggi. La prontezza del governo polacco nel conformarsi alla sentenza pilota, modificando la normativa interna in modo conferente alla Convenzione,

²⁵⁵ *Hutten Czapska*, cit., par. 42.

²⁵⁶ Per una ricostruzione dettagliata dell'iter interno e della sinergia tra la Corte costituzionale e la Corte EDU, cfr. LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, cit., p. 56 e ss.; SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, cit. pp. 410 e ss.

è dettata, dunque, dall'esistenza di una duplice sollecitazione: la successiva soglia sarà portata al 20%, ritenuta sufficiente da parte dei giudici di Strasburgo per il *friendly settlement* tra governo e ricorrente: il nuovo schema compensativo viene giudicato idoneo e conforme alle norme della Convenzione e i successivi ricorsi che lamentavano l'insufficienza nel *quantum* del risarcimento respinti dalla Corte EDU.

Da questa ricostruzione appare evidente la ambivalenza della sinergia: questa rileva dal lato della Corte interna, per la quale la Corte EDU diventa una "leva" per sbloccare in modo significativo il processo di riforme interne; mentre, dalla prospettiva dei giudici di Strasburgo, la circostanza che esistessero già diverse pronunce della Corte costituzionale (espressamente riportate in sentenza) in una materia così indissolubilmente legata alla definizione del contenuto del diritto di proprietà, paradigmatica del "conflitto ideologico" tra il retaggio del vecchio regime socialista e le esigenze di *occidentalizzazione* del paese, ha consentito di pronunciarsi con lo strumento maggiormente "invasivo" a propria disposizione; la particolare evidenza di tale conflitto, trasferito sul piano inter-istituzionale, ha conferito ai giudici sovranazionali l'opportunità di risolvere, da un lato, una situazione di stallo interno a favore delle istanze maggiormente "europeiste" espresse dal Giudice delle leggi²⁵⁷, dall'altro di evitare le doglianze relative all'ingerenza eccessiva nella sovranità statale, che non appare più come un monolite intangibile, tutt'altro: nei casi in questione si evince quella disaggregazione dell'idea di Stato come corpo unico cui si faceva riferimento in precedenza.

5.5.5 (segue) Il caso Scordino

La Grande Camera nei casi italiani mostra come i giudici di Strasburgo abbiano reagito in modo diversificato in relazione a situazioni in cui hanno riscontrato una violazione sistemica analoga a quella che li ha indotti in altri casi a ricorrere alla sentenza pilota in

²⁵⁷ GARLICKI L., "*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", cit., p. 190.

senso pieno²⁵⁸. Pur confermando che i problemi sistemici rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 46 e pur continuando a sostenere la propria competenza a richiedere allo Stato destinatario l'adozione di misure generali, la Grande Camera ha ritenuto opportuno, dunque, mantenere una posizione maggiormente improntata ad un atteggiamento di *self restraint*, se confrontata con l'ideal-tipo della procedura pilota seguita nei casi polacchi. La sentenza *Scordino* rappresenta il caso paradigmatico di questo tipo di approccio maggiormente prudente²⁵⁹ e, se ne possono intendere i motivi: anche in questa circostanza la Corte ha riscontrato una incompatibilità tra la normativa italiana in materia di indennizzo per espropriazione legittima e l'art. 1 del protocollo 1 come interpretato nella giurisprudenza di Strasburgo, ritenendo irragionevole dal punto di vista quantitativo l'ammontare riconosciuto dall'art. 5 bis della legge 123/92 perché non parametrato al valore di mercato²⁶⁰, ma non ha ritenuto opportuno applicare la procedura pilota in senso pieno, utilizzando il dispositivo (e sospendendo i casi simili). Per quanto riguarda l'ambiente favorevole, dall'analisi del dato formale statico, il rapporto tra l'ordinamento italiano e il diritto internazionale era caratterizzato, in quel momento, ancora da un approccio dualista: tale approccio viene rivisto successivamente dalla Corte Costituzionale, in riferimento alla CEDU, attraverso le sentenze 348 e 349 del 2007 (proprio successivamente alla sentenza *Scordino*²⁶¹).

²⁵⁸ Anche il caso *Sejdovic*, ad avviso di chi scrive, è particolarmente interessante: la circostanza che la Grande Camera non abbia fatto ricorso alla sentenza pilota in senso pieno -facendo riferimento solamente nella parte delle motivazioni all'esistenza di un problema sistemico in relazione alla condanna in contumacia senza alcun riferimento alla necessità di adottare misure generali- deriva dal comportamento tenuto dalle autorità interne successivamente alla emanazione della prima sentenza *Sejdovic*, questa sì, una sentenza pilota in senso pieno *dal punto di vista sostanziale*, malgrado l'assenza del requisito formale dell'espressa dicitura. *Medio tempore*, infatti, i rischi legati all'assenza in Italia di uno strumento che consentisse in generale la revisione dei processi giudicati ingiusti da Strasburgo, vennero attenuati dalla nuova disciplina di cui all'art. 175 c.p.p. come modificato dal d.l. n. 17 del febbraio 2005, recante "disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna". Il nuovo comma 2 dell'articolo in oggetto riconosce, infatti, il diritto ad ottenere una nuova pronuncia sulla fondatezza dell'imputazione ove sia accertato che il soggetto rimasto contumace non abbia volontariamente rinunciato a comparire e a difendersi. L'introduzione di una presunzione *juris tantum* di non conoscenza a favore dell'imputato è stata ritenuta adeguata dai giudici di Strasburgo nella composizione della Grande Camera in riferimento all'art. 6 par. 3. A rafforzare la posizione dell'Italia è subentrata successivamente anche la pronuncia della Cassazione sul caso *Somogyi*: in seguito alla pronuncia di accoglimento della Corte EDU sulla violazione dell'art 6, in ragione della incapacità da parte dei giudici interni di determinare al di là di ogni ragionevole dubbio se la rinuncia a comparire da parte del ricorrente fosse inequivoca, i giudici della Corte Suprema italiana accoglievano la richiesta del soggetto, precedentemente condannato in contumacia, alla rinnovazione del procedimento, grazie all'applicabilità del novellato art. 175 c. 2 del c.p.p., sul presupposto che le decisioni di Strasburgo vincolerebbero il giudice italiano. A queste condizioni la Corte EDU, nel caso *Sejdovic GC* non ha ritenuto necessario ricorrere alla sentenza pilota. Sul punto, cfr. PALOMBINO F. M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit. pp. 47 e ss.

²⁵⁹ La mancanza dell'utilizzo del dispositivo e della sospensione non attenuano il *tono* costituzionale: sul punto, *infra*, cap. 2.

²⁶⁰ GATTINI A., *Mass Claims at the European Court of Human rights*, cit., p. 279.

²⁶¹ Sulle sentenze gemelle della Corte costituzionale, cfr. tra gli al. BARTOLE S., *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, Diritti umani e diritto internazionale, 2008, 10, pp. 291 e ss. ; CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, Diritti umani e diritto internazionale, 2008, 10, pp. 311 e ss.

Inoltre, nel caso italiano non è riscontrabile lo stesso livello di sinergia tra Corte EDU e Corte costituzionale esistente nel caso polacco: la Corte costituzionale, nonostante annulli con effetto retroattivo le due leggi precedenti al d.l. del 1992 (facendo, così, rivivere la legge del 1865 che indicizzava l'indennizzo al valore di mercato) riconosce non irragionevole il bilanciamento operato dal legislatore nel '92, in ragione delle circostanze straordinarie ed urgenti, le quali, però, non vengono riconosciute valide dalla Corte EDU.

Una spiegazione ulteriore potrebbe derivare dalla circostanza che l'Italia non è in fase di transizione verso una democrazia costituzionale, ma uno Stato originario di tradizionale occidentale consolidata (dato ancora significativo in un momento in cui non poteva riscontrarsi ancora una acquiescenza sufficiente nella prassi degli Stati in risposta alle sentenze pilota): la Corte ritiene, dunque, necessario intervenire (ordinando allo Stato ex art. 46 di eliminare gli ostacoli ad una compensazione ragionevole e porre in essere le misure generali adeguate) perché riscontra che l'onere eccessivo a carico del ricorrente -e da chiunque si trovi nella stessa condizione- in relazione all'art. 1 protocollo 1 sia la conseguenza di un bilanciamento, operato dalle autorità interne tra diritto di proprietà e interesse pubblico, non giustificabile alla luce della portata che tale diritto dovrebbe avere secondo la Convenzione e la giurisprudenza (quindi, fatta questa premessa, è evidente che il ricorso ad art. 41 serve a colmare la differenza tra l'indennizzo riconosciuto e il valore di mercato); ma non ricorre al dispositivo, proprio in considerazione del fatto che, a parere di chi scrive, le circostanze in base alle quali è stata stabilita una soglia inferiore al valore di mercato sono soltanto contingenti, e non il risultato di stratificazioni ideologiche e espressione di principi che rivelano gli strascichi del precedente regime comunista²⁶².

²⁶² La ragionevolezza della compensazione al di sotto del valore di mercato (e al di sotto anche di quella concessa dalla normativa italiana lamentata nel caso Scordino), viene riconosciuta nel caso *Broniowski* in considerazione della eccezionale transizione di Polonia verso regime democratico (*Scordino*, cit., par. 98). Il processo di transizione viene in rilievo, dunque, in un duplice momento: come requisito di necessità dell'intervento per effettuare, nella prospettiva di una corretta definizione della portata del diritto di proprietà, un bilanciamento differente da quello delle autorità interne che risentivano di retaggi di ideologie socialiste, non accettando quindi un doppio *standard* di tutela come accaduto fino a quel momento (cfr. *supra*, sul relativismo, SWEENEY J. A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, cit., pp. 30 e ss.); come argomento a supporto della ragionevolezza della soglia dell'indennizzo al di sotto del valore di mercato, in considerazione delle difficoltà anche di tipo economico che uno Stato deve affrontare in fase di transizione, che rileva, però, in negativo per quanto riguarda il governo italiano nel caso Scordino, visto che le circostanze contingenti ed eccezionali invocate non costituiscono un motivo ragionevole per il riconoscimento di un indennizzo al di sotto del valore di mercato, in considerazione del fatto che non c'è alcun processo di transizione in atto: circostanza, però, ritenuta insufficiente per ricorrere al dispositivo.

PARTE SECONDA

LA PREVISIONE DELLE CONSEGUENZE NELLE SENTENZE PILOTA

1. La prassi applicativa della Corte dell'art. 46: estensione agli aspetti consequenziali dell'accertamento.

Tradizionalmente le sentenze della Corte hanno natura dichiarativa: si limitano, dunque, ad accertare una violazione.

La riluttanza ad oltrepassare l'approccio tradizionale deriva dalla presunzione che le autorità interne siano meglio posizionate per determinare cosa debba essere fatto con esattezza per rimediare alla violazione accertata, nella logica del principio di sussidiarietà.

In capo agli Stati si configurano tre obblighi distinti a seguito di una sentenza che li vede soccombenti: porre fine alla violazione, evitare che si ripeta in futuro e garantire una forma di riparazione al ricorrente per la violazione subita.

In altre parole, sono tenuti ad eseguire la sentenza per conformarsi agli obblighi internazionalmente assunti, fra i quali, quello di conformarsi alle sentenze della Corte (art. 46, par. 1), ma sono liberi di decidere come, nel rispetto delle conclusioni indicate dalla Corte.

Per identificare lo Stato convenuto, si accoglie in dottrina una nozione di Stato organizzazione, Stato apparato (in contrapposizione a quella di Stato comunità di individui) nel quale rientrano tutti gli organi dello Stato²⁶³.

In tal guisa, dall'esame della prassi statale di attuazione si evince che tutti gli organi dello Stato responsabile della violazione accertata dalla Corte sono tenuti ad attivarsi al fine di adottare le misure necessarie per conformarsi all'obbligo: l'organo che deve dare esecuzione viene di volta in volta individuato da una parte sulla base del contenuto dell'obbligo, dall'altra sulla base della distribuzione delle competenze dei poteri tra gli organi dello Stato, come determinata dall'ordinamento interno.

²⁶³ Cfr. PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Catania, 2004, p. 234 e ss.

In tal guisa in alcuni casi le misure attuative vengono adottate dal governo, in altri dai giudici interni²⁶⁴, in altri ancora dal legislatore e talvolta per via giudiziaria dalla Corte Costituzionale²⁶⁵.

Come già illustrato, in alcuni casi la Corte si è discostata dall'impostazione tradizionale²⁶⁶, estendendo la portata delle proprie decisioni anche alle conseguenze dell'accertamento della violazione, pronunciandosi, dunque, sulle misure che le autorità interne sono tenute ad adottare per conformarsi all'obbligo di cui all'art. 46 par. 1.

Si è così instaurata una prassi, consolidatasi attraverso numerose sentenze, secondo la quale i giudici, una volta constatata la violazione della Convenzione, a prescindere dal riconoscimento di un'equa soddisfazione di carattere pecuniario, indicano allo Stato sia misure rimediali di carattere individuale da adottare per rimuovere le cause della violazione nel caso singolo sia misure generali necessarie per risolvere un problema strutturale, che rischia di generare una serie di ricorsi simili rispetto a quello oggetto della decisione.

Sulla scorta di quanto precede, è possibile affermare che le pronunce dei giudici di Strasburgo non sarebbero qualificabili alla stregua di semplici sentenze di accertamento, ma si tradurrebbero in vere e proprie pronunce costitutive²⁶⁷ che, per quanto riguarda le decisioni del secondo tipo, lungi dal produrre effetti in riferimento al solo caso oggetto

²⁶⁴ Si pensi alla casistica riscontrabile in diversi ordinamenti riguardante la spiccata tendenza dei giudici nazionali a sentirsi "destinatari" dell'obbligo posto dall'art. 46 par. 1, traendo, dunque, dalla sentenza della Corte tutte le conseguenze che possono derivarne, sia per quanto riguarda i profili individuali sia quelli generali dell'accertamento, pur in assenza di specifiche norme nazionali che espressamente riconoscono le sentenze della Corte EDU disciplinandone gli effetti all'interno, e sempre nel rispetto delle competenze e dei poteri ad essi attribuiti dal proprio ordinamento nazionale.

Ibidem p. 125-126.

²⁶⁵ Interventi di questo tipo sono necessari quando la violazione discende da una norma interna, che non sia suscettibile, per la sua portata precettiva precisa, di interpretazione conforme alla sentenza della Corte EDU.

²⁶⁶ Sebbene sia indubbio, come analizzato nel precedente capitolo, che si sia registrata una evoluzione nella prassi della Corte sotto il profilo delle conseguenze della violazione, autorevole dottrina è concorde nel sottolineare che l'indicazione delle misure generali rimane comunque un'eccezione.

Cfr. SICILIANOS A. *The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments: Recent Developments Under Article 46 ECHR*, 2014, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32, 3, p. 253.

²⁶⁷ La evoluzione delle sentenze in relazione agli effetti sarebbe una ulteriore conseguenza della Convenzione intesa come *living instrument* (sulla questione si tornerà a breve per un approfondimento): se una sentenza di accertamento era un riflesso comprensibile del diritto internazionale al momento in cui la Convenzione è stata adottata, bisogna chiedersi se, attualmente, consentirebbe la migliore protezione possibile dei diritti umani.

cfr. VILLINGER M., *Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview*, in *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, SEIBERT-FOHR e VILLINGER M. E. (ed.), Paulinerkirche, 2014, p34.

L'approccio conservativo in relazione ai rimedi rifletteva la deferenza a principio di sussidiarietà ed il valore meramente dichiarativo delle sentenze era inteso come l'inevitabile corollario del rispetto della sovranità statale.

cfr. LEACH P., *No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court's developing approach to remedies*, in A. Føllesdal, B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*(Studies on Human Rights Conventions), Cambridge, 2013, pp. 142 e ss.

di giudizio, imporrebbero allo Stato autore della violazione l'adozione di misure rimediali con efficacia *erga omnes* (nei confronti, cioè, dei ricorrenti attuali o potenziali nelle stesse condizioni del ricorrente privilegiato), avvicinandosi a sentenze di piena giurisdizione, sia pure nei limiti di quanto si dirà successivamente²⁶⁸.

Tale prassi trova la sua espressione massima ed il successivo consolidamento nelle sentenze pilota, di cui si sono discussi in precedenza gli aspetti dell'attivismo procedurale in ragione delle finalità di economia processuale, a fronte di una base giuridica *debole*, che interessa anche la competenza della Corte a pronunciarsi sugli aspetti consequenziali della violazione in relazione ai rischi che può generare un uso improprio dello strumento decisorio in termini di mancata esecuzione da parte degli Stati.

Per queste ragioni, si intende verificare se è possibile individuare, in mancanza di una base giuridica espressa, un fondamento normativo all'interno della Convenzione per la competenza della Corte ad occuparsi delle misure generali - che ne rappresentano l'elemento distintivo insieme alla individuazione dei problemi strutturali²⁶⁹- alla luce delle norme sulla interpretazione dei trattati di cui agli art. 31-33 della Convenzione di Vienna.

Una indagine finalizzata a ricercare una base giuridica all'interno della Convenzione può assumere una certa importanza al di là della constatazione dell'operatività del *principio di acquiescenza* in relazione alla prassi degli Stati, poiché l'evoluzione della prassi verso una indicazione sempre più precisa e perentoria dei provvedimenti idonei a porre fine alla violazione accertata, sia sotto il profilo individuale che generale²⁷⁰, è capace di incidere sull'assetto della relazione verticale tra Corte EDU e Stati in termini

²⁶⁸ Il concetto di piena giurisdizione deve essere in ogni caso adattato al contesto: le sentenze della Corte, ancorché prossime all'accennato carattere di "piena giurisdizione" non potranno annullare atti o provvedimenti interni degli Stati, come si dirà successivamente.

²⁶⁹ Per questo motivo, esulano dall'indagine le decisioni ex art. 46 in cui la Corte indica le misure generali indipendentemente dalla sussistenza di un problema strutturale: benché la circostanza che tali misure vengano indicate non soltanto nelle sentenze pilota e non soltanto nelle decisioni della Grande Camera denoti un chiaro consolidamento della prassi giurisprudenziale ad estendere l'ambito del giudicato, tale aspetto non deve far passare in secondo piano quello che effettivamente le sentenze pilota rappresentano, cioè un autentico spartiacque nel dibattito sulla possibilità di riconoscere una dimensione costituzionale delle Corte EDU, inducendo a rispondere in modo evidentemente positivo.
SICILIANOS A. *The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments*, cit.p. 244.

²⁷⁰ Benché la Corte continui ad asserire che in linea di principio i suoi giudizi hanno solo valore dichiarativo, e che solo in casi eccezionali indica le misure da prendere nel processo di esecuzione, tali eccezioni non sono confinate ai problemi strutturali, quindi alle sentenze pilota, e non solo alle decisioni della Grande Camera: questo denota quanto sia divenuta pratica diffusa.
Ibidem, p. 244 e ss.

di una diminuzione dell'ambito della discrezionalità di questi ultimi in fase di esecuzione: è necessario valutare, dunque, fino a che punto gli Stati possono dirsi obbligati ad eseguire, e in quali casi, invece, il ruolo esercitato dalla Corte possa ritenersi *ultra vires*.

2. Le misure rimediali: una analisi descrittiva.

L'analisi normativa viene preceduta da una ricognizione descrittiva sulle differenti modalità attraverso le quali i giudici di Strasburgo si sono occupati del profilo delle conseguenze della violazione, sia in termini di imperatività del linguaggio utilizzato sia di specificazione delle misure indicate.

Come già detto in precedenza, la maggior parte delle sentenze che si occupano delle misure generali fanno riferimento all'art. 46.

Tuttavia, occorre precisare che esistono delle differenze rilevanti tra un caso e l'altro: ci sono ipotesi in cui la Corte si limita semplicemente a suggerire la natura delle misure necessarie, lasciando, dunque, in capo allo Stato ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda il contenuto²⁷¹; in altre ipotesi si spinge fino ad esprimere la propria preferenza per misure di tipo legislativo, in altre ancora si inoltra nel riferimento a specifiche indicazioni, suggerendo, per esempio, la norma particolare da modificare; in altri casi ancora, dopo una approfondita analisi dell'ordinamento in relazione problema strutturale (non limitandosi alle circostanze del caso concreto, dunque, ribaltando la presunzione del miglior posizionamento delle autorità interne alla base del principio di sussidiarietà) suggerisce una serie di misure da adottare²⁷².

Il tenore letterale utilizzato varia di caso in caso (mantenendo costante il riferimento alla formula di rito dell'obbligo derivante dall'art. 46).

È possibile ritrovare una certa corrispondenza, intuitivamente, tra il livello di prescrittività delle espressioni utilizzate e la gravità o la persistenza della violazione che presuppone il problema strutturale.

²⁷¹ *MC contro Italia*, sentenza del 3 settembre 2013, ric. n. 5376/11, par. 120.

I giudici di Strasburgo invitano lo Stato destinatario a predisporre un termine entro il quale si impegna a garantire l'esecuzione effettiva attraverso misure legislative e amministrative appropriate.

²⁷² Cfr. *Ananyev e al., c. Russia*, sentenza del 10 gennaio 2012, ric. n. 42525/07 e 60800/08, par. 191 e *Aslakhanova c. Russia*, sentenza del 18 dicembre 2012, ric. n. 2944/06, par. 223 e ss.

Dall'analisi del linguaggio, si possono riscontrare modalità conformi alla mera raccomandazione, maggiormente conferente alla prospettiva della sussidiarietà e più aderente alla logica del supporto, connaturata alla risoluzione del Comitato n. 3 del 2004: in alcune sentenze, i giudici *invitano* lo Stato a prendere tutte le misure necessarie²⁷³, incoraggiandolo ad introdurre un rimedio interno effettivo di cui all'art. 13.

In questi casi, secondo parte della dottrina, l'utilizzo di un linguaggio del genere non implicherebbe obblighi giuridici *strictu sensu* in capo agli Stati, soprattutto se non inseriti nel dispositivo²⁷⁴.

In altri casi, anche se il riferimento ai rimedi è contenuto nella parte della motivazione della sentenza, il linguaggio utilizzato è certamente più stringente: le richieste dei giudici di riformare il sistema normativo e la prassi amministrativa vengono formulate con riferimento al carattere dell'urgenza, la segnalazione che misure generali per la soluzione del problema strutturale si impongono senza alcun dubbio, denotando certamente l'intenzione della Corte di esercitare una maggiore pressione sulle autorità interne per la soluzione dei relativi problemi sistemici individuati.

Indipendentemente dal linguaggio utilizzato, quello che maggiormente viene in rilievo è il contenuto delle misure necessarie agli Stati per portare il proprio ordinamento in linea con la Convenzione.

Ad ipotesi nelle quali sono rivolte allo Stato raccomandazioni di adozione di tutti i rimedi interni appropriati per assicurare un corretto bilanciamento tra diritti dei locatori e l'interesse generale²⁷⁵, fanno da contraltare i casi in cui la libertà di scelta nella determinazione dei mezzi viene certamente limitato dall'indicazione di misure piuttosto dettagliate e corredate da un termine per l'esecuzione²⁷⁶.

Questo tipo di ricognizione non può prescindere dal trattare anche alcuni casi particolari in cui la Corte ha indicato misure individuali utilizzando un linguaggio particolarmente prescrittivo e una formulazione talmente dettagliata da erodere nella sostanza in modo completo il margine di discrezionalità degli Stati in fase di esecuzione.

²⁷³ *Scordino c. Italia (n. 1)*, sentenza del 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, par. 240

²⁷⁴ SICILIANOS A. *The Involvement of the ECtHR in the Implementation of Its Judgments: Recent Developments Under Article 46 ECHR*, cit., p. 245, i veda quanto sostenuto in precedenza sull'ampiezza del giudicato, *supra*, para. 4.

²⁷⁵ *Lindheim e al. c. Norvegia*, sentenza del 12 giugno 2012, ric. n. 13221/08 e 2139/10, par. 137.

²⁷⁶ *Grudic contro Serbia*, sentenza del 17 aprile 2012, ric. n. 31925/2008, dispositivo, par. 3.

Si pensi, in questo senso, al leading case *Assanidze*²⁷⁷, nella quale si ordina il rilascio immediato del ricorrente sottoposto a misure cautelari illegittime, o alla sentenza più recente *Giovane iniziativa a favore dei diritti umani* nella quale si intima allo Stato convenuto di assicurare, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diventa definitiva, che i servizi segreti serbi forniscano ai ricorrenti le informazioni richieste: sono casi in cui la natura della violazione non consentirebbe un approccio meno prescrittivo, in termini di linguaggio e contenuto, e in cui il livello di specificità è tale perché non sono possibili soluzioni ulteriori per porre fine alla violazione.

In riferimento alla prassi delle misure rimediali a carattere generale, possono riscontrarsi casi in cui la maggiore specificità è una caratteristica di sentenze che, secondo i criteri di classificazione individuati *supra* dalla dottrina, non sarebbero classificabili come sentenze pilota in senso stretto, a fronte di decisioni pilota “ufficiali” molto più generiche nella formulazione delle misure rimediali.

Questo dato conferma quanto sostenuto in precedenza a proposito della mancanza di chiarezza in riferimento, soprattutto, alla differenza tra sentenze quasi pilota e pilota in senso pieno, in ragione della quale non pare opportuno marcare una distanza in termini di effetti giuridici, solamente in ragione di un diverso utilizzo del dispositivo (sul punto, cfr. *supra*, cap. 1 par. 4).

Se si prendono come riferimento le cosiddette *old pilots*, nonostante le resistenze manifestate dai governi soccombenti e lo scetticismo manifestato anche da parte di alcuni giudici²⁷⁸, si può riscontrare una certa genericità nei contenuti del dispositivo: una volta individuata una violazione sistematica in ragione dell'esistenza di un problema strutturale, i giudici si limitano a constatare la necessità di misure generali per rimuovere ogni ostacolo al godimento del diritto violato a favore delle persone nella loro posizione giuridica soggettiva o fornire loro un adeguato rimedio compensativo²⁷⁹: non viene stabilito come determinare il livello di tale rimedio²⁸⁰.

Per questo motivo, parte della dottrina (con la quale naturalmente si dissente), in considerazione della circostanza che i dettagli vengono lasciati alla concertazione tra autorità e Comitato in sede di supervisione, sostiene come la sentenza pilota, così

²⁷⁷ *Assanidze c. Georgia*, sentenza del 8 aprile 2004, ric. n. 71503/2001.

²⁷⁸ Cfr., parere parzialmente discordante del giudice Zegrebelsky a margine della sentenza *Hutten- Czapska*, *infra*.

²⁷⁹ *Broniowski c. Polonia*, cit., par. 193.

²⁸⁰ La soglia del 20% del valore di mercato viene raggiunta attraverso la dialettica tra gli organi istituzionali interni e, soltanto successivamente, giudicata ragionevole dalla Corte (*supra*, par. 5).

configurata, non sia, in definitiva, connotata da particolari elementi di novità (cfr. *supra* cap. 1 par.3)²⁸¹.

L'approccio della "maggiore specificazione" delle misure generali si consolida nella sentenza Burdov²⁸²: compare il termine di sei mesi nel dispositivo che fa propendere verso la prescrittività; manca, d'altra parte, il riferimento alla necessità di adozione delle misure necessarie attraverso modifiche della normativa in vigore, nonostante, in ragione della natura del problema (la mancata esecuzione delle decisioni dei giudici nazionali che coinvolge una serie di aspetti delicati quali la copertura finanziaria per rendere esecutive le sentenze di condanna della pubblica amministrazione a risarcire effettivamente i soggetti lesi, la distribuzione delle responsabilità tra le varie articolazioni di governo) non fosse ipotizzabile una soluzione differente da un intervento legislativo organico²⁸³.

Tale genericità contrasta con l'estrema specificità riscontrata in altre ipotesi: ad esempio, nel caso *Suljagic*, relativo ad un inadempimento da parte del governo nel risarcire in modo adeguato i correntisti stranieri, i giudici, ricorrendo al dispositivo della sentenza, *sembrano* voler disciplinare in modo dettagliato l'obbligo di emissione di *bond* governativi, il tipo di rateizzazione e gli interessi da corrispondere.

²⁸¹ Ad avviso di Popovic, anche se in *Broniowski* troviamo l'indicazione delle misure generali nella parte del dispositivo, in realtà non è possibile individuare nessun ordine specifico a carico dello stato destinatario.

Quindi, secondo l'autore c'è una ambivalenza: il linguaggio in sé è particolarmente diplomatico e rispettoso dell'idea di sovranità, ma dall'altra parte la circostanza del dispositivo depone in modo contrario.

In *Hutten-Czapska* l'approccio è simile: si riscontra una grande accuratezza nel definire la causa della violazione sistemica, pari alla *timidezza* nel prescrivere le misure generali: la formulazione vaga, anche se leggermente più specifica di quella utilizzata nel caso *Broniowski*;

cfr. POPOVIC D., *The Emergence of the European Human Rights Law, an Essay on Judicial Creativity*, luogo, 2011, pp. 163 e ss..

Della stessa opinione, Wallace, secondo il quale "these details are left to the joint consideration of the state and the CoM, which leaves the supposedly novel pilot judgment in the exact same boat as Dudgeon where the Court effectively rules that the legislation must be changed but leaves the CoM to work out the details".

cfr. WALLACE S. *Much Ado for nothing? The Pilot judgment Procedure at the European Court of Human rights*, *European Human Rights Review*, 78, 2011, p. 76.

Sempre secondo questo indirizzo, ci sono casi in cui la procedura pilota viene utilizzata addirittura in modo improprio in relazione alle finalità: cfr. *Olaru c. Moldova*, sentenza del 12 ottobre 2010, ric. n. 476/07, nella quale la Corte, dopo aver riscontrato una violazione dell'art. 6 e dell'art 1 Protocollo 1 (in ragione della normativa interna sulla edilizia abitativa sociale, in base alla quale un cospicuo numero di aventi diritto non aveva ancora ricevuto l'abitazione per la mancanza di fondi nelle casse delle autorità locali), valuta positivamente il disegno di legge proposto dal Parlamento che, se promulgato, condurrebbe alla risoluzione del problema, ma solo *pro futuro*, in ragione della inapplicabilità retroattiva a favore di coloro i quali avevano già ricevuto una sentenza interna a loro favore sull'assegnazione dell'abitazione (in contraddizione rispetto a quanto deciso in precedenza, nel caso *Broniowski*, nel quale, invece, in circostanze simili, giudicano incompatibile con la Convenzione il criterio di applicazione *ratione temporis* della nuova normativa che escludeva una serie di soggetti, tra i quali il ricorrente principale, in violazione del principio di parità di trattamento).

Nonostante questa anomalia, la Corte ritiene che il problema vada al di là della funzione giudiziaria astenendosi dal pronunciarsi ulteriormente.

²⁸² *Burdoov c Russia (n.2)*, sentenza del 15 gennaio 2009, ric. n. 33509/04, dispositivo.

²⁸³ POPOVIC D., *The Emergence of the European Human Rights Law, an Essay on Judicial Creativity*, cit., p. 170; LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, 2010, pp. 143 e ss.

Questa differenza risalta con maggior evidenza nei casi in cui il tono prescrittivo²⁸⁴ accompagnato ad una maggiore specificità nella identificazione del contenuto delle misure rimediali si ritrova in quelle sentenze che non possono essere classificate come decisioni pilota in senso pieno, o, ancora, quando in questo tipo di decisioni emerge un linguaggio dai toni sostanzialmente costituzionali²⁸⁵, rivolgendosi i giudici, non soltanto alle autorità interne dello Stato soccombente, ma a tutti gli Stati parti.

Le linee guida stabilite dalla Corte - ed inserite, però, nelle motivazioni - esprimono una duplice finalità: i rimedi interni devono velocizzare i processi per evitare le violazioni future e, per quanto riguarda il passato, devono prevedere uno schema compensativo adeguato; nonostante il richiamo all'ampio margine a favore degli Stati, i giudici della Grande Camera ritengono che una misura rimediale ibrida finalizzata a velocizzare e compensare risolva il problema strutturale in modo adeguato²⁸⁶.

Anche nel caso *Dryza*²⁸⁷ la Corte, pur non facendo ricorso alla sentenza pilota in senso pieno, non si astiene dall'indicare in modo sufficientemente dettagliato le misure generali da prendere per la soluzione del problema strutturale inerente violazioni sistematiche del diritto di proprietà ex art. 1 Protocollo 1.

Certamente è riscontrabile una tendenza ad una indicazione delle misure maggiormente dettagliata nelle sentenze pilota, che, non è da escludere, si sia andata vieppiù consolidando anche in ragione della spiccata prescrittività emergente dalla giurisprudenza inerente le misure rimediali a portata individuale.

²⁸⁴ Si veda *Scordino c. Italia (n.1)*, [GC], sentenza del 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, par. 240, in cui i giudici appongono un termine per l'adozione della misura interna che deve essere conforme ai principi della giurisprudenza della Corte.

²⁸⁵ Nel senso del tono costituzionale si esprime autorevole dottrina, in particolare, in relazione agli effetti *erga omnes* (con riferimento alla formulazione del par. 238 della sentenza di cui sopra) che coinvolgerebbero anche Stati che non sono parte della controversia ma che si trovino nelle stesse condizioni dello Stato soccombente, nonostante l'art. 46 si rivolga esplicitamente allo Stato parte in causa.

cfr. DRZEMCZEWSKI A., TAVERNIER P., *L'execution des "décisions" des instances internationales dans le domaine des droits de l'homme*, in *La protection de droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, 1998, p 197 ss.

Di opinione contraria Zanghì, secondo il quale la tesi, elaborata sulla base delle affermazioni della Corte nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 154, non appare condivisibile, con riferimento al contenuto dell'art. 46 e in relazione, dunque, all'obbligo di esecuzione della sentenza, cfr. fr. ZANGHÌ C., *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 47.

Diversa, invece, la situazione allorquando la Corte interpreta in maniera evolutiva o anche integrativa le norme della Convenzione. Al riguardo, il carattere *erga omnes* della *res interpretata* trae origine dalla circostanza che alla Corte è attribuita ex art. 32 della Convenzione una competenza esclusiva ad interpretare la Convenzione, le cui norme si impongono, quindi, a tutti gli Stati parti contraenti, non solo nel testo adottato, ma alla luce delle interpretazioni della Corte che formano parte integrante del testo stesso.

²⁸⁶ *Scordino c. Italia (n.1)*, [GC], cit., par. 173 e ss.

²⁸⁷ *Dryza c. Albania*, sentenza del 13 novembre 2007, ric. n. 33771/02.

I casi *Greens e M. T. contro Regno Unito*²⁸⁸, pur annoverabili nell'ambito delle sentenze pilota in senso pieno ed inscrivibili nel solco della evoluzione giurisprudenziale verso una maggiore specificità nella indicazione dei rimedi e prescrittività del linguaggio a cui si è fatto riferimento, presentano alcune peculiarità e vari aspetti problematici che verranno approfonditi in seguito²⁸⁹.

3 Le misure rimediali a carattere generale: la prospettiva normativa

La Corte, a più riprese, fa riferimento all'art. 46 per giustificare la competenza ad occuparsi delle misure rimediali a carattere generale: nel *leading case Broniowski*, al di là delle formulazioni di rito sulla competenza in linea di principio spettante agli Stati di occuparsi degli aspetti consequenziali di una sentenza in cui sono convenuti, i giudici ritengono necessario, in ragione delle violazioni sistemiche riscontrate, l'adozione da parte delle autorità interne di misure a carattere generale in grado di prendere in considerazione gli interessi della pluralità dei soggetti coinvolti, ma non solo: le misure devono rappresentare una risposta *effettiva* alle patologie sistemiche rintracciate, in modo da evitare un sovraccarico del contenzioso con tutta una serie di ricorsi derivanti dalla stessa causa.

Con l'obiettivo di rispondere alle sollecitazioni del Comitato dei Ministri (cfr. cap. 1) ed assistere, dunque, lo Stato nell'adempimento dei suoi obblighi ex art. 46, la Corte si premura di indicare anche la tipologia di misure che potrebbero essere adottate dallo Stato polacco al fine di mettere fine alla violazione sistematica prima identificata²⁹⁰.

²⁸⁸ *Greens e M. T. contro Regno Unito*, sentenza del 23 novembre 2010, ric. nn. 60041/08 e 60054/08.

²⁸⁹ Dal punto di vista del tipo di violazione, riferendosi all'art. 3 del Protocollo 1 in materia di sistemi elettorali, rappresenta una novità rispetto alla pregressa giurisprudenza, che come si è visto, ha in linea generale, fatto ricorso alla sentenza pilota per violazioni inerenti l'art. 1 protocollo 1, l'art. 6, l'art. 5 (o, più di recente, l'art. 3, in relazione ai trattamenti inumani o degradanti subiti a causa del sovraffollamento delle carceri: cfr. *Torreggiani e al. c Italia* n.9, sentenza del 8 gennaio 2013, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, dispositivo, par. 4).

Dal punto di vista dello Stato destinatario della sentenza, inoltre, potrebbe sembrare opportuno sottolineare che si tratta del Regno Unito, dunque di uno Stato originario di tradizione occidentale che non rientra nel novero degli Stati verso i quali i giudici ritengono necessario esercitare quella funzione di *supplenza* che caratterizza la procedura.

Si potrebbe obiettare, a questo proposito, che anche la Germania ha subito la procedura nel caso *Rumpf, cit.*: ma il tipo di violazione riscontrata non esula, però, dall'ambito delle violazioni "classiche" della Convenzione, per la quali i giudici di Strasburgo hanno (quasi sempre) deciso di ricorrere alla procedura di sentenza pilota.

Inoltre non bisogna dimenticare come, in riferimento alla violazione di cui all'art. 6 par. 1, per quanto riguarda, in particolare, l'eccessiva durata dei processi, i giudici non abbiano esitato a fare richiamo in decisioni precedenti (cfr. *Scordino* n. 1 GC, per la parte riguardante tale violazione), ad un obbligo a carico di tutti gli Stati (come a voler sottolineare una efficacia *erga omnes de facto*) delle sentenze che hanno ad oggetto l'eccessiva durata dei processi interni che, costituendo evidentemente un problema strutturale particolarmente diffuso, e, quindi, sensibile, deve essere affrontato nel modo più incisivo possibile: discorso differente, invece, a proposito della violazione dell'art. 3 Protocollo 1 che vede il Regno Unito nella parte di Stato convenuto e sulla quale ci si soffermerà ampiamente *infra*.

²⁹⁰ *Broniowski*, cit., par. 193.

È dunque in tale disposizione che la Corte rintraccia il fondamento giuridico del potere, autoattribuitosi, di individuare, allo scopo di «assistere», come accertamente specifica, lo Stato parte in causa, le misure generali che quest'ultimo è tenuto ad adottare per porre fine alla sua violazione della Convenzione. Si tratta – come è evidente non solo dalla lettura dell'art. 46 ma anche dal fatto che la Corte stessa aveva chiesto in un primo tempo, come detto, una modifica della Convenzione per inserirvi un'apposita norma che legittimasse tale competenza – di una base giuridica non solidissima²⁹¹.

La questione presenta, dunque, delle indubbie criticità: essendo tutt'altro che pacifica, in ragione della genericità della formulazione, la possibilità di ricondurre all'art 46 la competenza della Corte ad occuparsi degli aspetti consequenziali - andando ad incidere, in tal modo, non solo (come astrattamente dovrebbe essere) sull'*an* della violazione, il cui accertamento senza dubbio ha efficacia vincolante nei confronti dello Stato convenuto, bensì anche sul *quomodo*, relativo alla indicazione delle misure rimediali interne che questo è tenuto ad assumere in sede di esecuzione della decisione stessa, al fine di adempiere all'obbligo (decretando, in questo modo, una progressiva riduzione in capo alle autorità interne del margine di discrezionalità nella scelta dei mezzi).

È necessario effettuare un tentativo ulteriore per verificare se esiste la possibilità di rintracciare all'interno della Convenzione una base giuridica per tali competenze ulteriori che sia più solida del solo riferimento all'art.46: dal dato letterale della disposizione, infatti, non è possibile rintracciare alcun riferimento ai poteri della Corte, ma solamente all'obbligo degli Stati²⁹².

La base giuridica, non può ricercarsi, a maggior ragione, negli atti del Comitato dei Ministri del 2004, che rappresentano tutt'al più la base *formale*, come evidenziato in precedenza, o nell'art. 61 del Regolamento della Corte, modificato solo nel 2011, che ha finito solamente per fotografare la prassi della procedura pilota senza apportare alcun

²⁹¹ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/.../0206_pollicino_sciarabba.pdf, p. 2.

²⁹² Nonostante secondo un certo indirizzo dottrinale (FYRNY S M., *Expanding Competences by judicial lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, cit., p. 1251) la procedura di sentenza pilota e la competenza alle misure consequenziali si possano far derivare da una interpretazione estensiva dell'art. 46, altri autori (tra i quali Haider e Cremer) sostengono che non si possa trattare di una interpretazione estensiva: l'unica circostanza certa è che i giudici fanno riferimento all'art 46 quando determinano l'esistenza dell'obbligo in capo agli Stati di adottare le misure generali per la soluzione del problema sistemico.

Tuttavia, non si pongono mai esplicitamente il problema della competenza ad indicare/imporre tali misure riparatorie: più che ad una base giuridica, fanno riferimento solamente alla necessità di adottare la procedura di sentenza pilota per risolvere il problema sistemico e preservare la effettività del sistema *pro futuro* (cf. *Broniowski c. Polonia*, cit., par.190-192, *Suljagic c. Bosnia Herzegovina*, sentenza del 3 novembre 2009, ric. n. 27912/02, par. 60; *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*, sentenza del 15 ottobre 2009, ric. n. 40450/04, par. 78).

contributo chiarificatorio sul *tipo* di misure che la Corte può spingersi ad indicare e che, inoltre, non è espressione, in ogni caso, della volontà degli Stati parti²⁹³.

Partendo dalla constatazione che dal punto di vista letterale non esiste né una previsione che espressamente autorizza, né una che espressamente la vieta, il tentativo di ritrovare all'interno della Convenzione un fondamento per la competenza agli aspetti consequenziali dell'accertamento che sia più solido del mero riferimento all'art. 46 presuppone il ricorso ai criteri forniti dalla Convenzione di Vienna sulla interpretazione dei trattati²⁹⁴.

Un eventuale esito positivo, non è, però, sufficiente: è necessario, infatti, inserire la eventuale norma attributiva (o le norme attributive) della competenza nel contesto normativo generale della Convenzione per verificare se sussistono altre norme che possano risultare in contrasto.

I limiti alla competenza che in modo ricorrente vengono sollevati afferiscono alla natura dichiarativa delle decisioni, alla discrezionalità degli Stati come libertà nella scelta dei

²⁹³ Art. 61, par. 3 del Regolamento della Corte EDU: “La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza”.

²⁹⁴ Particolarmente interessante ai fini dello studio risulta la ricostruzione sulla competenza normativa della Corte EDU in relazione alle misure consequenziali effettuata da Haider, a cui si farà riferimento a più riprese in relazione ad una serie di aspetti.
cfr. HAIDER D., *The pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, 2013, pp. 162 e ss.

mezzi per conformarsi all'obbligo di cui all'art. 46 e ai poteri di supervisione del Comitato²⁹⁵.

Dalla analisi descrittiva della prassi giurisprudenziale in riferimento alle sentenze pilota si sono già evidenziate le intenzioni della Corte in relazione alla natura obbligatoria e non di mera raccomandazione²⁹⁶ delle misure in oggetto, espressa attraverso il ricorso ad un linguaggio tendenzialmente sempre più perentorio nei toni e specifico nei contenuti (ai quali va aggiunto, naturalmente, un utilizzo differente del dispositivo rispetto alla prassi precedente).

²⁹⁵ Fin da subito si mette in evidenza che ai fini della possibilità di determinare la competenza della Corte ad occuparsi degli aspetti consequenziali si propende per non ritenere il potere di supervisione del Comitato dei Ministri ostativo: non è possibile rintracciare all'interno della Convenzione una competenza esclusiva dell'organo "governativo" a decidere delle misure rimediali, e, dunque, l'attività di supervisione non è restrittiva del contenuto delle decisioni della Corte.

La circostanza che le prescrizioni delle misure generali non debbano comprimere completamente il margine di discrezionalità degli Stati nella fase di esecuzione non compromette la funzione del Comitato di decidere sull'appropriatezza dei rimedi interni adottati dagli Stati seguendo le indicazioni dei giudici di Strasburgo.

In dottrina si è molto discusso della progressiva *giudizializzazione* della fase di esecuzione (che, nelle intenzioni delle Parti contraenti, doveva avere una natura prevalentemente politica) e dei rischi sul riparto orizzontale delle competenze tra la Corte e il Comitato dei Ministri, paventato dallo stesso giudice Zagrebelsky nel suo parere a margine della sentenza *Hutten Czapska*, cit. (nonostante, nella prassi si possa riscontrare come l'accennata evoluzione delle sentenze della Corte abbia trovato un valido appoggio proprio nell'attività del Comitato dei ministri. Si ricorda in proposito che è stato lo stesso Comitato ad invitare la Corte a completare le proprie sentenze con l'indicazione delle misure che lo Stato deve adottare per conformarsi alle sentenze stesse: se si tiene in considerazione, dunque, che il Comitato è l'organo rappresentativo degli Stati membri del Consiglio d'Europa ed allo stesso tempo parti contraenti della Convenzione, e che, inoltre, le decisioni del Comitato sono adottate all'unanimità, è possibile ritenere che l'apparente estensione delle competenze della Corte sia stata ritenuta pienamente legittima dagli Stati parti della Convenzione: l'atteggiamento del Comitato dei ministri può costituire, così, una sorta di interpretazione "autentica" della Convenzione, che avalla quella già effettuata dalla Corte; sulla evoluzione della prassi del Comitato in relazione alle misure rimediali, cfr. BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 758 e ss.).

Sul riparto orizzontale delle competenze, cfr. tra gli altri LAMBERT ABDELGAWAD E., *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts pilote*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2005, 61, pp. 203 e ss., dello stesso autore, *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*, 2009, in Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, pp. 471 e ss., GLAS L.R., *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, *Human rights Law Review*, 2014, pp. 681 e ss.

Questo, però, è un aspetto che, a parere di chi scrive, tocca soltanto marginalmente la questione affrontata nello studio in oggetto, ossia il rapporto tra mutamento della funzione in senso costituzionale della Corte EDU e la prassi delle sentenze pilota, per il quale, quello che viene in rilievo è, prima di tutto, il riparto verticale di competenze tra Corte e Stati in relazione agli aspetti problematici della sussidiarietà e della sovranità dei Parlamenti nelle scelte politiche sulle disposizioni legislative in relazione alla necessità di implementazione degli obblighi derivanti dal trattato adeguata alla Convenzione e alla giurisprudenza CEDU.

²⁹⁶ A sintetizzare la posizione di chi interpreta il tenore letterale delle decisioni pilota come un comando, pensa Garlicki: "...constitutes not a mere recommendation but a command, at least in respect of those of its components included in the operative part of the judgment".

cfr. GARLICKI L., "*Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", in CAFLISH L., CALLEWAERT J., LIDDELL R., MAHONEY P. & VILLIGER M. (ed.), *Human Rights and Strasbourg Views: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, N. Engel: Kehl, 2007, p.185.

Di parere contrario il solo giudice Zupancic (a margine della sentenza *Hutten Czapska (2)* [GC], cit.): a suo avviso, il messaggio espresso dalla Corte nei casi polacchi non ha nulla di perentorio, ma assomiglia ad una raccomandazione e in realtà i giudici sembrano dire "Look, you have a serious problem on your hands and we would prefer you to resolve it at home...if it helps, these are what we think you should take into account as the minimum standards in resolving this problem".

Le sole intenzioni della Corte, evidentemente, non sono, però, sufficienti: bisogna valutare, dunque, se può “permetterselo”²⁹⁷, o se, al contrario, i giudici di Strasburgo

²⁹⁷ Sul punto, CREMER H.J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, in *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, SEIBERT-FOHR e VILLIGER M. E. (ed.), Paulinerkirche, 2014, pp. 44 e ss.

L'autore ricollega l'efficacia obbligatoria delle misure consequenziali solamente ai casi in cui trovano collocazione nel dispositivo; ad avviso di chi scrive, invece, questo non costituisce circostanza dirimente ai fini della obbligatorietà, rilevando, principalmente, ai fini della interpretazione delle intenzioni della Corte, ma non è possibile effettuare un distinguo in termini di efficacia.

Oltre quanto si è sostenuto in precedenza a proposito dell'ambito oggettivo del giudicato (*supra*, cap. I par. 4), non è possibile rinvenire nella Convenzione una norma che espressamente riconduca al dispositivo effetti giuridici o che escluda che questi possano derivare anche dalla motivazione: l'art 45 stabilisce solo che le sentenze devono essere motivate, senza fare riferimento al dispositivo; l'art. 46 fa riferimento solamente all'obbligo di conformarsi a sentenza.

L'autore si sofferma, successivamente e più in generale, sulla relazione tra interpretazione evolutiva e prassi statale di accettazione, mettendo in evidenza come, ai fini della determinazione del contenuto delle norme del trattato, se la prassi giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore del trattato è un criterio di rilevanza, lo sarà anche se la interpretazione delle norme è effettuata alla luce delle mutate condizioni: è difficile immaginare che il ruolo della Corte EDU, infatti, possa essere semplicemente ridotto a quello di “bocca della legge”, ma è innegabile, invece, il suo apporto fondamentale allo sviluppo del diritto (alla stregua delle Corte Europea di Giustizia quando si riferisce alle tradizioni costituzionali comuni).

La Corte, in quest'ottica, può interpretare in modo dinamico le norme della Convenzione, attribuendo un significato differente ed ulteriore rispetto alle intenzioni originarie dei contraenti, ma che sia sempre circoscritto entro i limiti normativi degli impegni che gli Stati, attraverso il ricorso al principio di buona fede, si può ritenere abbiano sottoscritto: l'elemento del consenso, inteso in senso normativo, diventa necessario per stabilire se le Parti contraenti accettano i nuovi contenuti che la Corte attribuisce alle norme della Convenzione.

In caso contrario, quando uno Stato opponga resistenza in casi che lo riguardano, nella impossibilità di riscontro di un consenso diffuso nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Corte può vedersi costretta a ritrattare la nuova interpretazione.

Prendendo in considerazione la prassi giurisprudenziale delle sentenze pilota, che estende notevolmente il contenuto prescrittivo del dispositivo (e non solo), riscontriamo come siano, in realtà, gli Stati membri, attraverso gli atti del Comitato, a chiedere alla Corte di intraprendere questo percorso evolutivo, sebbene riferito agli aspetti procedurali; tale prassi giurisprudenziale è stata accettata anche in un modo abbastanza diffuso, così da non poter ritenere che le regole processuali della Convenzione sino state sviluppate ed espanse in modo ritenuto eccessivo.

Cfr. CREMER H.J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, cit., pp. 52-57

Sulla possibilità di estendere l'interpretazione evolutiva anche agli aspetti procedurali, sono dello stesso avviso Mahoney e Degener: “The ECHR is a living instrument not only as regards the substantive content of the rights and freedoms guaranteed but also regards the procedural framework operate under the international machinery set up for the enforcement. In sum, the pilot judgment is but one manifestation, but not the only one, of that phenomenon”.

MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, in H. HARTIG (ed.), *Trente ans de droit européenne de droit de l'homme, études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, 2007, p. 193.

Sulla interpretazione evolutiva in generale, si veda, tra gli altri, BERNHARDT R., *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, *German Yearbook of International Law*, 1999, n.42, pp.11 e ss.; LETSAS G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 2009, pp. 58 e ss.; BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011; DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, 2011, 12, pp. 1730 e ss.

Quello che viene in rilievo nell'immediato prosieguo, dunque, è la necessità di rintracciare le competenze in modo “oggettivo”, anche indipendentemente dalla prassi conforme degli Stati, che possa valere anche nei casi in cui la *compliance* alla decisione risulti problematica.

nell'occuparsi in modo così esplicito degli aspetti consequenziali, agiscono *ultra vires*²⁹⁸.

A) La natura dichiarativa: dubbi sulla possibilità di configurarla come un principio autonomo

In molte occasioni si è ricondotta al valore dichiarativo delle sentenze della Corte l'impossibilità per i giudici di occuparsi degli aspetti consequenziali²⁹⁹.

Per verificare se questo possa effettivamente rappresentare un limite, bisogna definire cosa si intende con l'espressione "natura dichiarativa", che è possibile intendere in una duplice accezione: in senso ampio, come mancanza del potere di *enforcement* per le proprie decisioni (ed impossibilità di incidere direttamente sugli ordinamenti interni), che non escluderebbe, dunque, la possibilità di prescrivere alle autorità interne di adottare certe misure.

Se si accogliesse tale interpretazione, in questa accezione ampia di "natura dichiarativa" potrebbero rientrare anche le sentenze pilota, dal momento che la Corte - nemmeno nei casi più discussi - ha preteso che da una propria decisione dovesse scaturire direttamente l'abrogazione, la modifica o la disapplicazione della normativa nazionale.

Se, al contrario, si attribuisce all'espressione un significato più ristretto³⁰⁰, la conseguenza della natura dichiarativa non è semplicemente la mancanza della

²⁹⁸ "Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa".

L'art. 41, da questo punto di vista, rappresenta l'unico caso in cui il potere di decidere la misura rimediale è espressamente previsto: nel disporre un risarcimento a favore del ricorrente leso come conseguenza della violazione riscontrata a carico dello Stato, la Corte certamente agisce *infra legem*, conformemente ai principi di diritto internazionale classico, secondo i quali gli atti delle organizzazioni internazionali sono validi ed effettivi nella misura in cui esistono le rispettive competenze.

Alcuni autori hanno provato a ricondurre la competenza ad una interpretazione estensiva di "equa soddisfazione", capace di comprendere, dunque, anche misure riparatorie particolari oltre quelle di natura meramente pecuniaria.

Nella prassi, però, la Corte ha sempre interpretato e applicato l'articolo in senso restrittivo: nei casi in cui i giudici hanno predisposto misure rimediali di natura non economica, inoltre, le hanno quasi sempre poste in alternativa a quella di natura meramente economica di cui all'art 41 (cfr. *Papamichalopoulos c. Grecia*, cit., *Scozzari c. Italia*, cit., *Broniowski c. Polonia*, cit.), che, dunque difficilmente può essere inteso come base giuridica.

²⁹⁹ Sul riferimento esplicito alla natura dichiarativa, si veda, in primo luogo, *Marckx c. Belgio*, sentenza del 13 giugno 1979, serie A, num. 31, par. 58: "The Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of means to be used in its domestic system for performance its obligation under art. 53 (ora, art. 46)".

³⁰⁰ Cfr. *Nasrulloev c. Russia*, sentenza del 11 ottobre 2007, ric. n. 656/06, par. 95, dove i giudici fanno riferimento alla natura "essenzialmente dichiarativa", che porterebbe ad escludere la possibilità di una accezione estensiva del concetto.

Sul carattere esclusivamente dichiarativo come ostacolo all'estensione della competenza fino alla comprensione delle misure rimediali cfr. MARGUENAUD J. P., *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne de droit de l'homme en France*, *Journal des droits de l'Homme* 24 (2001), 1-12. 58.

possibilità di interferire con una normativa interna, bensì pertiene anche all'impossibilità di prescrivere misure rimediale.

Ad avviso di chi scrive, invece, sarebbe più opportuno conformarsi a quanto sostenuto da altri autori³⁰¹ secondo i quali l'impossibilità di prescrivere le misure non deriverebbe dalla "natura" della sentenza, bensì, al contrario, dalla mancanza delle competenze all'interno della Convenzione. Quindi, più che al valore dichiarativo della sentenza, bisogna valutare se è possibile rintracciare l'esistenza di norme che attribuiscono la competenza ai giudici di Strasburgo ad indicare le misure rimediale: in questa prospettiva, la natura dichiarativa è da interpretare come una conseguenza della mancanza di una norma attributiva di competenza piuttosto che come la causa dell'impossibilità della Corte ad occuparsi degli aspetti ulteriori l'accertamento, e, più in generale, una conseguenza dell'esistenza di norme che determinano la discrezionalità degli Stati in fase di esecuzione.

Al contrario, la discrezionalità degli Stati (e i poteri del Comitato nella fase di supervisione) può essere trattato come un principio autonomo della Convenzione, indipendente dalla natura dichiarativa, che viene in rilievo come limite effettivo posto al (eventuale) potere della Corte di occuparsi degli aspetti consequenziali³⁰².

B) L'interpretazione dell'art 32 alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione

Particolarmente utile allo scopo risulta lo studio effettuato da Haider sulla procedura di sentenza pilota: ad avviso dell'autore, che si è occupato in modo particolarmente ampio e approfondito dell'argomento³⁰³, è possibile rintracciare due possibili percorsi argomentativi per ricostruire la competenza normativa della Corte EDU in relazione alle misure consequenziali: il primo origina dall'interpretazione teleologica dell'art. 32, il secondo dalla teoria dei poteri impliciti.

³⁰¹ Cfr. CREMER H. J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, cit., pp. 49-51.

³⁰² Sul punto, cfr., HAIDER D., *The pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, cit. p. 159-162 ss.

³⁰³ Particolarmente interessante ai fini dello studio risulta la ricostruzione sulla competenza normativa della Corte EDU in relazione alle misure consequenziali effettuata da Haider, a cui si farà riferimento a più riprese in relazione ad una serie di aspetti; cfr. HAIDER D., *The pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, cit. pp. 162 e ss.

In considerazione di quanto disposto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna³⁰⁴, un trattato internazionale va interpretato “in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce dei suo oggetto e del suo scopo”.

Oltre il dato letterale, dunque, è prevista la possibilità dell'interpretazione teleologica, che è direttamente correlata agli aspetti inerenti l'effettività: se una norma viene interpretata alla luce dell'oggetto e delle finalità, tale interpretazione deve essere in grado, in ogni caso, di assicurare l'effettiva esecuzione del trattato³⁰⁵.

Tale effettività rileva anche in un senso ulteriore: nel caso in cui una disposizione si presti a più interpretazioni possibili, va interpretata in un modo tale da garantire il più possibile l'oggetto e le finalità. L'estensibilità dell'interpretazione teleologica e il principio di effettività a fondamento di norme non scritte trovano comunque un limite invalicabile nel testo del trattato³⁰⁶.

La Corte ha dedotto l'oggetto e lo scopo, in particolare, dal Preambolo alla Convenzione, quinto paragrafo, in base al quale i “Governi firmatari...in quanto... animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, (si impegnano) a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale,” da leggere in modo congiunto all'art 19, dal quale discende l'obbligo a carico della Corte di far rispettare i suddetti impegni³⁰⁷.

Su queste basi, i giudici hanno statuito, nel caso *Airey*, che la ragione del ricorso all'interpretazione teleologica della Convenzione risiede nell'esigenza di tutelare situazioni

³⁰⁴ Art. 31 Regola generale per l'interpretazione 1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce dei suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato. 3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. 4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

³⁰⁵ Cfr. VILLINGER M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, pp. 427 e ss.

³⁰⁶ A differenza di quanto avvenuto con la Corte di Giustizia Europea, che dalla norma sull'effetto utile ha fatto derivare conseguenze in termini di obblighi per gli stati il cui fondamento nei trattati è dubbio. *Ibidem* p. 428.

³⁰⁷ “Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata «la Corte. Essa funziona in modo permanente”.

soggettive reali, non illusorie o teoriche,³⁰⁸ e nel caso *Mamatuklov e Askarov* (sui provvedimenti cautelari) che l'art. 31 della Convenzione di Vienna consente alla Corte di interpretare la Convenzione EDU secondo buona fede in ragione dell'oggetto, delle finalità, ma anche secondo il principio di effettività.

Questo comporta che attraverso l'interpretazione teleologica dell'art. 32, la giurisdizione della Corte possa estendersi anche ad aspetti procedurali, non necessariamente a diritti sostanziali stabiliti dalle norme della Convenzione, dal momento che le norme della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati rilevano per la Convenzione in generale³⁰⁹.

Una volta ammessa la possibilità che attraverso l'interpretazione teleologica dell'art. 32 le competenze della Corte possano coprire anche aspetti procedurali³¹⁰, tale articolo funge da tramite per dedurre dall'art 46 la competenza alle misure rimediale, in quanto atti prodotti dagli organi convenzionali, ulteriori a quella espressamente prevista dall'art. 41³¹¹: la prassi delle sentenze pilota soddisfa le esigenze della interpretazione teleologica, contribuendo a migliorare la tutela dei diritti previsti dalla convenzione in modo effettivo e come esigenza necessaria inerente il funzionamento del sistema.

Però, anche ritenendo valida tale interpretazione dell'art 32 alla base del conferimento ai giudici i poteri per adottare misure rimediale, questa lettura della norma non assolve

³⁰⁸ *Airey c. Irlanda*, sentenza del 9 ottobre 1979, ric. n. 6289/73, par. 24.

³⁰⁹ *Mamatuklov e Askarov c. Turchia*, sentenza del 4 febbraio 2005, ric. n. 46827/99 e 46951/99, par. 111.

³¹⁰ Cfr. MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, cit., p. 193.

³¹¹ Al contrario, da una *interpretazione restrittiva* dell'art. 32 che non tenga conto dell'oggetto e delle finalità del Trattato, non è possibile ricavare una base giuridica adeguata tale da permettere ai giudici di interpretare ed applicare, oltre tutte le disposizioni che prevedono la tutela di diritti individuali, anche le disposizioni procedurali quali l'art 46 per la determinazione delle misure rimediale quando le circostanze particolari del caso lo richiedono.

Se si avallasse una tale ricostruzione, infatti, non si vede perché gli Stati avrebbero dovuto prevedere in modo espresso il rimedio satisfattorio di cui all'art. 41, se la Corte poteva comunque desumerlo dal combinato disposto degli art. 32 e 46: prendendo come riferimento il principio generale di diritto internazionale secondo il quale gli atti delle organizzazioni internazionali sono validi ed effettivi nella misura in cui esistono le rispettive competenze, la circostanza che gli Stati parti abbiano deciso di prevedere in modo espresso il rimedio risarcitorio sta a significare che hanno escluso la possibilità che la Corte potesse ricavarlo implicitamente dai poteri conferiti dall'art. 32.

La formulazione espressa dell'art.41, dunque, depone contro la possibilità di attribuire il potere di *allargare* l'obbligo a carico degli Stati estendendolo alle misure rimediale in quanto non espressamente previsto nel Trattato.

Sempre a proposito dell'art. 41, alcuni autori hanno provato a ricondurre la competenza ad una interpretazione estensiva di "*satisfaction*", capace di comprendere, dunque, anche misure ulteriori rispetto a quella di natura meramente pecuniaria.

Nella prassi, però, la Corte ha sempre applicato e interpretato e applicato l'articolo in senso restrittivo, a fondamento del potere di imporre un obbligo di natura esclusivamente pecuniaria; c'è da aggiungere che, nei casi in cui i giudici predispongono misure rimediale di natura non economica, queste sono state solitamente poste in alternativa a quella di natura meramente economica di cui all'art 41 (cfr. tra gli altri, *Papamicalopulos*, cit.): tali circostanze rendono particolarmente difficile configurarlo come base giuridica.

dalla necessità di inserimento di una simile interpretazione nel contesto generale della Convenzione³¹² e dalla verifica di eventuali norme in contrasto.

L'intenzione della Corte di pronunciarsi sulle misure generali - oggetto dell'indagine sulla competenza - non implica quindi la "pretesa" - questa si esplicitamente infondata e al di là di ogni dubbio interpretativo - di annullare o modificare la normativa interna; il riferimento agli aspetti consequenziali dell'accertamento (particolarmente esplicito ed incisivo nella sentenza pilota) è giustificabile sul piano della necessità di riportare gli *standard* di tutela degli ordinamenti interni "in linea" con quelli della Convenzione³¹³: il punto critico della questione rimane verificare in che misura la prassi di prescrivere misure generali in modo sempre più specifico sia conciliabile con il principio della libertà degli Stati in fase di esecuzione.

C) I poteri impliciti

Un altro argomento da tenere in considerazione afferisce alla possibilità di riconoscere la competenza sulla base della teoria dei poteri impliciti³¹⁴.

Tale dottrina è strettamente connessa al principio di effettività: l'organizzazione internazionale istituita con un trattato deve essere in grado di svolgere le funzioni per le quali è stata creata in una maniera che risulti effettiva; come in precedenza a proposito

³¹² Si può sottolineare, a tal proposito, che l'esistenza dell'art 41 non esclude implicitamente la possibilità di una interpretazione dell'art. 32 come attributivo di competenze alla Corte nell'applicazione dell'art.46 per stabilire misure rimediali alla luce dell'oggetto e scopo del trattato. Se si fa riferimento ai lavori preparatori (quale strumento di interpretazione sussidiario che consiste nel confermare il significato di una norma del trattato risultante da una interpretazione in buona fede seguendo il *sensu ordinario* da attribuire ai termini del trattato nel loro *contesto* e alla luce del suo *oggetto e del suo scopo*, o di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31 lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole), la *ratio* sottesa all'art 41 ed esplicitata dagli Stati-parti contraenti fu quella di evitare che alla Corte fosse attribuito potere di annullare o modificare direttamente gli atti interni, di evitare, dunque, che i giudici di Strasburgo potessero interferire direttamente negli ordinamenti interni, ma non vi è alcun riferimento esplicito alla necessità di evitare le misure rimediali. L'"utilità" dei lavori preparatori, in questo caso, consiste nel ricostruire in modo chiaro la volontà degli Stati contraenti di non attribuire alla corte il potere di annullamento; non risultano utili, invece, al fine di ricostruire la volontà degli stati in merito al potere di prescrivere misure generali.

³¹³ Esiste una differenza evidente tra l'ipotesi di una Corte internazionale che ordina l'annullamento o la modifica di normativa interna e l'ipotesi che una Corte internazionale pretenda di farlo essa stessa attraverso una propria decisione, circostanza che sarebbe certamente al di là delle proprie competenze e indubbiamente molto più invasiva della sovranità statale, tanto da risultare certamente *ultra vires*. Il punto centrale della questione consiste nel verificare quanto la prassi di prescrivere misure generali in modo sempre più specifico sia conciliabile con la discrezionalità degli Stati.

³¹⁴ A tale argomento fa riferimento il giudice Ziemele, nel suo parere favorevole alla sentenza *Hutten Czapska* sull'accordo amichevole del 28 aprile 2008.

Di parere contrario, chi sostiene che l'utilizzo della teoria dei poteri impliciti in riferimento al sistema convenzionale sia improprio perché, oltre ad estendere le competenze a favore dell'istituzione al di là di quelle espressamente definite dall'accordo internazionale, pone a carico degli Stati degli obblighi che non sono stati espressamente pattuiti; il semplice riferimento ai poteri impliciti senza utilizzare un approccio sistematico è insufficiente: l'art 19 non conferisce poteri, è semplicemente una guida per interpretare poteri già esistenti: cfr. CREMER H. J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, cit., pp. 52.

della interpretazione teleologica, anche in questo caso le ragioni dell'effettività non possono, però, condurre ad una estensione illimitata dei poteri: benché non si tratti di competenze *nuove*, bensì già esistenti in modo implicito e che possono essere desunte dal trattato, possono rilevare solamente nel caso in cui non risultino in conflitto con altre disposizioni dello stesso trattato.

Applicando questa teoria alle sentenze pilota in riferimento alla possibilità di rilevare l'esistenza di un problema sistemico e alla competenza della Corte oltre l'accertamento della violazione da configurare, dunque, come poteri impliciti, non espressamente vietati, è possibile rilevare un rapporto di necessarietà con la funzione della Corte di assicurare in modo effettivo l'osservanza da parte degli Stati degli obblighi previsti nella Convenzione³¹⁵ (da leggere in combinato disposto con gli obiettivi espressi nell'art. 1³¹⁶), rafforzando la capacità della istituzione internazionale nel far rispettare alle Parti contraenti gli impegni assunti attraverso il trattato.

Una volta accertata la corrispondenza tra l'utilizzo di poteri impliciti (individuazione del problema sistemico e determinazione delle misure rimediale) e l'effettivo miglioramento nel funzionamento del sistema (riduzione del problema del sovraccarico), l'art. 19 non può, dunque, essere utilizzato come soluzione a fondamento di ogni tipo di competenza, ma deve, in ogni caso, essere compatibile con le norme che definiscono la funzione di supervisore sulla tutela dei diritti umani esercitata dalla Corte: dunque, siccome tale funzione viene svolta solamente se attivata da un ricorso individuale, anche i poteri impliciti delle sentenze pilota possono essere esercitati nei limiti di tale condizione procedurale.

Da questo punto di vista, non si presentano particolari problemi: come analizzato in precedenza e come si dirà più avanti, le circostanze di fatto emergenti dal caso concreto rappresentano il *pretesto* che consente ai giudici di Strasburgo di individuare la presenza di un problema strutturale, rendendo necessario il ricorso alla procedura.

³¹⁵ In base all'art.19, "Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente".

³¹⁶ "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione".

Il punto problematico, anche per i poteri impliciti, è il limite sostanziale sulla esistenza di potenziali contrasti con la discrezionalità degli Stati nell'implementazione degli obblighi che derivano dal trattato³¹⁷.

3.1 La fase di esecuzione come ambito esclusivo di competenza degli Stati?

Facendo riferimento alla giurisprudenza e alla dottrina precedenti al sopraggiungere della procedura di sentenza pilota, era possibile riscontrare la presenza di un indirizzo abbastanza uniforme sulla mancanza di competenza della Corte ad indicare misure rimediali, considerando la fase di esecuzione l'ambito esclusivo di competenza degli Stati che conservavano intatta la libertà nella scelta dei mezzi per conformarsi al *dictum* delle sentenze: alcuni autori derivano il fondamento della esclusività dal valore dichiarativo delle sentenze, ma, per le ragioni già esposte in precedenza, non ci pare una ricostruzione soddisfacente³¹⁸.

Più convincente l'altro argomento, secondo il quale la discrezionalità degli Stati in fase di esecuzione non deriva dalla natura esclusivamente dichiarativa delle sentenze, quanto, piuttosto, dalla natura dell'obbligo di rimediare alla violazione derivante dalla Convenzione, che, essendo formalmente un trattato, presuppone l'applicabilità delle norme sulla responsabilità da illecito internazionale, in base alle quali gli Stati sono vincolati solamente al risultato imposto dalla decisione: mettere fine alla violazione,

³¹⁷ Dalla lettura dei lavori preparatori, utilizzati come criterio interpretativo sussidiario, non risulta alcuna esclusione espressa in merito alla possibilità del ricorso alle misure generali né alcun riferimento che possa portare a concludere che il valore delle sentenze debba essere esclusivamente dichiarativo (altro punto di vista della stessa faccenda).

In questa maniera, viene confutato il primo limite.

Tuttavia, i lavori preparatori, se da una parte possono essere invocati per escludere una volontà espressa di impedire alla Corte di indicare le misure generali (e di riconoscere alle decisioni il valore esclusivamente dichiarativo), dall'altra non possono essere invocati nemmeno per corroborare una interpretazione della Convenzione in questo senso al di là di ogni dubbio.

Dunque, viene nuovamente in rilievo la questione della competenza di adottare misure rimediali condizionata dalla discrezionalità degli Stati come principio della libertà della scelta dei mezzi.

³¹⁸ Tale impostazione è il risultato della prospettiva restrittiva in base alla quale la Corte non può andare oltre la constatazione della violazione perché non esistono norme della Convenzione che conferiscono esplicitamente i poteri alla Corte di stabilire misure rimediali; da cui deriva l'ampio spazio di discrezionalità lasciato agli Stati deriva in ragione dall'astrattezza del dovere di conformarsi alle decisioni della Corte espressamente previsto dall'art.46.

Per una rassegna esauriente della giurisprudenza in questo senso, cfr. Colandrea V, *On the Power of the European Court of Human Rights to order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of Assanidze, Broniowski and Sejdivic cases*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 7, pp. 397 e ss.

Una volta ribaltato il rapporto causa-effetto tra natura dichiarativa e competenze ad occuparsi degli aspetti consequenziali all'accertamento della violazione, sostenendo che la eventuale impossibilità di riscontrare tali competenze all'interno del corpo normativo convenzionale rappresenta - eventualmente - la causa della natura solamente dichiarativa delle decisioni e non la sua conseguenza, e una volta individuato, al contrario, il fondamento per tale competenza, tale posizione sulla natura dichiarativa si indebolisce (anche in ragione della ambiguità dell'espressione, di cui si è ragionato in precedenza) e diventa complicato assumerla come presupposto del margine di discrezionalità, che dovrà ricercarsi, eventualmente, da qualche altra parte.

provvedere alla *restitutio* e/o prevenire il verificarsi di violazioni. “Come” tale obiettivo deve essere raggiunto non è previsto³¹⁹.

L’astrattezza dell’obbligo (conformarsi alle decisioni della Corte) e la circostanza che la Convenzione non si pronuncia in modo esplicito sui rimedi non implicano, dunque, una completa libertà degli Stati in riferimento a tutti gli aspetti della sentenza³²⁰: più chiaramente, se da una parte non esiste l’obbligo di adottare un particolare strumento, esiste, comunque, dall’altra, il dovere di raggiungere il risultato previsto in ragione della responsabilità da illecito internazionale (in base alla quale, gli Stati hanno l’obbligo di adottare misure - anche - generali se le caratteristiche della violazione lo richiedono)³²¹: non c’è alcuna interferenza con il margine di discrezionalità degli Stati nella esecuzione della sentenza quando la Corte prescrive il risultato che deve essere raggiunto; bisogna valutare, invece, entro quali limiti debba esercitarsi la competenza ad occuparsi degli aspetti consequenziali dell’accertamento per non compromettere tale ambito di discrezionalità.

Applicando lo schema della responsabilità internazionale al problema sistemico alla base della violazione individuale, questo riscontro ha effetto vincolante sullo Stato destinatario che consiste nell’obbligo posto a suo carico di portare il proprio ordinamento in linea con la Convenzione in modo da prevenire future violazioni.

³¹⁹ Per la normativa sulla responsabilità da illecito internazionale, si rinvia a http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

³²⁰ La discrezionalità lasciata agli Stati nella scelta dei mezzi idonei sembra connotare l’esecuzione di un obbligo giuridico in un qualcosa di “politico”, che giustificherebbe l’affidamento ad un organo dalla natura, appunto, politica quale il Comitato per la fase di supervisione: il problema generato dalla Corte, che estendendo le proprie competenze agli aspetti consequenziali dell’accertamento li fa ricadere nell’ambito del giudicato, comporterebbe dunque una giudizializzazione del processo di esecuzione al quale gli Stati non erano abituati; sul punto: cfr. CREMER H. J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, cit., pp. 51. In una prospettiva più ampia, la *ratio* alla base della discrezionalità esecutiva rappresenta un risvolto applicativo, nell’ambito della giurisprudenza della Corte, della più generale dottrina del margine di apprezzamento, in base alla quale i giudici concedono uno spazio di manovra alle autorità interne nell’esecuzione dei loro obblighi convenzionali presupponendo la varietà ideologica e culturale degli Stati, soprattutto in relazione agli articoli 8-11 della Convenzione; cfr. SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012, 14, pp. 381 e ss.; ESPOSITO V., *La libertà des Etats, dans le choix de moyen de mise en oeuvre des arrêts européenne de droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle de droits de l’homme*, 2003, pp. 823 ss.; GERRARDS J., *The European Court of human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of Shared Responsibility*, in GERARDS J.H. e FLEUREN J.W.A. (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Anversa, 2014, pp. 27 e ss.; TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M., (a cura di) *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 145 e ss.

³²¹ Tale relazione tra discrezionalità e risultato la si evince dal frasario ricorrente della Corte, in cui si dice che “le sentenze lasciano la scelta dei mezzi da mettere in pratica nei sistemi interni per adempiere l’obbligo ex art. 46”, presente generalmente anche nelle sentenze pilota.

Dunque, sottolineando la natura del problema connessa al rischio di ripetitività dei ricorsi, la Corte determina anche la *finalità* del rimedio (che non può che essere) generale da apportare, nell'ottica di prevenire future violazioni.

Allo Stato spetta il compito di raggiungere tale *risultato* che rappresenta il contenuto dell'obbligo (attraverso un *tipo* di rimedio di carattere generale); quali *misure particolari* adottare - quali *mezzi* - è di pertinenza della sua discrezionalità.

Seguendo le conclusioni prospettate da Haider, fino a quando la Corte non prescrive particolari misure rimediali (esprimendosi anche sul soggetto destinatario dell'obbligo o sul *quomodo*) non pare esserci, quindi, grande differenza tra i casi in cui i giudici di Strasburgo sottolineano l'esistenza di limiti di carattere diffuso nell'implementazione della Convenzione - che presuppongono una indagine oltre le circostanze del ricorso individuale - e i casi in cui esplicitamente determina che l'obbligo degli Stati è prendere misure rimediali generali.

Secondo la sua ricostruzione, dunque, la discrezionalità degli Stati non è minacciata se la Corte si limita a constatare che la Convenzione deve essere implementata in un determinato ambito in riferimento ad un determinato diritto adottando misure di carattere generale fino a quando non si avventura in indicazioni ulteriori; l'obbligo in capo allo Stato esisterebbe ugualmente in ragione dell'identificazione di un problema strutturale.

Un ordine da parte della Corte di introdurre un rimedio interno effettivo senza specificare *chi* ha il dovere di farlo, né le *modalità concrete*, non aggiunge nulla,

dunque, all'obbligo di implementare correttamente la Convenzione in quell'ambito in cui è stato riscontrato il limite strutturale³²².

3.2 Casi problematici

Applicando questo ragionamento ai vari casi, l'autore individua le sentenze pilota i cui dispositivi non pongono problemi di sconfinamento.

Allorquando la Corte si limita ad individuare che gli Stati sono tenuti ad adottare misure di carattere generale per porre fine alla violazione o che lo Stato non ha provveduto a fornire adeguati rimedi interni in linea con i principi stabiliti nella giurisprudenza o quando decide che la normativa interna deve essere modificata in modo che sia conforme alla convenzione non aggiunge obblighi sostanziali ulteriori che intaccano discrezionalità; lo stesso può dirsi quando fa riferimento alla necessaria appropriatezza dei rimedi: è evidente, infatti, che le misure da intraprendere debbano essere "appropriate", altrimenti non assicurerebbero la corrispondenza dell'ordinamento interno con la Convenzione.

³²² In questo modo, HAIDER D., *The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, cit., p. 208 e ss. ; contra, cfr. SICILIANOS A. *The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments*, cit. pp. 235 e ss.

Ribaltando la prospettiva, anziché ragionare della competenza della Corte alla prescrizione di misure generali, si potrebbe, dunque, all'inverso, discutere dell'esistenza di un obbligo in capo alle autorità interne di adottare tali misure, indipendentemente da quanto i giudici di Strasburgo *dicono espressamente*: una volta stabilito che è possibile (superando la *fiction* della Corte che si attiene esclusivamente alle circostanze del caso concreto senza andarne a verificarne il *background*) riconoscere carattere obbligatorio ai riscontri sull'esistenza di normative o prassi interne in conflitto con la Convenzione, anche senza indagare sulla competenza della Corte ad indicare esplicitamente misure generali, non appare più facilmente sostenibile che la decisione in riferimento all'adozione del *tipo* di misure rimediali spetti completamente allo Stato, tutt'altro.

Queste non possono che essere di carattere generale, se dalle circostanze emergenti dal ricorso individuale, i giudici hanno riscontrato l'esistenza di un problema strutturale.

In ragione della natura della violazione e della finalità da perseguire non si vede come la decisione di adottare o meno misure generali possa ricondursi integralmente, ancora, all'ambito discrezionale esclusivo delle autorità interne.

Sul punto, cfr. Commentario, "L'evoluzione del sistema CEDU...ha fortemente compresso la libertà degli stati nella scelta dei mezzi per dare attuazione alle sentenze della Corte...anche nei casi in cui si astiene dal dare indicazioni sulle conseguenze della violazione limitandosi a concedere un equo indennizzo, la libertà degli Stati risulta fortemente condizionata. Infatti, occorre tenere presente che se i mezzi sono in principio liberi, ben precise e stringenti sono le finalità che attraverso questi mezzi devono essere perseguite: cessare la violazione...ed evitare la ripetizione della medesima violazione accertata per gli aspetti generali", BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 764.

Se da un punto di vista descrittivo la prassi delle sentenze pilota, nell'esplicitare la necessità dell'adozione di tali misure, può apparire un momento di rottura rispetto alla giurisprudenza precedente, non può dirsi lo stesso per quanto riguarda l'aspetto della libertà di scelta dei mezzi, se si riconosce la competenza ad occuparsi degli aspetti consequenziali dell'accertamento come sola possibilità di esprimersi sul *tipo* di misure, senza poter oltrepassare tale limite: in molteplici occasioni, relative ad esempio, alla violazione di cui all'art. 6 par. 1, prima che la Corte ricorresse alla procedura pilota esplicitando nel dispositivo l'obbligo di ricorrere a misure di carattere generale, gli Stati potevano già evincere dai riscontri dei giudici (posti in relazione alle norme generali sulla responsabilità internazionale in relazione al risultato da raggiungere) la necessità di introdurre un rimedio interno effettivo di carattere generale per porre fine al problema della eccessiva durata dei processi o della mancata esecuzione delle decisioni interne: vi erano tenuti, dunque, già implicitamente e prima che la Corte ne esplicitasse l'obbligo nelle successive sentenze pilota attraverso il dispositivo.

Cfr. *Rumpf*, cit., *Burdov n.2*, cit., *Nikolayevich*, cit.

Inoltre, quando fa riferimento alla necessità di intervenire sulla normativa interna e sulla prassi amministrativa, sta coprendo sostanzialmente l'intero ventaglio delle misure potenziali: senza individuare l'autorità interna tenuta all'adempimento, non sta restringendo in alcun modo il margine di discrezionalità³²³.

Il margine non è pregiudicato nemmeno quando alla "ripetizione letterale" della formulazione dei diritti che devono essere implementati adeguatamente dallo Stato, si accompagna l'ordine di introdurre "un rimedio interno effettivo" o "una combinazione di rimedi"³²⁴.

Non esistono problemi nemmeno quando i giudici fanno riferimento alla necessità di compiere un bilanciamento tra la posizione soggettiva rappresentata dal ricorrente e l'interesse generale seguendo i principi espressi nella giurisprudenza CEDU, se il riferimento è, ancora, in modo generico all'ordinamento giuridico³²⁵.

I casi problematici in cui ad avviso dell'autore pare esserci, invece, un'esercizio *ultra vires* della funzione giurisdizionale da parte dei giudici sono quelli in cui la Corte non si riferisce genericamente all'ordinamento giuridico, bensì: ordina allo Stato di modificare la legislazione vigente, individuando nello specifico le disposizioni interne di una normativa contrarie alla Convenzione, ordinando sempre nel dispositivo al Governo di esercitare il potere di iniziativa legislativa per la modifica e al Parlamento di promulgare la nuova normativa compatibile con la Convenzione entro un termine stabilito.

Abbiamo già visto come una normativa interna possa costituire la causa di una violazione nella misura in cui introduce, autorizza o dirige provvedimenti individuali incompatibili con i diritti e le libertà salvaguardate dalla Convenzione; è indubbio che incombe agli Stati l'obbligo di implementare la Convenzione adeguatamente, e, dunque, prevenire il verificarsi di future violazioni derivanti (anche, o solamente da) da una legislazione difettosa.

I punti critici che vengono messi in evidenza dall'autore sono però due: in primo luogo, la circostanza che spetti allo Stato decidere quale dei poteri interni possa portare

³²³ Cfr. *Lukenda c. Slovenia*, cit., *Broniowski e Hutten Czapska c. Polonia*, cit.

³²⁴ "che possano assicurare adeguata e sufficiente ristoro nei casi di mancata esecuzione o esecuzione che non avvenga in un tempo ragionevole delle sentenze interne" o che sia capace di "assicurare rimedio interno per eccessiva durata dei processi", cfr. *Rumpf c. Germania*, cit.

³²⁵ Nel caso *Hutten Czapska c. Polonia*, cit., la Corte stabilisce che nell'ordinamento interno debba apprestarsi un rimedio di carattere generale, più precisamente, un meccanismo giuridico che consenta un corretto bilanciamento tra gli interessi individuali dei proprietari e l'interesse generale della comunità, in relazione agli standard di protezione del diritto di proprietà desumibili dalla giurisprudenza CEDU: anche in questo caso la prescrizione è formulata in modo non puntuale (senza un rimando specifico ad una disposizione legislativa), perché il riferimento è all'ordinamento giuridico genericamente inteso.

soluzioni effettive al problema evidenziato nella sentenza (attraverso modifiche legislative o attraverso una interpretazione conforme alla Convenzione da parte degli organi giudiziari, presupponendo che nel caso in esame, dunque, il provvedimento individuale a carico del ricorrente non fosse una conseguenza inevitabile dell'applicazione della normativa) e non ai giudici di Strasburgo, i quali, ordinando espressamente la modifica delle disposizioni indicate escludono alla base tale possibilità di scelta; in secondo luogo, l'eccessiva specificità delle sentenza che pare restringere eccessivamente la discrezionalità per quanto riguarda il *quomodo* e che nella formulazione sembra configurarsi come una *regola* a cui il legislatore (a questo punto) è costretto a conformarsi³²⁶.

La Corte al Governo di adottare misure generali specifiche per dare corretta esecuzione ad una normativa interna, compatibile astrattamente con la Convenzione, ma non nella sua prassi applicativa, nella quale i giudici rintracciano l'origine della violazione ripetuta: in questo caso l'implementazione della Convenzione potrebbe avvenire, anziché modificando la normativa interna, semplicemente applicandola in modo corretto.

Il punto critico evidenziato dall'autore in sostanza è che, nel caso, non poteva escludersi che potessero esserci altre misure oltre quelle generali determinate dalla Corte per implementare la Convenzione ed evitare future violazioni: in questo senso, le misure indicate sembrano essere eccessivamente specifiche e dettagliate restringendo il margine di discrezionalità dello Stato³²⁷.

La competenza ad indicare *misure rimediali particolari* è ammissibile, infatti, solamente nel caso in cui è possibile ritrovare una sola soluzione convenzionalmente obbligata, circostanza che può venire in essere solamente in riferimento ai casi in cui è richiesto un intervento di carattere individuale; nei casi in cui, invece, la Corte riscontri l'esistenza di problemi strutturali all'interno di un ordinamento, può prescrivere misure di carattere generale (*rectius*: la necessità che lo Stato ricorra a tali misure per conformarsi

³²⁶ *Greens e M.T. c. Regno Unito*, cit., dispositivo: "Holds that the respondent State must:

(a) bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislative proposals intended to amend the 983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant; and
(b) enact the required legislation within any such period as may be determined by the Committee of Ministers".

³²⁷ Nel caso *Suljagic, c. Bosnia Erzegovina*, cit., la Corte ordina al governo federale della Bosnia Erzegovina di assicurare l'emissione di *bond* governativi a favore dei ricorrenti e l'effettivo rimborso delle rateizzazioni eccezionali a favore dei ricorrenti (titolari di conti depositati in banche dell'ex Jugoslavia e spesi dal regime); il governo si deve impegnare a corrispondere interessi legali nel caso di ritardo sui pagamenti di ogni rata presente. Fino al momento del ricorso del caso pilota, i correntisti avevano ricevuto restituzioni insufficienti perché lo Stato convenuto non aveva applicato in modo adeguato la propria normativa, violando l'art 1 Protocollo 1.

all'obbligo di cui all'art. 46) senza poter individuare *misure particolari*, in ragione della pluralità delle ipotesi ricostruttive del *vulnus* convenzionale; di conseguenza, i casi in cui fa riferimento a tali misure (attraverso l'individuazione esplicita delle norme da modificare per assicurare la tutela effettiva dei diritti soggettivi convenzionalmente garantiti e il *modo* in cui devono essere modificate), risultano problematici, perché la Corte non ha la competenza per stabilire *regole* che comprimono il margine di scelta degli Stati.

3.3 Confutazione e rinvio

Se la ricostruzione dell'autore pare molto convincente e può essere utilizzata nella parte in cui individua il fondamento della competenza ad occuparsi delle misure consequenziali all'accertamento della violazione, posta in relazione al margine di discrezionalità in fase di esecuzione come risvolto della responsabilità da illecito internazionale che vincola gli Stati solamente nel risultato, non altrettanto può dirsi in merito alle conclusioni raggiunte, che paiono timide, e, in una certa misura, vanificano lo sforzo ermeneutico compiuto.

Se, in astratto, si riconosce la possibilità alla Corte di occuparsi delle misure rimediali di carattere generale (attraverso l'interpretazione teleologica dell'art. 32, o ricorrendo alla teoria dei poteri impliciti, in relazione alla necessità di effettività), nella applicazione pratica finisce per confinarla nei limiti di una genericità che non dà conto fino in fondo della reale portata delle sentenze pilota: ritenere ammissibili soltanto i dispositivi attraverso i quali la Corte esplicita la necessità dell'adozione di misure interne di carattere generale, per portare l'ordinamento giuridico generalmente inteso in linea con la Convenzione, non pare aggiungere molto, dal punto di vista dell'obbligo a carico degli Stati, rispetto ai casi in cui, dalla natura della violazione (seppur evidenziata soltanto nella motivazione), questi potevano comunque dedurre in modo implicito tale necessità; valutare, al contrario, come problematici i casi in cui nel dispositivo la Corte si spinge fino al punto di rilevare quali misure di carattere generale lo Stato è tenuto ad adottare (individuando, dunque, l'autorità interna destinataria dell'obbligo in relazione al rimedio).

Significa restringere eccessivamente l'ambito di applicazione dello strumento decisorio e ridurne notevolmente l'efficacia in relazione alle esigenze di effettività legate al sovraccarico.

Questo ragionamento, ad avviso di chi scrive, appare, nelle sue conclusioni, viziato sotto più punti di vista.

In primo luogo, la *ratio* alla base della procedura di sentenza pilota è quella di fornire una guida alle autorità interne nei casi in cui venga riscontrata l'esistenza di un problema sistemico che espone lo Stato al rischio di essere parte convenuta in una pluralità di giudizi che hanno la stessa causa: limitare l'indicazione delle misure generali alla necessità di una loro adozione, senza poter identificare anche la natura della misura (e la autorità interna destinataria, dunque, quando è possibile: quando cioè non viene in rilievo la necessità di un intervento organico come nel caso dei problemi strutturali in senso stretto che presuppongono il coinvolgimento di più istituzioni sotto una molteplicità di aspetti) pare eccessivamente riduttivo in riferimento alla circostanze e alle finalità per le quali è nata.

In secondo luogo, in riferimento alle normative in contrasto con la Convenzione se per porre fine alla violazione accertata è necessario esercitare un potere di tipo abrogativo e può esserci, dunque, il dubbio sul soggetto istituzionale competente ad intervenire (il legislatore o la Corte Costituzionale per via giudiziaria: ma il margine di scelta appare, in ogni caso, inevitabilmente ristretto, anche ipotizzando la piena fungibilità degli interventi), altrettanto non può dirsi in relazione alla *parte ricostruttiva* per la predisposizione del rimedio interno convenzionalmente compatibile, di cui, il destinatario "naturale" appare chiaramente il legislatore: per quanto riguarda *il futuro* (evitare il ripetersi della violazione sistemica), dunque, sembra riduttivo, una volta riconosciuta la possibilità di estendere la competenza agli aspetti consequenziali della violazione, limitare i giudici alla mera *esplicitazione* della necessità di adottare le misure generali senza poter dire *qualcosa in più*: così configurate, infatti, le ragioni di effettività in relazione ai problemi sistemici non appaiono pienamente soddisfatte³²⁸.

³²⁸ A proposito del caso *Volkov*, che ha ad oggetto il reinserimento del giudice alla Corte suprema con la finalità di ripristino della composizione originaria dell'organo, decidendo su "chi" deve essere giudice e chi deve in ultima istanza partecipare all'esercizio della funzione giurisdizionale all'interno, è evidente che la Corte si addentri nel profondo nell'assetto istituzionale interno dello Stato convenuto: in riferimento al caso di specie, e più in generale, nelle pagine precedenti, alla prescrittività delle misure generali nelle sentenze pilota, Cremer si chiede se le ragioni di effettività di tutela possano giustificare tale prassi giurisprudenziale: la risposta che si dà, non senza esitazioni, è positiva: per la migliore tutela possibile dei diritti umani; cfr. CREMER H. J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, cit., p. 58.

Inoltre, l'analisi dell'autore pare eccessivamente concentrata sul dispositivo delle sentenze, quando, in realtà, un *quid pluris* esiste e si ritrova nella motivazione delle sentenze pilota sotto forma di *principio*, circostanza che, in relazione alla constatazione del problema sistemico, consente alla Corte di evitare il giudizio su ciascun caso e agli Stati di orientare la propria azione in modo certamente più puntuale rispetto al passato.

Per quanto l'utilizzo del dispositivo nelle sentenze pilota rappresenti un momento chiaramente innovativo nella prassi giurisprudenziale rispetto alla prassi precedente, l'eccessiva vaghezza della formulazione (nella maggior parte dei casi) non restituirebbe la sostanza del discorso, se non letta in congiunto con le motivazioni: è solo dalla lettura combinata delle due parti della sentenza che si può apprezzare fino in fondo il tono costituzionale assunto dai giudici³²⁹.

Sono proprio le ragioni di effettività in relazione ai problemi strutturali che hanno consentito (e obbligato) alla Corte ad un mutamento del ruolo (o, più precisamente) ad esercitare una funzione di tipo costituzionale, assimilabile a quella svolta dalle Corti costituzionali interne attraverso il sindacato di legittimità: le sentenze pilota rappresentano la testimonianza di una dimensione costituzionale in via di acquisizione di fatto in ragione del mutamento delle circostanze generali rispetto al momento del suo insediamento, e non, al contrario, la spia di un esercizio illegittimo della funzione giurisdizionale, né in riferimento ai casi in cui, ad avviso dell'autore, non viene compromesso il margine di discrezionalità³³⁰, né in quei casi da lui definiti problematici: la sovranità parlamentare (il punto cruciale alla base delle riserve

³²⁹ Nell'ultima parte della ricerca si cercherà di dimostrare proprio come la prassi delle sentenze pilota, configurabile come giurisprudenza di principio, accomuna i casi che, a parere dell'autore sono problematici e quelli che, al contrario, ancora rispettosi del margine di discrezionalità degli Stati, non lo sono: si proverà a sostenere, dunque, che quelle che l'autore identifica come *particular remedial measures* (utilizzando in modo omologo la dicitura *rules*) sono, in realtà, qualcosa di diverso.

cf. HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human rights*, cit. pp. 218-224.

³³⁰ Anche in riferimento ai casi che non presentano problemi dal punto di vista di un eccesso di potere, è possibile ritrovare una dottrina su posizioni opposte, che dubita della legittimità dell'azione della Corte anche in riferimento a quelle decisioni ritenute dall'autore rispettose del margine di discrezionalità.

"The use of a direct judgment in Broniowski threatens the subsidiary nature of the Convention system and may thus undermine the legitimacy of the ECHR".

SWEENEY J., *Divergence and diversity in Post Communist European Human Rights Cases*, 21 Conn. J., Int. L., I, 2005, p. 37.

"The use of pilot judgment may be detrimental to the COURT's work...many States are grumbling over the power of the Court has begun to exercise over their legal systems...explicit demands for legislative changes...may lead to calls that the Court exceeded its mandate...between the creation of legally binding pilot judgments the Court has increased its influence on contracting States in the absence of any major change to the Convention".

WALLACE S., *Much Ado for nothing? The Pilot judgment Procedure at the European Court of Human rights*, cit. pp. 79 e ss. Zagrebelsky, nel suo parere dissenziente a margine della sentenza *Hutten- Czapska*(2) in riferimento alle misure generali:

"The Court is entering territory belonging specifically to the realm of politics", e nella sua opinione separata a margine della sentenza *Hutten Czapska*(3) sulla relazione verticale tra Corte e Stati: "The Court is not competent (and does not have the necessary knowledge) to express a view in the abstract and in advance on the consequences of the reforms already introduced in Poland and to give a vague positive assessment of a legislative development".

sull'*agire* della Corte che ad avviso di studiosi, giudici, opinione pubblica giustificano i timori su una crisi di legittimità) come espressione della discrezionalità dello Stato nella scelta dei mezzi per eseguire la decisione, rimane nella sostanza costretta solamente ad indirizzare la propria azione per rendere la legislazione interna compatibile con gli impegni assunti, uniformandola al principio giurisprudenziale espresso in motivazione che diventa indirettamente vincolante in base alla lettura congiunta con il dispositivo dal quale emerge l'obbligo giuridico (formulato in modo più o meno generico) di portare l'ordinamento in linea con la Convenzione.

PARTE TERZA

LE SENTENZE PILOTA E IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ *COSTITUZIONALE*

1. Premessa

La terza parte del lavoro si propone di affrontare la questione delle sentenze pilota come manifestazione dell'esercizio di una funzione inerente la giustizia costituzionale e, in particolare, quella del sindacato di legittimità.

Individuato il fondamento normativo della competenza alla prescrizione delle misure generali - che si potrebbe classificare come l'aspetto dell'attivismo giudiziale di tipo sostanziale riscontrato nella prassi della Corte e caratterizzante le sentenze pilota rispetto al precedente modo di decidere - si sono anche evidenziati i limiti a tale competenza connessi al principio del margine di discrezionalità concesso agli Stati in sede di esecuzione delle decisioni di cui sono destinatari.

In base a questi limiti, sono stati individuati quelli che per certa dottrina costituiscono i casi problematici in relazione a questo eccessivo spostamento in avanti dell'agire della Corte che, attraverso misure generali sempre più specifiche, tende ad erodere in misura sempre più consistente tale margine di discrezionalità, senza averne la competenza.

Sulla base di queste premesse è possibile immaginare due possibili scenari.

Nel primo, si accetta che i limiti alla competenza della Corte ad indicare misure generali specifiche derivanti dal diritto internazionale possano essere superati (fino a comprimere totalmente il margine di discrezionalità) dalle necessità di un ordine pubblico europeo perseguibile in maniera effettiva solamente attraverso il raggiungimento di una dimensione costituzionale *tout cour*, acquisita attraverso l'accettazione diffusa da parte degli Stati del controllo di *convenzionalità* esercitato nella prassi attraverso le sentenze pilota, che, in verità, presentano pochi casi di resistenza e mancata *compliance* volontaria (principalmente, il caso *Greens e M.T.*), che in questa prospettiva, non sono giustificabili.

A contribuire alla piena costituzionalizzazione al controllo di convenzionalità si aggiunge il dato formale derivante dall'*incorporazione* della Convenzione all'interno

dei singoli ordinamenti: questi due aspetti rilevanti che ineriscono, da un lato alla prassi al livello di ordinamento convenzionale, dall'altro a modifiche sopraggiunte sul piano interno nell'ambito del sistema delle fonti del diritto, vanno a rafforzare tratti di costituzionalità *congeniti* rintracciabili nella natura della Convenzione e della Corte in generale. Questa ipotesi ricostruttiva ha come riferimento prevalente quella letteratura che si è occupata nel corso degli anni di affermare tale costituzionalità come tratto inequivocabile emerso in modo chiaro ed irreversibile in considerazione del mutamento delle circostanze nel sistema convenzionale (allargamento del Consiglio d'Europa, possibilità del ricorso individuale senza filtri, Stati in transizione democratica con difficoltà a garantire standard minimi di tutela, problemi strutturali degli Stati all'origine di violazioni ripetitive) di fronte ai quali i particolarismi dei singoli ordinamenti devono necessariamente cedere il passo: in questa prospettiva, ad avviso dei sostenitori dell'attivismo giudiziale della Corte più radicali, l'obiettivo della Corte deve essere quello di mirare all'espansionismo massimo dei diritti umani, abbandonando qualunque tipo di limite derivante dalle nozioni di sussidiarietà e margine di apprezzamento in favore di un più ampio e ambizioso progetto di *standard settler* che non si accontenti di stabilire le soglie minime di tutela. In questo scenario, l'attenzione è tutta incentrata sulla Corte e sul suo ruolo in riferimento all'alternativa tra giudice individuale e costituzionale, evidentemente da risolvere a favore della seconda, per esercitare il ruolo di "Corte costituzionale paneuropea dei diritti fondamentali".

A sostegno di questa visione, viene in rilievo la possibilità di iscrivere la costituzionalità del sistema CEDU in generale nell'ambito del più ampio scenario dell'*international constitutional law*, come espressione particolarmente significativa del costituzionalismo regionale attraverso i diritti umani.

Nel secondo, i limiti che derivano dal diritto internazionale all'esercizio di una funzione di controllo di convenzionalità permangono proprio perché non può parlarsi *ad oggi* di una acquisita dimensione costituzionale -se si esce dal dibattito più ampio sulla *costituzionalizzazione del diritto internazionale*- tale da poter assimilare *in toto* la Corte EDU ad una Corte costituzionale interna, ma è necessario tenere sempre da conto i caratteri dell'ordinamento convenzionale (proprio perché quel processo di costituzionalizzazione a cui fa riferimento parte della dottrina non pare, nella prassi, essere giunto a compimento, e, in ogni caso, non potrà giungere al punto di completamento auspicato senza una riforma sostanziale del sistema): è necessario tenere

presente sempre che gli aspetti della duplice natura costituzionale e sovranazionale tendono a sovrapporsi, per cui sarebbe una approssimazione difettosa affrontare la questione del mutamento in senso costituzionale senza tenere conto delle peculiarità del sistema, che rimarrebbero in ombra ove si tentasse di applicare alla Corte e alla sua giurisprudenza, *sic et simpliciter*, le categorie tradizionali del diritto (e della giustizia) costituzionale, forgiate nell'ambito di Stati unitari o, al più, di Stati federali³³¹.

Questo *trend* costituzionale³³², da intendersi come propensione a svestire i panni di custode secondario dei diritti fondamentali per (provare ad) avere, attraverso una attitudine sempre maggiore ad andare oltre il caso concreto, una maggiore capacità di influenza sui sistemi giuridici degli Stati membri (di cui il controllo di convenzionalità attraverso le sentenze pilota rappresenta senza dubbio un momento fondamentale), continua a doversi inquadrare nell'ambito di un ordinamento plurale ed eterarchico nel quale le autorità interne rimangono i soggetti in primo luogo preposti all'applicazione della Convenzione, un sistema nel quale vari attori competono per l'autorevolezza dell'ultima parola e la loro relazione è in ultima istanza di natura politica e non giuridica.

In questa prospettiva (che sin da ora si ritiene condivisibile), che pone l'attenzione sull'assenza di una gerarchia precisa tra gli ordinamenti, alla quale si aggiunge la mancanza di un sistema di *enforcement* assimilabile a quello dei sistemi costituzionali interni, non pare possibile configurare un controllo di *convenzionalità* che sia spogliato di ogni limite in riferimento al margine di discrezionalità degli Stati in fase di esecuzione derivanti dalla natura internazionale del trattato e, più in generale, in relazione alle scelte politiche interne in materia di protezione dei diritti.

Ci si propone di verificare, dunque, se sia ancora comunque possibile parlare di costituzionalità in riferimento ai modelli di giustizia costituzionale interna, tentando di verificare se e quali modelli decisori a livello statale possono presentare delle analogie con la funzione di controllo di convenzionalità esercitata dalla Corte attraverso la sentenza pilota e spiegarne anche i limiti.

³³¹ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., p2.

³³² SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, 2009, 9, n.3, pp. 397 e ss.

Una volta risposto positivamente a tale quesito, è importante compiere un passo ulteriore per verificare se i cosiddetti casi problematici, manifestazione di un esercizio di poteri *ultra vires* rispetto alle competenze desumibili dalla Convenzione, che hanno generato perplessità sia sul piano del diritto internazionale che sul piano più generale della legittimità dell'agire della Corte EDU, possano, invece, essere spiegati e "ricostruiti" proprio sulla base della analogie con quei modelli decisori di giustizia costituzionale interna, i quali, pur partendo da presupposti completamente differenti, pongono alle Corti costituzionali interne un problema analogo a quello, che in fondo, si imputa alla Corte di Strasburgo quando emana decisioni dall'elevato grado di specificità (espressione di un *ruolo normativo positivo*): l'intangibilità della sovranità parlamentare.

Dunque, la necessità di fondo che ispira il seguente studio risiede nel tentativo di trovare una risposta che possa tenere legate la dimensione costituzionale acquisita dalla Corte, indiscutibilmente sempre più evidente, con quella ancora pluralistica del sistema convenzionale in cui non è rintracciabile né un principio di gerarchia e né, tantomeno, è riconosciuto alla Corte il potere di ultima parola da parte degli Stati (in particolare dalle loro Corti costituzionali e dai Parlamenti): continua, infatti, a rimanere ben presente la logica sussidiaria nella protezione, che ha nei differenti modi di tutela dei diritti, derivanti dall'esercizio della potestà legislativa nei singoli ordinamenti degli Stati parti la sua essenza, il suo tratto distintivo e irrinunciabile.

2. La Convenzione e la Corte: la *natura* costituzionale, *oltre lo Stato*

Nella sentenza *Loizidou*, i giudici della Corte EDU definiscono la Convenzione come uno "strumento costituzionale per il perseguimento dell'ordine giuridico europeo nell'ambito della tutela dei diritti umani"³³³: da questa prospettiva interna emerge

³³³ Si tratta di una visione *autoriferita* attraverso la quale è la "Corte costituzionale" a dire cos'è la Costituzione: una manifestazione evidente da questo punto di vista è rappresentata dal processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Sulla questione, in modo approfondito, cfr. LOUGHLIN M. *What is Constitutionalisation?*, in DOBNER, LOUGHLIN (ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, p. 67.

Un contributo determinante a questa prospettiva sarebbe da attribuire, secondo Stone Sweet, alla entrata in vigore del Protocollo 11, con il quale "*the ECHR established a system of constitutional justice: a system that entranches fundamental rights, and provides for the judicial protection of those rights, at the behest of individuals. The ECHR is, thus, constitutional in the more profound sense*".

STONE SWEET A. *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, da *Selected Works of Alec Stone Sweet*, Yale University, 2009, p. 2.

chiaramente come la Corte, collocandosi in una posizione di guardiano della Convenzione, affermi in modo chiaro la propria natura costituzionale.

Tale posizione è in linea con quella dottrina che, ritenendo il termine *costituzionale* non di pertinenza esclusiva degli ordinamenti interni (sganciandolo, dunque, dal contesto dello Stato nazionale³³⁴) considera, non solo possibile utilizzarlo in una accezione estensiva per riferirsi a differenti ordini giuridici, perché ormai parte del linguaggio giuridico generale³³⁵, ma, addirittura, ritenendo falsa la premessa secondo la quale un sistema di carattere costituzionale non potrebbe nascere da un trattato internazionale: al contrario, una volta che il trattato è stato concluso, si fa da parte per lasciare spazio al nuovo ordine costituzionale.

Dunque, che la Convenzione sia frutto di un trattato internazionale è fuor di dubbio, ma è altrettanto indubbio che a certi aspetti convenzionali si aggiunga inevitabilmente una logica di tipo costituzionale³³⁶.

Sussisterebbe più di un motivo, dunque, per assimilare la Convenzione ad una Costituzione³³⁷: nonostante l'apparente povertà di disposizioni riguardanti l'aspetto istituzionale, guardando all'aspetto sostanziale della valorizzazione della società democratica, il richiamo costante alla *rule of law*, la difesa dell'autonomia della

³³⁴DE WET E., *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, Leiden Journal of Constitutional Law, 2006, p. 612.

Sulla indissolubilità del vincolo tra costituzione e realtà statale, invece, Bifulco: "l'insistenza di molti costituzionalisti sulla coesistenzialità di Stato e costituzione non è dovuta a una presa di posizione aprioristica ma alla consapevolezza che quella identificazione garantiva, attraverso una serie di circuiti normativi e istituzionali, il lato sostanziale delle democrazie costituzionali. Il rischio insito nello sganciamento di Stato e costituzione è così l'enfatizzazione del lato formale, non bilanciato da quei processi democratici che finora hanno garantito l'esistenza delle democrazie costituzionali. Di conseguenza, se i fautori del costituzionalismo internazionale ritengono utile far ricorso al linguaggio costituzionale, bisogna anche dire molto chiaramente che quel linguaggio contiene delle strutture formali e sostanziali di cui non si può fare a meno, se non a prezzo di abbandonare quel linguaggio o di parlarne un altro... Vi è insomma il forte rischio che il dibattito preso in considerazione (ndr. sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale) rischi di legittimare orientamenti culturali che, pur senza abbandonare i principi del costituzionalismo, di fatto lo svuotano dall'interno. È un rischio presente in quelle posizioni, invero non comuni a tutti i partecipanti al dibattito, che, preso atto dell'erosione della sovranità statale, spostano la base di legittimazione delle decisioni dal piano interno al piano internazionale o globale, volutamente obliterando la frammentazione, i rischi di conflittualità, l'assenza di circuiti realmente democratici che caratterizzano tale livello ordinamentale".

BIFULCO R., *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, AIC, n. 4/2014, pp. 26-27.

³³⁵ COHEN JONATHAN G., *La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Renouveau du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 1126 e ss.

³³⁶ Una conferma in questo senso verrebbe dalla nascita degli Stati federali, che passano da ordine internazionale a interno; cfr. JACQUÉ J.P., *Le principe constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la constitution européenne*, Institute des haute études européennes de Strasbourg, Recueil des conférences du cinquanteenaire de l'IHEE, pp. 139 e ss.

Su posizioni differenti in merito a tale possibile evoluzione, pur riconoscendo la applicabilità del discorso costituzionale al sistema convenzionale e alla Corte, tra gli altri, cfr. COSTA J. P., *La Cour européenne des droits de l'homme: est-elle une cour constitutionnelle?*, p. 11.

Più in generale, a sostegno della natura costituzionale della Convenzione, si vedano: SUDRE F., *L'Europe des droits de l'homme, L'Europe et le droit*, *Droits*, n. 14, 1991, p.105; VELU J. e ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, bruxelles, 1990, pp.35 e ss.

³³⁷ FLAUSS J.F., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, 1998, pp. 711 e ss.

funzione giurisdizionale come corollario del principio della separazione dei poteri, sembrano esserci tutti gli elementi che fanno emergere evidenti i caratteri della costituzionalità.

La circostanza che alla Convenzione si applicano le norme del diritto internazionale relative ai trattati, congiuntamente alla impossibilità di rintracciare un costituente europeo e, quindi, un popolo europeo³³⁸, non paiono, in questa prospettiva, ostative al riconoscimento della natura costituzionale in senso sostanziale³³⁹.

3. Le funzioni della Corte nel sistema di riferimento: analogie e differenze con le Corti costituzionali interne sul piano generale

Nel dibattito dottrinale sulla natura della Convenzione e della Corte EDU il ricorso alla semantica costituzionale è abbastanza risalente³⁴⁰, indipendente dai riferimenti al *International constitutional law*³⁴¹, precedente al sopraggiungere dei fattori che hanno mutato le circostanze in cui il sistema convenzionale si è trovato ad operare (tra queste, il problema del sovraccarico, che ha generato un ampio dibattito sul ruolo della Corte in occasione dei lavori sul Protocollo n. 14, di cui si renderà brevemente conto, *infra*): a

³³⁸ Al contrario, "Chaque constitution a une âme, ou comme l'a dit George Bordeau, contient une idée de droit: ce n'est pas le cas des traités. [...] en outre, peut-on parler de l'expression de la volonté du pouvoir constituant lorsqu'une quarantaine de pays s'expriment?", FAVOREU L., *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 42.

³³⁹ Inoltre, secondo quella dottrina che osserva i diritti umani alla luce del costituzionalismo internazionale *in funzione compensativa* che, attraverso l'uso delle categorie del diritto costituzionale tende a sviluppare una visione integrata tra ordinamenti presupponendo l'insufficienza strutturale che caratterizzerebbe le costituzioni nazionali, colmata attraverso una interpretazione del diritto internazionale in funzione -appunto- compensativa, vi è chi non manca di sottolineare che i trattati internazionali sui diritti umani rappresentano un fattore di rafforzamento delle costituzioni nazionali, sia perché molti diritti fondamentali nazionali non sono declinati in chiave universalista, bensì statalistica, sia perché molti più recenti elenchi costituzionali di diritti fondamentali sono modellati sulla falsariga delle più importanti dichiarazioni internazionali dei diritti; cfr. BUCHANAN A., *The Heart of Human rights*, Oxford, 2013 pp. 212-213.

³⁴⁰ RYSSDAL R., *On the Road to a European Constitutional Court*, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, Martinus Nijhoff, 1991; FROWEIN J., *The ECHR as a Public Order of Europe*, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, Martinus Nijhoff, 1992; ALKEMA E., *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, in P. Mahoney (ed.) *Protecting Human Rights. the European Perspective*, Studies in Honour of R. Rysdal, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2000.

³⁴¹ In considerazione del fatto che il problema del mutamento in senso costituzionale della Corte EDU si affronterà prendendo come riferimento i modelli di giustizia costituzionale interna, lo studio in oggetto non affronterà, dunque, la questione dal punto di vista più generale della costituzionalizzazione del diritto internazionale (di cui il sistema della CEDU rappresenterebbe il *core value system*, cfr. DE WET E., *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, cit., p. 613) a cui si rinvia senza pretese di esaustività: FASSBENDER B., *The United Nations Charter as a Constitution of the International Community*, Columbia Journal of International Law, 1998, n. 36; PETERS A., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, Leiden Journal of International Law, 2006, n.19; della stessa autrice *Are We Moving towards Constitutionalization of the World Community?*, in A. CASSESE (ed.) *Realizing Utopia. The future of International Law*, Oxford, 2012, p. 119; KUMM M., *The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis*, EJIL, 2004, n.15.

giustificarne la opportunità dell'utilizzo, la coincidenza funzionale *ratione materiae*³⁴² della tutela dei diritti umani.

Il catalogo dei diritti comprende tutte le principali “*figure costituzionali classiche*” di diritti civili e di libertà e si caratterizza per la frequente previsione – accanto alla affermazione “positiva” di ciascun diritto – della (in qualche modo complementare) disciplina relativa alle possibili limitazioni e restrizioni che, (solo) a determinate condizioni, possono per quel diritto introdursi: non deve ingannare, dunque, il dato formale della natura internazionale del trattato, giacché nella sostanza rappresenta un *bill of rights* di natura para-costituzionale³⁴³.

Se si guarda al di là del dato formale, dunque, una decisione di carattere costituzionale non è soltanto quella emessa da una Corte con lo *status* di costituzionalità, perché i diritti umani, a qualunque livello, mettono alla prova la relazione tra esercizio di potere pubblico e diritti invocati³⁴⁴: il tipo di valutazione condotta dalla Corte è molto simile a quello compiuto dai giudici delle Corti costituzionali interne e, nei casi di limitazioni di diritti da parte di atti interni di portata generale, la Corte si domanda se la fonte di tale limitazione è legittima, in riferimento all'adeguatezza della base legale; se l'ingerenza e la compressione del diritto hanno finalità legittime (pubblica sicurezza, salute, morale, bilanciamento corretto con altri diritti); se tale limitazione è proporzionata, nel senso che la misura statale per la tutela di interessi che la giustificano non deve eccedere

³⁴² DRZEMCZEWSKI A., *European Human Rights Convention in Domestic Law: a Comparative Study*, Clarendon Press, 1983, p.33; “All'interno di un testo convenzionale dalla struttura piuttosto semplice, con previsioni caratterizzate da formulazioni linguistiche piuttosto generiche sia per quanto riguarda il contenuto dei diritti che per la loro limitabilità, la Corte è istituita quale organo permanente avente la funzione di assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle parti contraenti: la genericità di tali formulazioni deve essere tradotta in regole specifiche e principi capaci di determinare la soluzione per ciascuna controversia sottoposta all'attenzione dei giudici di Strasburgo. Una finalizzazione alla funzione di tutela dei diritti fondamentali che non si riscontra con questi caratteri nemmeno negli organi di giustizia costituzionale per i quali sia previsto ricorso diretto dei singoli, e appare rintracciabile in misura ancora minore in un organo quale la Corte costituzionale italiana”.
cfr: MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, p. 384.

³⁴³ “Véritable charte constitutionnelle de la Grande Europe”: cfr., SUDRE F., *L'Europe des droits de l'homme, L'Europe et le droit*, Droits, cit., p. 106

³⁴⁴ La questione della costituzionalità della Corte, secondo Wildhaber, sarebbe prevalentemente semantica: la si può chiamare come si vuole, l'importante è la sostanza, ossia la protezione di diritti fondamentali, *anche se* in una logica di sussidiarietà.

La missione costituzionale si concreterebbe nella emanazione di statuizioni di principio il cui obiettivo è l'innalzamento del livello minimo di tutela dei diritti nello spazio europeo: nei casi in cui, ad esempio, emergono questioni sostanziali che contribuiscono a formare la giurisprudenza, la Corte si troverebbe ad esercitare un ruolo propriamente costituzionale che è quello di occuparsi di questioni pubbliche sensibili; anche in relazione alla risoluzione del problema del *workload* abbiamo visto in precedenza come, oltre alla componente quantitativa in relazione al numero dei ricorsi, la giurisprudenza della Corte esprima anche una componente qualitativa, svolgendo un ruolo suppletivo nella transizione costituzionale degli stati dell'ECO: il ricorso alla procedura di sentenza pilota non rappresenta solamente una soluzione al problema dei ricorsi ripetitivi, ma contiene anche un bilanciamento differente rispetto a quello effettuato nell'ordinamento interno, che in un certo senso vede la corte impegnata nel ruolo di *European standard settler*.

cfr: WILDHABER L., *On Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, Human Rights Law Journal, 2002, 23, pp. 161 e ss.

quanto necessario in una società democratica³⁴⁵ né comportare, dunque, una completa soppressione del diritto.

E in ragione dell'importanza vieppiù crescente che i diritti umani hanno assunto, vari autori si sono così espressi sul destino della Corte EDU e sul suo ruolo di Corte costituzionale d'Europa³⁴⁶, qualificandola Corte *quasi costituzionale sui generis*³⁴⁷, rigettando una visione restrittiva che riconosce la possibilità di utilizzo di una semantica costituzionale solamente in riferimento alle Corti nazionali che operano in un sistema in cui esiste un documento a fondamento del potere di annullamento delle leggi, di limitazione dell'esecutivo, di modifica delle decisioni di giudici ordinari nel caso in cui diritti fondamentali siano stati violati: a questi argomenti oppongono, dunque, una accezione più ampia, in base alla quale si può sostenere che è *costituzionale* qualunque decisione di un organo che abbia il potere di decidere con autorità e in via definitiva in un determinato ordinamento se i diritti fondamentali sono stati violati da poteri non giudiziali³⁴⁸.

Con l'entrata in vigore del protocollo n. 11, inoltre, la Corte di Strasburgo si colloca ancor più in posizione favorevole, la migliore possibile per ricevere ricorsi che possono avere ad oggetto controversie di carattere costituzionale sorte all'interno degli Stati

³⁴⁵ Tale circostanza presuppone, dunque, la possibilità che sulla medesima questione si pronuncino la Corte costituzionale e la Corte EDU, dal momento che sempre più frequentemente i giudici costituzionali, nel rendere le decisioni, fanno riferimento non soltanto alla Costituzione ma anche alla Convenzione: se questo può in una certa misura contribuire ad una permeabilità degli ordinamenti interno ed internazionale attraverso lo scambio di argomentazioni giuridiche nell'ambito del dialogo tra le Corti (cfr. *supra*, cap. 1 par. 5), non esclude che possano esserci delle divergenze nella interpretazione dei diritti.

Cfr. COSTA J. P., *La Cour européenne des droits de l'homme: est-elle une cour constitutionnelle?*, cit., p. 5 e ss.

³⁴⁶ WILDHABER L., *European Court of Human Rights: Past, Present and future*, American University Law Review, 2007, 22, n. 4, pp. 521 e ss.

³⁴⁷ Prima di procedere alle riflessioni sulla natura e le funzioni esercitate, secondo Stone Sweet, bisogna compiere una valutazione sulla presenza di alcune pre condizioni, che precede qualunque riflessione sulla costituzionalità: non si può dire che una Corte esercita una "influenza" di tipo costituzionale nel proprio ordinamento se non possiede la competenza esclusiva nell'interpretazione del testo costituzionale di riferimento, se non è caratterizzata dalla presenza di una giurisprudenza consistente, basata sul riconoscimento del precedente.

Indubbiamente, per quanto riguarda la Corte EDU, si possono riconoscere abbastanza facilmente tali caratteristiche: secondo quanto stabilito dall'art 32 (e come già visto in precedenza) infatti, i giudici di Strasburgo hanno competenza esclusiva nell'interpretazione e applicazione delle norme della convenzione; successivamente all'entrata in vigore del protocollo n. 11, con il riconoscimento della giurisdizione permanente e della possibilità del ricorso individuale c'è stato un incremento considerevole del *caseload*, come sottolineato nella prima parte; in questo modo gli ordinamenti interni degli Stati contraenti sono sottoposti al meccanismo di supervisione del rispetto dei diritti previsto dalla Convenzione: grazie al nuovo assetto, la Corte possiede tutte i poteri formali per esercitare una influenza sugli stati contraenti: quella che l'autore identifica come *structural judicial supremacy*.

Cfr. STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. pp. 7 e ss.

Per quel che riguarda il valore del precedente: pur senza il riconoscimento espresso del principio dello *stare decisis*, la Corte riconosce le proprie decisioni come precedenti, da cui si discosta solo per correggere un errore precedente o nel caso di utilizzo dell'interpretazione evolutiva.

³⁴⁸ WILDHABER L., GREER S., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, in Human Rights Law Review, 2012, 12, n.4.

parti³⁴⁹, o che, comunque, nel contesto di un ordinamento interno, sarebbero classificate come costituzionali³⁵⁰.

La dimensione costituzionale è presente già nell'essenza del ricorso individuale: la Corte viene istituita allo scopo di proteggere i diritti fondamentali dei singoli contro le violazioni degli Stati contraenti, piuttosto che creare diritti soggettivi e reciproci tra quest'ultimi.

Si colloca su posizioni contrapposte, chi ritiene non superabile la natura di trattato internazionale della Convenzione, con tutte le limitazioni inerenti, prima fra tutte che la Convenzione, insieme alla Corte, rappresenta una limitazione alla sovranità statale, ma circoscritta alla sola tutela dei diritti fondamentali, di conseguenza il loro ambito di applicazione non può essere costruito in una maniera troppo estensiva: i trattati internazionali costituiscono limitazioni volontarie della sovranità nazionale e non possono essere interpretati in modo tale da imporre obblighi agli Stati sui quali questi non hanno esplicitamente prestato il loro consenso.

Il sistema convenzionale, dunque, non può che essere considerato uno strumento sussidiario di protezione la cui finalità rimane quella di assicurare *standard* minimi di tutela che possano essere accettati universalmente: nell'ambito della cornice fornita da tali *standard*, gli Stati rimangono liberi di determinare autonomamente il modo in cui implementare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali; la dottrina del margine di apprezzamento è stata formulata dai giudici per giustificare tale necessario

³⁴⁹ “The Court determines if and how these practices have violated the rights of the applicant; it routinely gives guidance to State on how their law and practices must change in order to comply with dictates of the Convention; and States typically react to these decisions by making appropriate changes”.

STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. p. 7

³⁵⁰ STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. p. 5; nel caso *Soering*, in relazione alla prevalenza delle previsioni della Convenzione sul trattato sulla estradizione tra Regno Unito e Stati Uniti, i giudici sottolineano che la questione affrontata “has much in common with the civil-liberties or fondamentali rights issues commonly adjudicated upon by constitutional courts in political democracies. Equally the judicial review carried out by the Court is similar in nature to that carried out by those courts”, cfr. *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, in Serie A n. 161, par. 110.

atteggiamento di *self restraint*, circoscrivendo l'ambito di intervento delle decisioni per non varcare i limiti della sovranità statale³⁵¹.

Inoltre, anche l'effettività della Convenzione non può oltrepassare i limiti del diritto internazionale: mentre da un punto di vista giuridico esiste un obbligo a carico degli Stati di implementare la Convenzione ed eseguire le sentenze della Corte in modo adeguato, a tale dovere non corrispondono adeguati meccanismi di *enforcement*: la *compliance* con le decisioni della Corte dipende, in ultima istanza, da meccanismi di pressione di natura esclusivamente politica_rimessi all'operato del Comitato dei Ministri.

Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere rango costituzionale alla Corte EDU, emerge un limite strutturale: giudicato insufficiente ai fini della assimilabilità il solo profilo della protezione dei diritti umani è giudicato insufficiente ai fini della assimilabilità, mancherebbero altre caratteristiche fondamentali³⁵².

Tale "incompletezza funzionale" deriva, in primo luogo, dalla mancata appartenenza della Corte allo stesso sistema dove avvengono le violazioni: mentre la gran parte dei tribunali costituzionali, infatti, svolge una pluralità di funzioni, tra cui quella di tutela dei diritti fondamentali, e l'intero complesso delle pronunce finisce per delinearne la posizione nel sistema, la Corte di Strasburgo, al contrario, *non è inserita nel sistema nel quale si realizzano le violazioni dei diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri, e non partecipa, per così dire, da vicino dei caratteri e della realtà complessiva di quegli ordinamenti*³⁵³.

Inoltre, per quello che riguarda l'assetto istituzionale del Consiglio d'Europa, non è nemmeno possibile provare una comparazione con la "forma di governo" che fa da

³⁵¹ Al rilievo che in questo contesto privo di un assetto costituzionale compiuto, il sistema di supervisione delle violazioni messo in pratica dalla Corte si è quasi sempre assestato su posizioni di *self restraint*, alternando solo di rado (prima della prassi delle sentenze pilota, in particolar modo) valutazioni di carattere generale sulle normative interne, si può obiettare sostenendo che anche le vere Corti costituzionali, quali la Corte Suprema americana, fanno dell'alternanza tra posizioni attiviste e maggiormente prudenti un tratto distintivo: "This is not to say that a constitutional approach always calls for an activist attitude. In that respect the Court's position already resembles that of a real constitutional court, like the American Supreme Court, in whose chambers judicial activism and restraint struggle time and again for hegemony".

cfr. KOOPMANS T., *The Roots of Judicial Activism*, in F. MATSCHER E H. PETZOLD (ed.), *Protecting the Human Rights: The European Dimension*, Studies in honour of G.J. Wiarda, Colonia, 1998, pp. 317-337; con riferimento specifico alla Corte Suprema Americana, cfr. SUNSTEIN C., *One Case at Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.

³⁵² Sui limiti del discorso costituzionale, in generale, cfr. FAVOREU L., *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, cit., pp. 35 ss..

³⁵³ cfr. MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, cit. p. 372.

contesto all'esercizio delle funzioni delle Corti costituzionali³⁵⁴: manca, dunque, un sistema costituzionale e normativo all'interno della quale inquadrarla, che faccia riferimento ad una Costituzione da applicare e far rispettare dagli altri poteri istituzionali: senza un Parlamento che legifera³⁵⁵, senza un governo che prende decisioni, una Corte costituzionale non ha ragione d'esistere.

Letta in questa prospettiva, la tutela dei diritti fondamentali non pare un elemento sufficiente alla caratterizzazione della Corte in senso costituzionale dal punto di vista delle funzioni assolute, giacché, mancando il contraltare istituzionale, non assolve alla funzione di risoluzione dei conflitti inter-istituzionali di ordine politico tra le varie branche del potere: se si volessero intendere gli Stati parti come attori del presunto sistema costituzionale, sarebbe ancora più problematico trovare delle analogie, in ragione della molteplicità dei ruoli da questi giocati nel sistema convenzionale³⁵⁶.

4. L'attività interpretativa della Corte: un fattore ulteriore per riconoscerle una natura costituzionale.

A) Le domande costituzionali

Sebbene il ragionamento effettuato dai giudici di Strasburgo possa, in linea di principio, risentire di una mancanza di profondità argomentativa e dunque di una autorevolezza costituzionale in ragione della circostanza di dover decidere sulla esistenza di una

³⁵⁴ “Il Comitato dei Ministri, organo decisionale del Consiglio d'Europa e composto dai Ministri degli Esteri di tutti gli Stati membri o dai loro rappresentanti diplomatici permanenti a Strasburgo, può essere definito solo impropriamente un organo esecutivo, non fosse altro perché manca un indirizzo politico all'interno del sistema CEDU, che ha invece come missione esclusiva quella di garantire la protezione, all'interno dei Paesi parte del Consiglio d'Europa, dei diritti previsti dalla Convenzione. Non stupisce, dunque, che neanche le raccomandazioni del Comitato dei Ministri siano vincolanti per gli Stati membri. L'assemblea parlamentare non è per nulla paragonabile ad un Parlamento nazionale, né per composizione né per ruolo. Non è titolare di alcuna funzione legislativa così come classicamente intesa. La maggioranza dei suoi lavori si conclude con dei rapporti che non vincolano gli Stati contraenti. In ogni caso la Corte europea non ha nessuna competenza a valutare la conformità delle attività, dei rapporti e delle raccomandazioni dell'Assemblea e del Comitato dei Ministri. Non può quindi in nessun modo ad essa essere attribuito l'epiteto, coniato da Louis Favoreu, di *aiguilleur* del sistema istituzionale in cui si innesta...”, cfr. POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit. p. 3.

³⁵⁵ Nell'ambito del Consiglio d'Europa, come accennato poc'anzi, non sembra possibile rintracciare una istituzione che abbia i caratteri di un legislatore europeo: né l'Assemblea Parlamentare né il Comitato dei Ministri hanno il potere di emanare norme che non siano di *soft law*.

³⁵⁶ “As for the other constitutional actors, the State Parties, they are almost omnipotent: they functioned as a constitutional assembly when they drafted the Convention and its Protocols; they legislate when they adopt within the framework of the Council of Europe conventions and resolutions, but the former are only binding on those States accepting them and the latter are just recommendatory. They are the executive when it comes to implement the convention and the Court's judgments and to supervise collectively such implementation. This concentration of most powers in the States Parties - acting either alone or collectively - hampers and even prevents the Court from playing a mediatory role and striking the proper balance”. ALKEMA E., *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, cit., p. 45.

violazione in relazione ai fatti del caso concreto, la funzione teleologica della protezione effettiva dei diritti non esclude, però, ad avviso di certa dottrina, che la Corte debba inevitabilmente confrontarsi con domande che sono *ontologicamente costituzionali*: la domanda normativa - cosa significa un determinato diritto e qual è la sua relazione con altri diritti tutelati - quella istituzionale - quale istituzione è tenuta a rispondere alla domanda normativa, organo di natura giurisdizionale o no, nazionale od europeo - quella decisoria - in che modo la questione normativa deve essere risolta, cioè quale metodo giudiziale deve essere utilizzato.

Per rispondere a questi interrogativi, i giudici della Corte ricorrono ad un nucleo di principii interpretativi fondamentali che costituiscono, più di altri, il *framework costituzionale* più strettamente connesso con le finalità della Convenzione, cioè la protezione effettiva dei diritti, nel contesto democratico e della *rule of law*.

Tali principi costituzionali primari, il “*right principle*”, il “*democracy principle*” e il “*priority to rights principle*”, orientano l’attività interpretativa dei giudici per rispondere alla questione costituzionale fondamentale inerente la distribuzione delle responsabilità per la protezione dei diritti e il perseguimento della democrazia dell’interesse pubblico tra istituzioni giudiziali e non giudiziali (più che tra autorità nazionali e sovranazionali) in conformità con *la rule of law*³⁵⁷.

B) La competenza esclusiva

La genericità della formulazione dei diritti e delle libertà (sia per quanto riguarda il contenuto che la limitabilità) deve essere tradotta in regole specifiche e principii capaci di determinare la soluzione per ciascuna controversia sottoposta all’attenzione dei giudici di Strasburgo: questa attività richiede certamente una indiscutibile dose di *creatività* nel processo di interpretazione ed applicazione della Convenzione³⁵⁸; prerogativa alla quale si accompagna la funzione di interprete esclusivo del testo *costituzionale* espressamente attribuita in ragione di quanto disposto all’art. 32: i giudici di Strasburgo ai quali è affidato il compito di assolvere al ruolo di guardiani di un corpo

³⁵⁷ Cfr. GREER S., *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in Oxford Journal of Legal Studies, n.23 (3), 2003, pp. 408-411.; dello stesso autore, cfr. *The European convention on human rights: Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006, pp. 165 e ss.

³⁵⁸ GARLICKI L., *Judicial deliberations: the Strasbourg perspective, The Legitimacy of Highest Courts’ Rulings*, N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF (ed.), 2009, Asser Press, p. 390.

normativo (la Convenzione con i suoi Protocolli) godono di una esclusività nell'opera di interpretazione ed inveroimento di quegli enunciati che non viene attribuita formalmente in taluni ordinamenti nemmeno alle Corti costituzionali³⁵⁹.

C) La funzione oracolare

In ragione di questa competenza esclusiva, e grazie alle aperture testuali della Convenzione, i giudici di Strasburgo possono contribuire allo sviluppo progressivo dei valori inerenti alle disposizioni "costituzionali" del testo di riferimento³⁶⁰: una sorta di funzione costituzionale derivata, attraverso la quale la Corte EDU garantisce l'adattamento del testo originario all'evoluzione della società europea³⁶¹. Per mettere in pratica una giurisprudenza in questo senso *costruttiva*, la Corte deve ricorrere necessariamente alle tecniche di giudizio utilizzate dalle Corti costituzionali. Dunque, ispirandosi alla dottrina del *diritto vivente*, contribuisce a far emergere nuovi diritti o ad ampliare l'ambito di applicazione di quelli esistenti: le "modifiche" al testo originario avvengono, in questo modo, non attraverso la manifestazione espressa di volontà da parte degli Stati del Consiglio, ma hanno la loro sede nell'attività pretoria dei giudici che ricorrono all'interpretazione evolutiva delle disposizioni esistenti³⁶².

Tale funzione oracolare³⁶³, nella sua dimensione storica, ha permesso al testo, originariamente firmato solamente dagli Stati occidentali, di sopravvivere come strumento universalmente accettato da quasi tutti gli Stati del continente, consentendo di

³⁵⁹ MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, cit., p. 372; sulla relazione tra vaghezza nella formulazione delle previsioni costituzionali e necessità di traduzione in norme e regole specifiche come paradigma di costituzionalità, cfr. GARLICKI L., *Judicial law-making: the Strasbourg Court on Applicability of the European Convention*, in *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of reality and Challenges*, NIJHAR, 2013, p. 387: "The experience of the European Court of Human Rights offers a pertinent illustration... although the ECtHR is not a constitutional court in the pureness of the term, its activities place it very close to classic constitutional jurisdiction".

³⁶⁰ FLAUSS J.F., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, cit., p. 718.

³⁶¹ Piuttosto che rimanere ferma, attraverso un atteggiamento di *self-restraint*, su una interpretazione ancorata alle originali intenzioni dei costituenti, "the Convention must be interpreted in the light of present day conditions". cfr. *Tyner c Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978, ric. n. 4464/70.

³⁶² Tale funzione potrebbe essere svolta in maniera ancora più incisiva, e, per così dire, pedagogica, se i giudici di Strasburgo avessero la possibilità di abbandonare l'approccio del caso concreto e dedicarsi maggiormente a decisioni "di principio", concentrando gli sforzi per argomentazioni giuridiche all'insegna della qualità, che avvicinerrebbero in modo ancora più evidente la corte EDU a quelle costituzionali interne. Sul punto si tornerà, *infra*.

³⁶³ STONE SWEET A. KELLER H., *The Reception of the ECHR in national legal orders*, in KELLER STONE SWEET (ed.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, pp. 6-7.

innalzare la soglia di rispetto e protezione dei diritti umani a livelli inimmaginabili ai tempi della sua redazione³⁶⁴.

La circostanza che l'adattamento del testo convenzionale alle mutate condizioni, nell'ambito della risoluzione dei conflitti tra diritti e interesse pubblico, avvenga (anche) attraverso il ricorso al principio di proporzionalità³⁶⁵ (da intendere come standard interpretativo costituzionale a livello globale³⁶⁶), aiuta a connotarne la natura con chiarezza ancora maggiore: nell'esaminare i confini dei diritti convenzionalmente garantiti, i giudici valutano non solo l'esistenza di una finalità legittima, ma che la restrizione conseguente al perseguimento dell'interesse pubblico risponda ad esigenze di necessità e che sia dunque interpretato nel modo più restrittivo possibile mostrando una deferenza sempre minore alle limitazioni ai diritti derivanti dall'esercizio del potere legislativo di autorità democraticamente legittimate³⁶⁷.

5. Elementi sopravvenuti a completamento della dimensione costituzionale della Corte EDU

A) La risposta *costituzionale* ai problemi strutturali

³⁶⁴ GARLICKI L., *Judicial law-making: the Strasbourg Court on Applicability of the European Convention*, cit. p. 390.

³⁶⁵ Sulla proporzionalità quale meccanismo di coordinamento tra sistema convenzionale e ordinamenti interni, strumento particolarmente incisivo per controllare le decisioni politiche delle autorità nazionali, e capace, dunque, di rinforzare la *supremazia strutturale* della Corte: "Proportionality now constitutes a crucial mechanism of coordination between the ECHR and national systems...is an highly intrusive form of review, involving necessity analysis and balancing. It requires the Court to review the substantive, political decisions of national officials in the context of national law, thereby reinforcing the Court's own structural supremacy". STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. p. 6.

³⁶⁶ Il ricorso al principio di proporzionalità rappresenta, ad avviso di Stone Sweet, un segno inequivocabile del carattere costituzionale della giurisprudenza CEDU, in considerazione del fatto che esso emerge come standard costituzionale globale utilizzato dalle Corti più autorevoli; "The Court adopted for itself a particular doctrinal framework-that of proportionality- as the standard technique for dealing with rights. Developed as an unwritten, general principle of law by german Constitutional Court, proportionality is an analytical procedure that is widely used by the world's most powerful constitutional judges to adjudicate disputes involving qualified rights".

STONE SWEET A., *On the Constitutionalisation of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. p.5.

Per un approfondimento sul tema, si rinvia sempre allo stesso autore: STONE SWEET A. - MATHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, n. 47, 2008, p. 68-149.

³⁶⁷ SADURSKI W., *Constitutionalism and the enlargement of Europe*, OXFORD, 2012, p. 9; significativo da questo punto di vista il caso *Hirst c. Regno Unito*, n.2 [GC], sentenza del 6 ottobre 2005, ric. n. 74025/01, nel quale viene apertamente criticata la posizione del Parlamento inglese per aver deliberato sull'adozione delle misure di restringimento del diritto voto a carico dei detenuti in seguito a condanna penale senza considerare il principio di proporzionalità e senza tenere debitamente conto di una serie di fattori quali la differenza tra reati in termini di gravità, durata della condanna, circostanze concrete in riferimento a ciascun caso individuale. Questo aspetto verrà approfondito *infra*.

È indubbio che le ragioni alla base del sovraccarico analizzate in precedenza hanno comportato una modifica nella prassi della giurisprudenza in relazione alle ragioni di economia processuale per evitare una paralisi del sistema (aspetto analizzato *supra*, cap. 1); ma l'allargamento ad est del Consiglio d'Europa e la necessità di fare fronte alle violazioni strutturali (quasi) tutte originate da assetti ordinamentali in fase di transizione costituzionale, hanno portato, più in generale, ad un "ripensamento del meccanismo di controllo giurisdizionale messo progressivamente a punto nel sistema CEDU e fino a quel momento riconducibile, almeno sulla carta, al concetto di *individual justice*"³⁶⁸: in quest'ottica pare utile ricostruire brevemente le ragioni contrapposte del dibattito (emerse in occasione della riforma del protocollo n. 14 e costante oggetto di attenzione da parte della dottrina e degli stessi giudici) dal quale emerge evidente la dicotomia giustizia individuale/ costituzionale³⁶⁹.

In riferimento alla necessità di una "costituzionalizzazione" della Corte, appaiono evidenti, infatti, le ripercussioni sulle sorti della funzione del ricorso individuale, principio cardine e "cuore pulsante" all'interno del sistema convenzionale.

Wildhaber ha, in più occasioni, fatto riferimento all'esigenza di una giustizia costituzionale: riflettendo sul futuro del sistema in termini di effettività e funzionamento, nel contesto di crisi generata dal carico eccessivo di ricorsi, dalla sua posizione (che riflette il suo personale convincimento nonché più in generale l'approccio tenuto nel Rapporto del *Evaluation Group*, di cui era co-autore) emerge che la Convenzione non può essere più basata esclusivamente sul meccanismo di tutela del singolo ricorrente e sulla assicurazione sistematica di una giustizia individuale, che rimane un momento importante ma secondario rispetto all'esigenza più ampia di garantire *standards* generali di tutela dei diritti umani³⁷⁰.

³⁶⁸ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., p. 17.

³⁶⁹ Per una compiuta disamina del dibattito, cfr. HARMSSEN R., *The European Court of Human Rights as a Constitutional Court: Definitional Debates and the Dynamics Reform*, in Judges, Transition and the Human Rights. ed. / J. MORISON; K. MCEVOY; G. ANTHONY. Oxford University Press, 2007. pp. 33 e ss.

³⁷⁰ "Two principal problems facing the Convention system: how to absorb and filter out the mass of unmeritorious applications without taking up valuable times of senior judges and how to preserve the coherence and the quality of the leading judgments, the judgments of principle, the judgments that contribute to the European-wide humans rights jurisprudence, that help to build up the European "Public order". It is these judgments which place the Court in its true constitutional role, deciding what are essentially public-policy issues."

WILDHABER L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, cit., p 163; durante il discorso per l'apertura dell'anno giudiziario tenutosi il 21 gennaio 2005 afferma nuovamente: "The Court is progressively reverting to its core business, to the substantial cases, cases which actually contribute to enhancing the protection of human rights throughout the Council of Europe States and even beyond", disponibile su <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Other+Information/Presidents+speeches/>.

Per esercitare un ruolo costituzionale teso al perseguimento di un ordine pubblico europeo basato sul principio democratico e della *rule of law*, la possibilità di emanare decisioni di principio rimane, evidentemente, strettamente condizionata dalla esigenza di sollevare la Corte dal carico, non solo dei ricorsi manifestamente infondati, ma anche da quelli fondati che, però, non presentano aspetti di sostanziale interesse, perché la questione di principio alla base è già stata risolta da una precedente decisione: è il caso delle violazioni ripetitive le quali, portando alla luce i problemi strutturali che minacciano la democrazia e lo stato di diritto in alcune parti dell'Europa, presentano evidentemente problematiche di tipo generale che esulano dalla necessità di assicurare, in ciascun caso particolare, l'equa soddisfazione ai singoli ricorrenti di cui all'art. 41³⁷¹. Tale posizione, che presuppone, dunque, una relazione stretta tra *workload* e approccio generale del sistema di giustizia, è ispirata da una visione realistica³⁷² al problema del sovraccarico: per assicurare l'effettività e il funzionamento del sistema di tutela convenzionale, il ricorso individuale è necessariamente posto in una relazione di mezzo rispetto all'obiettivo più ampio del funzionamento del sistema, e non, dunque, come fine ultimo esso stesso³⁷³.

Le decisioni di principio, oltre a rispondere ad esigenze di coerenza della giurisprudenza CEDU, metterebbero anche gli Stati nelle condizioni migliori per individuare quali sono i problemi strutturali maggiormente diffusi all'interno del Consiglio d'Europa e che minacciano concretamente democrazia e *rule of law*, così da consentire alle relative autorità interne di porvi rimedio senza diventare necessariamente convenuti in un

³⁷¹ Sempre secondo Greer, la giustizia individuale non può rappresentare il cuore del sistema perché la tutela risarcitoria ha soltanto un valore simbolico per l'esiguità di quanto riconosciuto alle vittime e in virtù del valore intrinsecamente satisfattivo delle decisioni dichiarative: quindi sarebbe più serio e realistico e più onesto riconoscere che è impossibile assicurare davvero giustizia a tutti i ricorrenti e dare la possibilità alla corte di scegliere i casi sui quali decidere con il massimo della autorevolezza; cfr. GREER S., *What's Wrong with the European Convention of Human rights?*, Human Rights Quarterly, n.30, 2008, p. 685.

Queste sono le ragioni per le quali si parla di giustizia costituzionale in relazione all'esigenza che la Corte possa smettere di occuparsi di una serie di ricorsi non sulla base della infondatezza, ma perché, più onestamente, la Corte sceglie casi i più seri possibile secondo i criteri di gravità e sistematicità, cfr. Bernhardt, *infra*, n. 50.

³⁷² Once the Court has established the existence of a structural violation or an administrative practice, is the general purpose of raising the level of human rights protection in the State concerned really served by continuing issuing judgments establishing the same violation? WILDHABER L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, cit., p. 164.

³⁷³ "It is not better to take a more realistic approach to the problem and preserve the essence of the system, in conformity with its fundamental objective, with the individual application being seen as... the thermometer which tests the democratic temperature of the States?", WILDHABER L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, cit., p. 165; per comprendere a pieno la posizione dell'autore bisogna fare un distinguo fondamentale tra il principio del ricorso individuale, che pertiene al punto di vista procedurale e che rimane centrale anche nel futuro, e la possibilità, del tutto astratta, che la Corte riesca davvero a rilasciare decisioni per tutti, compiendo quelle finalità di giustizia individuale completa e sistematica che non ha mai rappresentato un'obiettivo perseguibile in modo credibile, cfr. WILDHABER L., GREER S., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, cit., p. 675.

procedimento innescato da un ricorso individuale: tale effetto *erga omnes de facto* è realizzabile solamente attraverso la possibilità per i giudici di prodursi in argomentazioni sufficientemente chiare ed estese³⁷⁴.

Anche l'allora Segretario della Corte Paul Mahoney, nell'ambito del dibattito sulla riforma convenzionale, sostiene la necessità di innalzare il livello "qualitativo" della giurisprudenza, l'unico modo per mantenere il sistema europeo di protezione dei diritti umani credibile: il ricorso individuale rimane una parte fondamentale del sistema convenzionale di protezione dei diritti, ma non l'unica; in caso contrario, si correrebbe il rischio di trasformare la Corte EDU in una *pan-european small-claims Court*, togliendole la possibilità di dedicarsi a quella che identifica come *a wider public-policy issue of human rights protection in Europe*³⁷⁵.

Su posizioni contrapposte, focalizzate sul mantenimento del sistema del ricorso individuale come centrale nel sistema di protezione europeo, si colloca altra parte della dottrina di cui fanno parte giudici e accademici, i quali, pur riconoscendo il problema emergente e sempre più pressante del sovraccarico, ritengono che possa essere affrontato migliorando e adattando la tecnica e gli strumenti attuali anziché pensare ad una *ri-concettualizzazione* del ruolo della Corte, che condurrebbe ad una erosione del principio del ricorso individuale generalizzato³⁷⁶.

Considerare un sistema nel quale il ricorso individuale è posto in funzione servente rispetto ad una giurisprudenza di principio condurrebbe ad uno svilimento delle ragioni

³⁷⁴ "Is it not better for there to be far fewer judgments but promptly delivered and extensively reasoned ones which establish the jurisprudential principles with compelling clarity that will render them de facto binding erga omnes while at the same time revealing the structural problems which undermine democracy and the rule of law in parts of Europe?", WILDHABER L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, cit., p. 164.

³⁷⁵ MAHONEY P., *An Insider's View of the Reform Debate: How to Maintain the Effectiveness of the European Court of Human Rights*, NJCM- Bulletin, 2004, p. 175.

Su medesime posizioni, ancora, Greer: "In delivering systemic individual justice the ECtHR would attempt to ensure that every genuine victim of a violation receives a judgment in their favor...however slight the injury, whatever the bureaucratic cost, whether or not compensation is awarded, and whatever the likely impact of the judgment on the conduct or practice in question...", mentre "the delivery of constitutional justice would contribute most effectively to the identification, condemnation, and resolution of violations, particularly those which are serious for the applicant, for the respondent State...or for Europe as a whole". GREER S., *Protocol 14 and the future of the European court of Human Rights*, Public Law, 2005, n.83, p.93.

³⁷⁶ Si vedano le posizioni dei giudici Tulkens, Casadevall, Thomassen, in "Pour le droit de recours individuel", da Le Reforme de la Cour européenne des droits de l'homme, COHEN JOHNATAN G. e PETITTI C. (ed.), 2003, p. 171 e ss.

sulle quali è impostato³⁷⁷, per il quale la prima regola è che il tema del dibattito giudiziario sia ciò che interessa le parti processuali, sul quale si apre il contraddittorio e si limita la sentenza.

Una Corte maggiormente concentrata su decisioni di principio, inoltre, darebbe luogo inevitabilmente ad una giurisprudenza “selettiva” che rischia di perdere la credibilità e l'autorevolezza costruite in oltre cinquant'anni di operato³⁷⁸: un passo indietro rispetto al livello di tutela raggiunto dal sistema convenzionale, una regressione non in linea rispetto al più ampio sviluppo del diritto internazionale in materia di diritti umani, rispetto al quale il sistema CEDU mostrerebbe pericolosi segnali agli Stati parti di una ridotta preoccupazione per la tutela dei diritti umani e una *deminutio* nel controllo.

Una ristrutturazione del sistema che rispecchi esclusivamente le esigenze di un approccio pragmatico in relazione alla riduzione del carico di ricorsi *pro futuro* a scapito del ricorso individuale – che, in ultima istanza, lo caratterizza in termini di unicità – nuocerebbe proprio sotto l'aspetto della legittimità dell'operato dei giudici di Strasburgo, che si basa sull'idea che tutti gli individui hanno la possibilità di ricorrere in giudizio se ritengono di aver subito una violazione: una giurisprudenza di tipo selettivo sul modello del *pick and choose* implica discrezionalità nella scelta dei casi da

³⁷⁷ “Dal momento che davanti alla Corte il ricorrente individuale vittima presenta il suo problema, ma allo stesso tempo offre alla Corte e al Comitato dei Ministri l'occasione di pronunciarsi su una situazione che va oltre la semplice violazione che lo riguarda, si potrebbe immaginare un sistema con il quale il ricorso individuale è lo strumento o l'occasione per affrontare un problema di portata generale. In prospettiva si potrebbe ipotizzare che la Corte utilizzi (scelga) un ricorso individuale per il motivo che esso le permette di dire il diritto e di decidere sul piano generale...ma questo non è il senso del sistema che è attualmente in vigore e nemmeno quello previsto dal Protocollo 14”; ZAGREBELSKY V., *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 2, n.1, p. 18.

³⁷⁸ BENOIT-ROHMER F., *Les perspectives de réforme à long terme de la CourEDH: certiorari versus renvoi préjudiciel*, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2002, p. 313.

esaminare e, dunque, una *politicizzazione* dell'istituzione, circostanza che andrebbe a detrimento della sua "fama"³⁷⁹.

Pur consapevoli del pregio delle riflessioni a sostegno della giustizia individuale e sui rischi di una giurisprudenza di principio, e seppur a dettato convenzionale invariato (riguardo al ruolo e, dunque, alla portata delle decisioni della Corte)³⁸⁰, la "campagna" di allargamento ad est del Consiglio ha favorito, se non costretto, la Corte a rimettere in discussione, come già accennato, il proprio ruolo di custode secondario e residuale dei diritti fondamentali in Europa, al quale deve aggiungersi quello di protezione dei diritti in "prima linea".

In una prospettiva che non può non tenere conto degli accadimenti sul piano storico, Sadurski mette in stretta relazione il cambio inevitabile del ruolo con la caduta del muro di Berlino e la fine del bipolarismo, che ha avuto l'effetto di rinforzare il *trend* della Corte verso un ruolo sempre più costituzionale rispetto al passato, quando esercitava la

³⁷⁹ Secondo questa impostazione, l'idea di incrementare il prestigio della Corte attraverso decisioni di tipo costituzionale su questioni rilevanti non farebbe altro che metterne a repentaglio la credibilità: trasferire la logica del *certiorari* del sistema giuridico americano a quello europeo in assenza di una chiara gerarchia tra le corti - interne e internazionale - e di una logica consolidata sul precedente rischierebbe di essere percepita come arbitraria.

Sul punto, Bernhardt dissente: preferisce chiamarla procedura discrezionale, differente dal *pick and choose* americano, perché si basa, di fatto, su due criteri fondamentali: la gravità della violazione, intesa come importanza in senso lato, facendo riferimento ad esempio ai casi che coinvolgono materie nuove come ambiente o protezione dati; la sistematicità dei ricorsi di scarsa importanza, che vengono in rilievo perché sono la punta dell'iceberg di una situazione interna a carattere sistemico verso la quale la Corte può svolgere la sua funzione costituzionale indagando sul sistema in generale e rilasciando decisioni adeguatamente ragionate sul problema strutturale. Nella replica a Bernhardt, Peters ritiene, invece, non ammissibile che proprio la parità di valore delle funzioni oggettiva e soggettiva venga meno, così che la discrezionalità lascerebbe la seconda sullo sfondo della prima: in questo modo gli Stati maggiormente resistenti a conformarsi alla giurisprudenza della Corte e alla Convenzione in generale utilizzerebbero l'argomento della discrezionalità come simbolo della politicizzazione della Corte, e, dunque, come pretesto per la *non compliance*.

Su posizioni analoghe, Vogel, critico verso la prospettiva del ricorso individuale in posizione servente perché in questo modo, con un sistema improntato alla discrezionalità, c'è il rischio concreto che i ricorsi ripetitivi non vengano trattati, lasciando senza speranza i ricorrenti che hanno solo la Corte come possibilità data la deficienza dei sistemi interni (a tale obiezione si può agevolmente contro-replicare se si assume che questa sia esattamente la *ratio* della procedura pilota: consentire agli Stati, attraverso l'individuazione delle misure generali, di predisporre adeguati rimedi interni per far sì che l'ordinamento sul piano nazionali sia effettivamente il luogo di prima tutela, in linea con la logica della sussidiarietà).

cfr. BERNHARDT R., *The Admissibility Stage: The Pros and Cons of a Certiorari Procedure for Individual Applications*, in *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007, WOLFRUM, RUDIGER, DEUTSCH, ULRIKE (Ed.), pp. 27 e ss.

³⁸⁰ Vale la pena di ricordare che il riconoscimento di una modifica del ruolo in senso costituzionale è stata esplicitamente scartata al momento di decidere del contenuto del Protocollo 14, ma che, d'altra parte, il Comitato abbia comunque invitato la Corte a concentrarsi sui problemi di carattere strutturale. In questo senso, il protocollo 14 ha rappresentato una soluzione intermedia di breve - medio periodo, e la cui mancata ratifica non ha facilitato a ridurre il costante dilatamento della distanza tra capacità della Corte di giudicare e il numero dei ricorsi che mette a repentaglio l'effettività, stabilità e credibilità del sistema. Sul punto, cfr. CAFLISH L., *The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond*, *Human Rights Law Review*, 2006, n. 6(2), pp. 403 e ss.

sola funzione di orientamento³⁸¹: la necessità di dover affrontare e identificare problemi strutturali negli ordinamenti dei nuovi Stati del Consiglio in fase di transizione costituzionale rappresenta la circostanza che con tutta evidenza e in modo determinante influisce sul rafforzamento del ruolo in questo senso.

Su posizioni ancora più decise, Greer, secondo il quale la “rotta costituzionale” appare come l’unica strada perseguibile in ragione del mutamento del circostanze di fatto che ne hanno irreversibilmente alterato il ruolo, in dipendenza di ragioni di tipo geografico, demografico a cui si ricollegano quelle del sovraccarico: in questo contesto mutato, secondo l’autore, la Corte di Strasburgo è già la Corte costituzionale d’Europa, nel senso che è l’autorità ultima nell’unico sistema pan-europeo costituzionale esistente (rafforzando la posizione di Favoreu riportata *supra*), alla quale non sono opponibili l’obbligo di occuparsi del caso concreto, l’efficacia solamente *inter-partes* delle decisioni e l’impossibilità, visto il carattere dichiarativo espressamente attribuito alle decisioni stesse, di annullare le normative statali che si accertino essere in contrasto con la Convenzione (punto sul quale si tornerà, *infra*)³⁸².

Proprio in relazione al problema del sovraccarico, è indubbio che assumendo il ruolo di supervisione delle normative interne teso a porre rimedio alla sistematica violazione

381 “In the writing about ECtHR, various standard of what makes up constitutional court are used, and depending largely on these different standards, different conclusion are reached. Most fundamentally, two different -indeed opposite- views on what counts as the constitutional character of the Court are noticeable in the literature. There are those, on the one hand, who take the view that constitutional court is characterized by the fact that it operates, so to speak, in the penumbrae of the legal system, with the role of a fine-tuner of legal rules...and, on the other hand, there are those who believe that constitutional courts serve to intervene on the very basics of the legal system, and to strike down only the most egregious forms of legal and political wrongs...the problem with the choice of one or the other conception...in our specific context...does not bring any determinate results. Indeed, paradigmatically “constitutional” courts engage both in fine-tuning and intervention in (what they consider to be) egregious violations of basic rights. If one select the Supreme Court of US as a paradigmatically constitutional court of the system of concrete review, and the Germany Federal Constitutional Court as an iconic constitutional court of the abstract model, one can find confirmation for both criteria. No doubt, they have massively and most of the time engaged, over their institutional lives, in subtle fine-tuning. But they have also intervened on the basics”; cfr. SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, cit., p. 447-448.

382 “The view taken in this study...is that the Convention contains an abstract constitution which seeks to structure the relationship between various national and trans-national institutions and attempts to constrain the exercise of public power within a framework of, what are effectively, constitutional rights. President Wildhaber maintains that the question of whether the Court is, or is not, a constitutional court is largely a matter of semantics...the reputed fears of some member states, that to characterize it in this way would be to risk encouraging a drift towards federalism in the Council of Europe, are, therefore, without foundation. It is already the Constitutional Court of Europe...”

GREER S., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, cit. p. 173-174; Sempre dal medesimo autore: “It cannot be denied that the ECtHR...is already constitutional”, da GREER S., *Protocol 14*, cit. p. 105.

Alla possibilità di decidere su casi limitati scelti in ragione dell’impatto generalizzato sui diritti delle persone consegue che “the Court will be exercising its power in much the same way as the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court...more concerned with addressing structural failures to respect constitutional rights in the exercise of public power than they are with ensuring that every applicant with a legitimate complaint is provided with a judicial remedy”.

GREER, S. *Protocol 14*, cit. p. 99.

della Convenzione la Corte abbia assunto tono costituzionale³⁸³ in una misura sempre maggiore attraverso le sentenze pilota: i limiti comunemente adottati a ridimensionare il ruolo vengono messi in discussione in maniera ancora più incisiva proprio dalla crescente propensione dei giudici di Strasburgo ad occuparsi anche di aspetti “strutturali” degli ordinamenti nazionali (innanzitutto, con riguardo a discipline legislative considerate all’origine delle violazioni riscontrate), spingendosi talora fino alla puntuale individuazione delle modifiche da apportare per ristabilire la “legalità convenzionale” (e prevenire nuove violazioni e nuovi ricorsi di tenore analogo a quelli già affrontati).

Come è stato già precedentemente evidenziato, è chiaro il tentativo di estendere al di là del caso concreto non solo l’oggetto ma anche l’efficacia delle proprie decisioni dando “indicazioni precise riguardo il modo in cui è opportuno procedere, ai tempi entro i quali l’intervento deve essere compiuto ed al contenuto stesso che deve essere disposto dalle leggi statali, per assicurarne la compatibilità con i valori del sistema di riferimento”³⁸⁴, con la conseguenza inevitabile, dunque, di restringere il margine di apprezzamento dello Stato condannato al momento dell’adozione di una disciplina di portata generale i cui effetti sono destinati ad andare ben oltre il singolo caso oggetto di giudizio: soprattutto a questo riguardo l’accostamento (e la necessità di coordinamento) con il ruolo svolto dalle Corti costituzionali, salve tutte le precisazioni ed i distinguo del caso, risulta evidente³⁸⁵.

Partire dall’idea che in questo modo la Corte che svolge la funzione di giudice costituzionale su questioni generali significa accettare che la finalità primaria diventa quella di assicurare che gli ordinamenti interni degli Stati parti siano in linea con le norme della Convenzione - come interpretate dalla Corte - prevalente rispetto a quella di assicurare forme di rimedio ai singoli ricorrenti: al cospetto di un caso di violazione sistemica derivante da un problema strutturale alla base di molteplici ricorsi individuali sarebbe auspicabile (in un’ottica più generale di funzionamento del sistema di

³⁸³ “In relazione al primo percorso evidenziato, si farà qui esemplificativamente riferimento ad una delle espressioni più eclatanti del nuovo tono costituzionale fatto proprio dagli ultimi orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo...”.
cfr. POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., p. 17.

³⁸⁴ STARITA M., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una ‘sentenza-monito’, ma di che tipo?*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, vol. 9, n. 1, pp. 117-118.

³⁸⁵ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., p. 28.

protezione europeo, e successivamente nell'interesse dei ricorrenti) indirizzare le autorità nazionali a occuparsi del problema generale, invece che giudicare sulla fondatezza di ogni singolo ricorso e assicurare una adeguata forma di ristoro per ciascuno di essi.

La flessibilità e la praticità che la caratterizzano, infatti, permettono alla Corte di risolvere con una singola sentenza un numero rilevante di ricorsi che, se fossero posti alla sua attenzione, probabilmente sarebbero riconosciuti ammissibili e fondati; aiuta, quindi, a ridurre il flusso dei casi ripetitivi e perciò allevia il carico di lavoro nel futuro: in questo senso le ragioni di economia processuale si fondono con il nuovo modo di occuparsi della protezione dei diritti in senso generale attraverso decisioni di tipo costituzionale³⁸⁶.

B) L'incorporazione

Fino al 2004 la Corte non statuisce mai esplicitamente che la Convenzione deve essere incorporata negli ordinamenti³⁸⁷, anche se già a partire dagli anni '70 descrive l'incorporazione come un riflesso particolare della fedeltà alle intenzioni dei costituenti della Convenzione³⁸⁸. In questo contesto lo sforzo sul piano sostanziale di raccordo tra le protezioni offerta dalla Convenzione e dall'ordinamento interno si traduce essenzialmente sul piano dell'interpretazione, affidando ai giudici comuni e alle Corti costituzionali il compito di evitare contrasti tra le dimensioni normative dei diritti contemplati nei due sistemi, magari acquisendo i risultati della evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

³⁸⁶ Inoltre, "It is submitted that the pilot judgment procedure is a major development as to the broader effect of judgments... pilot judgments contain, by definition, a constitutional component, addressing a problem and not only a singular violation. The coexistence of individual and systemic components demonstrates the dual nature of pilot judgments and, perhaps, illustrates a more general evolution of the European court of Human Rights toward a constitutional Court",

cfr. L. GARLICKI, *Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*", in CAFLISH L., CALLEWAERT J., LIDDELL R., MAHONEY P. & VILLIGER M. (ed.), *Human Rights and Strasburg Views: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, N. Engel: Kehl, 2007, p. 192.

Sulla *dual nature* si veda anche DE LONDRAS F., *Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, 2013, n. 38.

³⁸⁷ L'aspetto della incorporazione è in stretta relazione con l'aspetto sostanziale della tutela offerta, a partire dalla non coincidenza dei cataloghi e delle formulazioni dei diritti (discorso che, come accennato in precedenza, vale meno per gli Stati in transizione democratica che hanno plasmato le proprie disposizioni costituzionali in materia di tutela di diritti fondamentali sul testo della Convenzione); si tratta di un profilo problematico estraneo alle preoccupazioni della Corte EDU, di natura pressoché tutta interna ai singoli ordinamenti statali, ma per questo stesso motivo non estranea ai rispettivi organi di giustizia costituzionale, alla cui soluzione risultava pregiudiziale la questione della collocazione della Convenzione all'interno del sistema delle fonti.

³⁸⁸ *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, ric. 5310/71.

L'incorporazione della Convenzione nel sistema delle fonti degli ordinamenti interni ha certamente facilitato una convergenza tra due i livelli³⁸⁹, anche se non sempre al dato formale della collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti hanno corrisposto nella prassi livelli di *compliance* proporzionali, circostanza che ha indotto alcuni commentatori a degradarla ad elemento non determinante³⁹⁰.

Di una dimensione costituzionale pienamente acquisita (o della necessità che questa si realizzi in modo pieno) dovrebbe dunque parlarsi a proposito della Corte EDU in ragione della capacità di incidere sugli ordinamenti interni dal punto di vista giuridico e delle scelte politiche; a questi aspetti si deve aggiungere una Convenzione *costituzionalizzata* dal punto di vista formale, in ragione del sempre maggiore numero di Stati parti che hanno conferito effetto diretto ed un rango costituzionale (o, comunque, sovraordinato alla legge statale) alle sue norme. Per tutte queste ragioni la Corte EDU merita di essere paragonata alle Corti costituzionali interne maggiormente influenti³⁹¹.

In questo scenario mutato, non paiono opponibili dagli Stati i limiti posti dal diritto internazionale ai giudici di Strasburgo quando prescrivono misure specifiche alle autorità interne per la soluzione dei problemi sistemici, senza tenere in considerazione il margine di discrezionalità da lasciare alle autorità interne (elemento che ha sempre caratterizzato la giurisprudenza in modo costante) facendovi riferimento solo attraverso formule di stile prive di un reale contenuto.

³⁸⁹ Il caso del Regno Unito è paradigmatico di una lineare evoluzione e di una corrispondenza tra incorporazione e accresciuta attenzione nei confronti della Convenzione, e soprattutto, della giurisprudenza della Corte, alla quale solo dopo l'emanazione dello *Human Rights Act* del 1998 i giudici interni iniziano a fare riferimento; cfr. BESSON S., *The Reception Process in Ireland and United Kingdom*, in KELLER STONE SWEET (ed.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008, pp. 31 e ss. Come noto, il Regno Unito non possiede una Costituzione scritta e fino al 1998 la Convenzione non era formalmente incorporata nell'ordinamento interno, mantenendo un approccio dualista puro in relazione ai trattati internazionali.

Con l'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998, i diritti umani così come previsti nel testo della Convenzione vengono implementati dai giudici comuni grazie ai quali si sviluppa una consistente giurisprudenza: non soltanto viene riconosciuto al trattato internazionale il rango di norma ordinaria, ma viene riconosciuta ai diritti la piena azionabilità.

Un ulteriore aspetto interessante è rappresentato dall'obbligo a carico dei giudici comuni di interpretare norme e regolamenti in maniera il più possibile compatibile con i diritti convenzionali.

Dal punto di vista procedurale ai giudici viene affidato il compito di dichiarare l'incompatibilità di una normativa interna contraria, nella misura in cui non sia possibile l'interpretazione conforme, che consiste in una comunicazione nella quale si rende conto della discrasia al Parlamento, al quale, in ogni caso, spetta l'ultima parola.

Per una descrizione puntuale sulle ripercussioni dello *Human Rights Act*, cfr. MURPHY C., *Report on the UK and Ireland*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (ed.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Europe Law Publishing, 2010.

³⁹⁰ LAMBERT E., *Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, in *Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, pp. 121 e ss.

³⁹¹ In questo modo STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit. p. 14.

Ci si chiede, in fondo, se l'ordinamento convenzionale nel suo complesso sia ancora così vincolato alla necessità del consenso degli Stati o se questo, in ragione del grado di autorevolezza raggiunta dalla Corte con le sua giurisprudenza, non possa essere messo parzialmente in discussione³⁹², e quanto ancora, dunque, sia rispondente alla logica della sussidiarietà.

6. L'impossibilità di applicare la semantica costituzionale al sistema CEDU: il pluralismo sistemico

Secondo un indirizzo differente, presupporre l'ordinamento della tutela dei diritti al livello europeo come lo sviluppo di un ordinamento giuridico ampiamente integrato nel quale la Convenzione è lo strumento di *governance* costituzionale - come sostenuto dai giudici di Strasburgo e da alcuni commentatori - significa perdere di vista i limiti che il sistema convenzionale mantiene intatti per potersi dire pienamente costituzionale: anche riporre tutta l'attenzione sull'alternativa tra la giustizia individuale o costituzionale della Corte (legata alla natura internazionale o costituzionale del sistema convenzionale), da risolversi necessariamente a favore della seconda, rappresenta una prospettiva parziale e non esaustiva, che non tiene in debita considerazione le caratteristiche dell'ordinamento CEDU.

Il modello costituzionale con i suoi principi fondamentali è evidentemente appetibile per una serie di motivi che giustificano la tendenza a volerlo trasferire dal piano interno a quello europeo, sia come strumento di analisi descrittiva sia come aspirazione dal punto di vista normativo, in quanto capace di creare un nucleo comune di norme utile a realizzare un sistema democratico autosufficiente che cristallizza aspirazioni comuni e regola una società e, in ragione del principio di gerarchia, in grado di irreggimentare sia le fonti che i poteri³⁹³.

Ma gli autori che maggiormente hanno utilizzato (nonché contribuito alla formazione della *semantica costituzionale*) devono in qualche modo fare i conti con la realtà pluralistica del sistema e le sue caratteristiche peculiari: in questo scenario il punto di

³⁹² WILDHABER L., GREER S., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, cit., p. 669.

³⁹³ cfr. BIFULCO R., *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, AIC, n. 4/2014, p. 14.

vista degli Stati e delle relative autorità interne *contra* almeno quanto quello dei giudici di Strasburgo.

Anche tenendo in considerazione gli indubbi progressi³⁹⁴, si riscontra, dunque, una discrasia tra la percezione della Corte sulla Convenzione come strumento costituzionale e quella delle autorità interne che continuano a far riferimento all'intangibilità dei valori fondamentali dei propri ordinamenti in riferimento al sistema di tutela sovranazionale dei diritti umani, che richiama alla mente in modo abbastanza chiaro la teoria dei controlimiti elaborata dalle Corti costituzionali italiana e tedesca nei confronti dell'ordinamento comunitario, che però, può contare su ben altri livelli di integrazione³⁹⁵.

Significative, da questo punto di vista, sono le reazioni contraddittorie delle Corti costituzionali alle sentenze *Gorgulu* e *Miltner*, alle quali si aggiunge - per quel che riguarda le sentenze pilota - la mancata esecuzione volontaria della sentenza *Greens e MT*: più che l'eccezione alla regola della *compliance*, questi casi rischiano di diventare la regola stessa.

La circostanza che la stessa Convenzione non prescrive nulla riguardo le modalità del recepimento all'interno dei singoli ordinamenti comporta che il suo *status* possa variare di Stato in Stato, in dipendenza della struttura costituzionale che definisce la relazione tra diritto nazionale e diritto internazionale (anche se questo non può significare una

³⁹⁴ Il caso italiano rappresenta, secondo autorevole dottrina, il paradigma della infondatezza della semantica costituzionalista in riferimento all'ordinamento convenzionale: se è vero che con le sentenze gemelle 348 e 349/2007 viene riconosciuto alle norme del trattato un valore sovraordinato rispetto alle norme ordinarie di diritto interno grazie ad una nuova interpretazione da parte dei giudici della Corte costituzionale in relazione alle modifiche dell'art. 117 come strumento di *rinvio mobile* al diritto internazionale sui diritti umani, che hanno riconosciuto dunque una speciale capacità di resistenza alle norme CEDU, bisogna rilevare che, in ogni caso, tale valutazione non presuppone alcuna idea di *transnational constitutionalism* oltre lo Stato e di unitarietà del diritto dei diritti umani a livello regionale, nei confronti del quale le autorità interne hanno svuotato le proprie prerogative di sovranità; l'interesse della Corte costituzionale pare, invece, rivolto al solo fattore gerarchico/formale che prevede, in ogni caso, che la valutazione sulla violazione della convenzione da parte di una norma interna rimane di loro competenza. Sul punto, cfr. HENNETTE-VAUCHEZ S., *Constitutional v. International? When Unified Reformatory Rationales Mismatch the Plural Paths of Legitimacy of ECHR Law*, in *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, CHRISTOFFERSEN J. e RASK MADSEN M. (ed.), Oxford, 2012, p. 144 e ss. ; per una ricostruzione più ampia della giurisprudenza costituzionale italiana, *infra* nota 75.

³⁹⁵ Proprio in riferimento alla differenza con l'ordinamento comunitario: "Bien que les juges de Strasbourg, à différence de ceux de Bruxelles, n'aient développé aucune doctrine sur l'applicabilité directe ou la primauté du droit européenne des droits de l'homme, l'examen des résolutions du Comité des Ministres montre que les autorités nationales sont enclines à se ranger à la jurisprudence de la Cour européenne, qui, à tout le moins, produit un *effet d'orientation* des droits internes". cfr. SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2012, p. 860.

elusione degli obblighi derivanti dal trattato)³⁹⁶: abbiamo visto come alcuni autori considerano questo aspetto superato grazie alla *internalizzazione* delle norme e della giurisprudenza CEDU nel sistema delle fonti, che contribuisce in modo determinante alla costituzionalità della Corte.

Ma al di là dell'incorporazione del trattato nel sistema delle fonti e del recepimento della giurisprudenza di Strasburgo in modo vieppiù crescente nella gran parte degli Stati, i casi cui si è fatto riferimento in precedenza rappresentano una conferma di una certa posizione di resistenza da parte delle autorità interne che è stata definita di *critical loyalty*, che può trasformarsi in *contesting loyalty*³⁹⁷.

Se la deferenza mostrata dagli Stati dell'ECO può indurre a ritenere la dimensione costituzionale pienamente raggiunta³⁹⁸, certamente non può dirsi lo stesso quando convenuti sono i cosiddetti Stati originari, che si mostrano molto più guardinghi in relazione al ruolo della Corte, quando si muove dalla posizione di *fine tuner* principalmente orientata a dispensare giustizia sul piano individuale a quello di arbitro chiamato ad esprimersi su questioni che ineriscono violazioni significative che coinvolgono aspetti centrali della vita democratica di uno Stato, quali restrizioni a partiti

³⁹⁶ “The question of the status of the Convention has always been, and undoubtedly remains, a question of constitutional law, specific to each member state, and the Court has always refrained from establishing any stringent principle in this respect... The Convention... may have an intermediate position between constitutional and statute law, or it may lack legal validity in domestic law. All the different solutions are, according to the still prevailing opinion, compatible with the principles of the international order, as long as the conformity of domestic legal order with the international obligations is the result achieved. As Rudolph Bernhardt has emphasized, even if the Convention does not lay down any given manner for ensuring its effective implementation, no state can refer to its domestic law in order to escape the obligation derived from the Convention”, SPIELMANN D., *Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe*, in ROSENFELD M. e SAJÓ A. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1231.

³⁹⁷ Anche il caso spagnolo può essere paradigmatico in questo senso: l'art 10 c. 2 della Costituzione spagnola stabilisce che i diritti individuali presenti nel testo costituzionale devono essere interpretati conformemente alla Convenzione e alla giurisprudenza CEDU; tale clausola “in conformità” è stata oggetto di una interpretazione flessibile nel corso del tempo: a volte, dunque, è stata intesa come imposizione, a volte come criterio interpretativo da tenere in conto, altre come semplice orientamento nell'interpretazione.

Le conseguenze di tali flessibilità si sono riflesse in una esecuzione problematica all'interno delle decisioni della Corte EDU da parte dei giudici nazionali, soprattutto per quel che riguarda la riapertura dei processi in base al riscontro di una violazione di cui all'art. 6 par.1: il Tribunale costituzionale spagnolo cambia radicalmente l'indirizzo delle Corti interne in base ad una interpretazione *forte* della clausola di cui all'art. 10 c. 2, considerando il mancato rispetto della giurisprudenza di Strasburgo come una violazione stessa della Costituzione (*caso Builtò*).

Ma è vero, d'altra parte, che in alcune decisioni successive si è distaccata dalla giurisprudenza *Builtò*, parlando di indipendenza e separazione tra i due ordini giuridici e di indipendenza della Corte costituzionale nell'interpretazione del proprio testo fondamentale che significa impossibilità di configurare una subordinazione gerarchica all'ordinamento convenzionale e alla sua Corte; *trend* comune a molte altre Corti che dopo un iniziale sperimentazione di un legame più stretto con Strasburgo, hanno poi adottato un approccio maggiormente restrittivo. sul punto, cfr. KRISCH N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *Modern Law Review*, 2008, 71, pp. 184 e ss.

³⁹⁸ E che l'ordinamento CEDU sia percepito all'interno di quegli Stati come un sistema gerarchico con una Corte sovraordinata.

politici o l'eleggibilità in elezioni parlamentari attraverso il ricorso a principi giuridici³⁹⁹ che bilanciano in modo differente l'interesse pubblico e la tutela dei diritti rispetto a quanto deciso all'interno dello Stato convenuto.

Per quanto la Corte possa prodigarsi nel sottolineare la costituzionalità della Convenzione e, dunque, la propria, più che l'aspetto formale del posizionamento della Convenzione nel sistema costituzionale nazionale, è l'interpretazione che le Corti costituzionali interne danno delle norme a determinare la relazione tra ordinamento interno e convenzionale, non il contrario: l'esistenza di un linguaggio transnazionale sulla *costituzionalità* in riferimento ai diritti umani non è lo stesso che viene utilizzato a livello nazionale, che rimane comunque il luogo dove la Convenzione viene messa in

³⁹⁹ Cfr. SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, cit., p. 433; in questo senso anche R. Harmsen, che sostiene che i redattori della Convenzione di Francia e Regno Unito ritengono che la Convenzione rappresenti null'altro che una europeizzazione dei propri modelli esistenti sul piano nazionale e, da questo punto di vista, la svolta costituzionale della Corte non incontra un supporto universale ed incondizionato. Sempre Krisch, a questo proposito, sottolinea come "the domestic courts insist on the ultimate supremacy of their own legal order over european human rights law, and they have thus created a zone of discretion in deciding whether or not to respect a judgment of the ECtHR..."; cfr. KRISCH N., *The Open Architecture of European Human Rights*, cit., p. 187.

Per una ricognizione esemplificativa dei casi di divergenza con le Corti costituzionali, cfr. COSTA J. P., *La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, *Constitutions et Pouvoirs: Melanges en l'honneur de GICQUEL J., P. GELARD* (ed.), Parigi, 2007, pp. 5-6.

pratica, visto che il sistema CEDU è in ogni caso fondato sul principio di sussidiarietà⁴⁰⁰.

Le norme costituzionali emergono come superiori e i relativi principi come intangibili rispetto a quelle europee e la Corte costituzionale interna mantiene un livello di autorevolezza tale da potersi occupare del rapporto tra i due ordinamenti: ne deriva, dunque, una relazione eterarchico- orizzontale tra ordinamenti nella quale la Corte costituzionale interna mantengono pieno controllo sul processo di recepimento; manca il soggetto legittimato all'ultima parola e la possibile situazione di conflitto tra ordinamenti viene risolta, non dal punto di vista normativo, ma politico nella forma della politica giudiziale (cd. dialogo).

Il pluralismo sistemico ha il pregio di rappresentare proprio questa prospettiva descrittiva e insieme normativa del sistema CEDU, certamente più fedele alla realtà: si tratta di un sistema maggiormente integrato rispetto al momento della sua nascita, ma

⁴⁰⁰ Appare particolarmente illuminante in questo senso l'evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sui rapporti tra ordinamenti: "Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art 32 della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Cedu vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esso interpretazione e applicazione (...) questo non significa che alle norme Cedu come interpretate dalla Corte, venga riconosciuto rango costituzionale e dunque immuni dal sindacato della corte.

E' necessario, anzi, poiché integrano il parametro costituzionale delle norme ordinarie ma rimangono comunque norme di livello sub- costituzionale, che siano conformi a tutte le disposizioni della costituzione (non potendosi limitare lo scrutinio alla sola possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi).

Dunque il controllo di costituzionalità deve sempre ispirarsi al principio di bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali quali impatto del 117, e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione".

Ulteriori pronunce della Corte Costituzionale:

- nella sentenza n. 311/09 si stabilisce che al giudice nazionale in quanto giudice comune della Convenzione, spetta applicare le relative norme, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e che se c'è contrasto deve procedere ad interpretazione conforme fin dove possibile a quella convenzionale. Solo quando ritiene non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, deve sollevare questione di costituzionalità con riferimento al parametro del 117. La Corte costituzionale dovrà verificare che il contrasto non sia sanabile per via interpretativa e solo allora verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela inferiore della norma nazionale rispetto a quello garantito dalla Cedu;
- nella sentenza n. 317/09, offre una puntualizzazione sul grado di tutela, evidenziando come il confronto tra tutela convenzionale e costituzionale debba essere effettuato mirando alla massima espansione possibile delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti; fermo restando che nel concetto di massima espansione delle tutele, deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con le norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali e che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Dunque, se alla Corte EDU spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, alle autorità nazionali appartiene il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di alcuni diritti ugualmente tutelati dalla Costituzione e dalla Convenzione, tutto nel segno di una integrazione positiva tra ordinamenti che deve portare a un *quid pluris* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali;
- nella sentenza n. 264/12, i giudici supremi si pronunciano espressamente sul contrasto, specificando che mentre la Corte EDU opera in modo "parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in gioco", la Corte costituzionale compie, invece, una "valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata";
- nella sentenza n. 49/15, si fa riferimento all'obbligo del giudice comune, che è quello di una lettura del diritto interno alla luce della CEDU, ma subordinatamente ad una lettura costituzionalmente orientata, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione. Nei casi in cui non sia possibile conciliare i principi desumibili da entrambe le fonti, è indubbio che il giudice debba dare obbedienza prima di tutto alla Costituzione.

Bisogna leggere in quest'ottica il protocollo 15 siglato a Strasburgo il 24 giugno 2013, che fa riferimento esplicito al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento.

non così tanto da potersi dire informato al principio di gerarchia (che la dimensione costituzionale presuppone)⁴⁰¹.

Nonostante la fragilità dal punto di vista teorico, il sistema convenzionale, proprio attraverso l'interazione tra le Corti, si è sviluppato in maniera significativa tanto da contribuire a rivestire il *diritto dei diritti umani* del carattere della specialità rispetto al diritto internazionale classico: la circostanza che nella prassi abbia evidenziato una buona convergenza ed un alto livello di *compliance* e che la giurisprudenza della Corte venga citata in maniera sempre maggiore da parte dei giudici nazionali, non significa, però, che non abbia presentato anche casi problematici e antinomie nella interpretazione dei diritti non risolvibili dal punto di vista giuridico e, soprattutto, non esclude che le discrasie possano non presentarsi anche in futuro (in special modo quando si tratta di dover rispondere al dispositivo di una sentenza pilota caratterizzato da un grado elevato di prescrittività e specificità).

Sulla base di queste premesse, nella prospettiva pluralistica diventa inappropriato parlare di *diritto Cedu* in una accezione unitaria, ma rimane più opportuno continuare a riferirsi alla giurisprudenza di Strasburgo e ai quarantasette modi differenti di fare propria tale giurisprudenza all'interno dei singoli Stati; se è vero che esiste una ermeneutica che parla di diritto transnazionale, bisogna comunque tenere ben presente che, al livello di prassi, la reale natura e lo status del "diritto convenzionale" rimangono materia di diritto nazionale.

Il rischio di accettare come esaustiva la dicotomia giudice del caso concreto-giudice costituzionale (che ricalca più in generale quella internazionale- costituzionale in riferimento alla natura della Convenzione), dunque, è quello di ridurre sotto una insegna univoca di *transnational constitutional law* la pluralità delle costruzioni nazionali del diritto Cedu⁴⁰².

Anche per quanto riguarda le sentenze pilota può valere lo stesso discorso fatto a proposito della internalizzazione: pure se il loro impatto ordinamentale con la

⁴⁰¹ "No longer international but certainly not constitutional" cfr. KRISCH N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, cit. p. 190.

⁴⁰² È proprio questa la maggiore difficoltà dei giudici di Strasburgo: agire da Corte sovranazionale senza che ci sia un diritto Cedu, circostanza che li induce a confrontarsi con particolarismi accentuati (si fa riferimento, ad esempio, i paesi ex comunisti, la Turchia con il problema religioso presente a livello ordinamentale come in nessun altro Stato), differenze storiche, culturali ma anche giuridiche: si pensi alla macro-distinzione tra ordinamenti di *common law* e *civil law*; cfr. GERRARDS J., *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in *The Legitimacy of Highest Courts' rulings*, N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF, (ed.), The Hague: T.M.C. Asser Institute, 2008, pp. 412-413.

caratteristica tendenza alla generalizzazione delle decisioni rappresenta uno dei contributi principali per l'affermazione di una *constitutional justice*, non può considerarsi decisivo tanto da arrivare ad interpretare i diritti umani come vettore della (*compiuta o necessaria*) costituzionalizzazione di un'Europa unita fondata su un sistema unico di tutela dei diritti umani, preminente rispetto ai singoli sistemi nazionali, capace di *squarciare* il velo della sovranità nazionale una volta e per tutte⁴⁰³.

La circostanza che siano sopraggiunti dei limiti a carico della Corte nell'assicurazione di una giustizia individuale non implica, dunque, che si possa (o debba) ampliare automaticamente l'ambito della giustizia costituzionale, per la quale permangono alcune insuperabili limitazioni⁴⁰⁴.

Dal punto di vista procedurale dell'attivazione della Corte, ad esempio, il ricorso individuale continua ad essere l'asse portante del meccanismo di protezione dei diritti del sistema convenzionale e questo impedisce che i giudici possano abbandonare la dimensione della giustizia individuale per arrischiarsi in *review* astratti⁴⁰⁵: la corrispondenza tra caso individuale e regola giudiziale rimane un momento necessario della giustizia convenzionale e rappresenta un ostacolo non da poco per il rilascio di decisioni di principio.

Dal punto di vista dell'implementazione delle decisioni, poi, la costituzionalità appare incompatibile (come già accennato) con le caratteristiche del sistema di *enforcement* altamente decentralizzato, che fa affidamento in ultima istanza sulle autorità nazionali.

L'evoluzione del ruolo in senso costituzionale rimane una sfida certamente interessante quanto complessa (in considerazione, dunque, della centralità del ricorso individuale e della natura del sistema), ma la Corte non potrà svolgere questo ruolo da sola:

⁴⁰³ Piuttosto, si potrebbe sostenere che tale giurisprudenza, superando il limite dell'efficacia solo dichiarativa e *inter partes* delle decisioni, risulta in grado di penetrare la superficie apparentemente unitaria dei poteri statali attivando, questo sì, una disaggregazione tra gli organi costituzionali degli Stati membri e un differente bilanciamento di potere tra le autorità interne (si è fatto riferimento a quest'aspetto *supra* in cap. 1 par. 5 a proposito del dialogo tra la Corte EDU e le Corti Costituzionali nazionali).

⁴⁰⁴ CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, in *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Christoffersen and Mikael Rask Madsen (ed.), Oxford, 2012, p. 187.

⁴⁰⁵ Questa posizione è stata sostenuta esplicitamente fin dall'inizio dai giudici di Strasburgo nella sentenza *De Becker c. Belgio*, serie A n.4 (1962), 26, par. 14: se il ricorrente rinuncia a proseguire il giudizio in seguito ad una modifica legislativa sopravvenuta, la Corte non può giudicare in astratto della compatibilità della normativa interna con la Convenzione mancando l'interesse del ricorrente; non può dirsi lo stesso all'inverso: in caso di mancanza di un interesse generale non si riscontrano posizioni simili sull'interruzione del processo; cfr. CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, cit., p. 188.

Più in generale, il mancato riconoscimento del potere di *review* astratto è una conseguenza delle deferenza (che continua ad essere presente nella gran parte delle decisioni) nei confronti della sovranità statale e della volontà di non interferire nei processi decisionali delle autorità interne democraticamente elette.

cfr. ALKEMA E., *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, cit. p. 59.

l'attenzione dovrà focalizzarsi sulle autorità nazionali in una prospettiva - contro-intuitivamente - meno centralista; si assisterà, dunque, ad un mutamento di approccio rispetto agli ultimi cinquant'anni, caratterizzati dalla centralità della Corte, con uno spostamento del baricentro necessariamente verso gli Stati: nella *ratio* ispiratrice del principio di sussidiarietà, d'altronde, le autorità nazionali hanno il vantaggio di essere direttamente e democraticamente legittimate dai loro sistemi costituzionali, in costante contatto con le forze vitali e le istanze dei loro rispettivi paesi e hanno, per questo, una maggiore consapevolezza delle circostanze delle rispettive società e rimangono, dunque, nella migliore posizione per decidere sulle controversie aventi ad oggetto i diritti umani, secondo i principi di buona fede e in conformità con gli standard internazionali⁴⁰⁶.

7. Obiezioni ai rilievi posti dalla dottrina del pluralismo sistemico

Certamente tali rilievi hanno il pregio di descrivere il sistema convenzionale in un modo che rispecchia maggiormente quello che accade realmente: dal punto di vista descrittivo, è innegabile che molte Corti costituzionali (invero, dei paesi originari, riscontrandosi una maggiore deferenza nei paesi dell'ECO, come già appurato in precedenza) si siano assestate a più riprese su posizioni di chiusura a difesa dell'intangibilità dei principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti; questo comporta che, dal punto di vista normativo, non pare potersi parlare della accettazione di una relazione di tipo gerarchico che conferirebbe alla Corte di Strasburgo l'ultima parola in materia di diritti umani, come dovrebbe essere se le fosse davvero riconosciuto il rango

⁴⁰⁶cf. CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, cit., p. 190.

di Corte costituzionale d'Europa; a questo deve aggiungersi la mancanza di meccanismi solidi per garantire l'effettività delle decisioni⁴⁰⁷.

Il sistema convenzionale rimane un'associazione di Stati senza un documento formale di carattere costituzionale (nonostante le condizioni per entrare a farvi parte siano il rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e della *rule of law*; nonostante la possibilità di limitare l'azione dei poteri pubblici attraverso la tutela di una serie di diritti di natura costituzionale giustificabili davanti ad una Corte e nonostante l'esistenza di una ulteriore istituzione deputata a supervisionare l'esecuzione delle decisioni): un sistema eterarchico, dunque, dove manca il conferimento del potere di ultima parola (benché nella prassi si riscontra un più che accettabile livello di armonia tra i vari soggetti) e, più in generale, mancano le istituzioni tipiche dei sistemi costituzionali deputate allo svolgimento di una attività di governo e all'esercizio della funzione legislativa alle quali collegare la funzione costituzionale di decisione sul conflitto tra poteri.

La Corte EDU, dunque, nonostante le analogie riscontrabili per quello che riguarda la competenza *ratione materiae* e il ricorso a determinati principi interpretativi in sede di decisione utilizzati anche dalle Corti costituzionali interne, rimane un tribunale che agisce nel contesto di un ordinamento certamente meno integrato e maggiormente frammentato rispetto agli ordinamenti nazionali, vincolata al principio di sussidiarietà, alla dottrina del margine di apprezzamento, e, in ultima istanza, al consenso degli Stati⁴⁰⁸: fino a quando non interverranno delle modifiche della Convenzione - permangono troppi limiti per riconoscere una dimensione costituzionale acquisita e per l'assimilabilità ai modelli di giustizia costituzionale interni.

⁴⁰⁷ “A tale riguardo, ciò che scriveva molti anni fa Mauro Cappelletti a proposito della situazione peculiare della Corte di giustizia (vale a dire che essa, a differenza delle Corte suprema statunitense e delle Corti costituzionali europee) non può contare su un obbligo di obbedienza costituzionalmente garantito alle proprie pronunce, ci sembra possa valere, *mutatis mutandis*, per la Corte europea dei diritti dell'uomo. Che, al pari della sua omologa a Lussemburgo, *has almost no powers that are not ultimately from its own prestige, intellectual and moral force of its opinions*.”

In altre parole la cifra dell'effettività del portato interordinamentale in un Tribunale sovranazionale si caratterizza, a differenza di quanto caratteristico di un Tribunale costituzionale, per la sua abilità *to compel compliance with its judgments by convincing domestic government institutions, directly and through pressure from private litigants, to use their power on its behalf*. A sua volta, l'obbedienza volontaria e la conseguente tolleranza costituzionale da parte degli Stati membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa a quanto richiesto loro, rispettivamente, dal diritto dell'Unione europea e dal diritto CEDU, è favorita dalla percezione che organi politici e giurisdizionali di tali Stati hanno riguardo alla capacità delle due Corti europee di saper, da una parte, intercettare istanze e esigenze di innovazione già presenti a livello domestico e dall'altra di mostrare il necessario rispetto delle identità costituzionali locali degli Stati membri”, POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., p. 69.

⁴⁰⁸ COSTA J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?* cit. p. 3.

Per tutte le ragioni appena elencate, un modello pluralistico è incompatibile con l'idea di costituzionalismo, dal momento che l'unica accezione di costituzionalismo può afferire alla sua nozione storica ed ideale politico.

Il problema della prospettiva pluralista rimane, però, quello di non riuscire a dare una risposta convincente alle esigenze di effettività del sistema convenzionale e dell'operato della Corte per quanto riguarda il sovraccarico e la risoluzione dei problemi sistemici: non ci pare esauriente la risposta di chi ritiene che sia necessario ridurre la "centralità" del ruolo della Corte, a favore dei sistemi nazionali di tutela; per quanto riguarda la soluzione a tali problemi, non si vede come possa essere trovata in modo adeguato a livello nazionale senza una *intermediazione* sul piano sovranazionale: la storia della giurisprudenza degli ultimi tredici anni va esattamente in questa direzione, e senza una adeguata *segnalazione* da parte della Corte sia per quel che riguarda l'identificazione del problema sia per quanto attiene all'adeguatezza delle misure rimediali, non si sarebbe ottenuta certamente una risposta adeguata⁴⁰⁹.

Riconoscere lo svolgimento della funzione di sindacato di legittimità convenzionale, esercitato attraverso le sentenze pilota, significa permettere alla Corte la possibilità di acquisire un controllo maggiore sulla sua giurisprudenza, al di là del mito della giustizia individuale a qualunque costo; ma, accettare il controllo di convenzionalità non assolve dalla necessità di fare riferimento al sistema nel suo insieme: proprio riconoscendo la validità della prospettiva pluralista, in riferimento alla mancanza di un principio di gerarchia generalmente riconosciuto che possa regolare i rapporti tra la dimensione sovranazionale e gli Stati, emergono ineludibili i limiti all'esercizio della funzione di giudice costituzionale per quanto riguarda i poteri della Corte nella prescrizione di misure generali, che, come analizzato in precedenza, non possono non tenere conto di un margine di discrezionalità a favore degli Stati nella fase di esecuzione delle sentenze. Il rischio consiste proprio nel fatto che, esorbitando dai poteri attraverso tali sentenze, possa essere messo in discussione (come già successo) il ruolo della Corte dal punto di vista della legittimità in una doppia accezione: come legalità, per la violazione delle norme dalle quali si ricava la competenza alla prescrizione delle misure generali (che caratterizzano tale tipo di ruolo) condizionata al rispetto del margine di discrezionalità sufficiente agli Stati; in un senso più ampio di legittimità *politica*, in considerazione di

⁴⁰⁹ HELFER L., *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, European Journal of International Law, 19, n. 1, pp. 127 e ss.

una ingerenza indebita (attraverso la materia di diritti fondamentali) da parte di una Corte internazionale nei processi decisori democratici dello Stato: il rischio consiste nella possibilità che le autorità interne possono volontariamente non eseguire un certo tipo di decisioni *costituzionali* perché considerate una manifestazione di un eccesso *ultra vires*.

Dunque è sul piano sostanziale della legittimità dell'operato piuttosto che su una presunta superiorità acquisita dall'ordinamento convenzionale che si gioca la partita e il ruolo della Corte EDU: non potendo aderire ad una concezione tradizionale di *public authority* costruita sul concetto di potere coercitivo, la *compliance* dipende da altri fattori, quali la percezione della vincolatività delle norme internazionali e dalla qualità e persuasività delle decisioni⁴¹⁰, che hanno effetto soltanto se sono in grado di *attrarre* i giudici nazionali (le Corti costituzionali, soprattutto), organi legislativi ed esecutivi, attraverso le argomentazioni giuridiche⁴¹¹; una connotazione della *public authority* più ampia rispetto alla concezione tradizionale non esclude altri modi di esercizio del potere, comunque incisivi, e si estrinseca nella capacità di influenzare gli altri soggetti nell'esercizio delle proprie libertà, contribuendo alla formazione delle scelte di fatto o di diritto; dunque, anche se le decisioni della Corte non è accompagnata da meccanismi esecutivi, nella prassi le sue decisioni sono comunque in grado di condizionare gli altri attori (attraverso, ad esempio, costi di reputazione rilevanti, e a, questo proposito, la Corte può fare affidamento sul Comitato)⁴¹².

8. Seconda Premessa

Obiettivo dello studio in oggetto, giunti a questo punto, è dimostrare che è possibile parlare di svolgimento di una funzione costituzionale attraverso le sentenze pilota non dovendo ricorrere necessariamente ai modelli emergenti del costituzionalismo internazionale: si cercheranno di superare, da un lato, i limiti dell'approccio pluralistico che non pone soluzioni al problema del sovraccarico, dall'altro le obiezioni poste dai

⁴¹⁰ GERRARDS J., *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, cit. p. 436.

⁴¹¹ GARLICKI L., *Judicial deliberations: the Strasbourg perspective, The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, cit., p. 391.

La finalità deve essere quella di non urtare la suscettibilità di autorità nazionali in modo tale da provocare un rigetto (cfr. Slaughter helper).

⁴¹² VON BOGANDY A., VENZKE N., *Beyond the Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal*, 12, n.5, p. 989 e ss.

sostenitori di tale approccio, i quali, prendendo come riferimento il modello statale, faticano a riconoscere una dimensione costituzionale al sistema convenzionale.

Confermando come le sentenze pilota abbiano rappresentato e rappresentino il modo più efficace per la risoluzione del problema del *overload*, si cercherà di dimostrarne la presenza di indiscutibili caratteri di costituzionalità proprio prendendo come riferimento il modello di giustizia costituzionale interna, in ragione dell'analogia con alcuni tipi di decisioni (in particolare, con quello della sentenza additiva di principio *creata* dalla Corte Costituzionale italiana): tenendo ben presente che la possibilità di riconoscere alla Corte EDU lo svolgimento della funzione costituzionale del controllo di legittimità delle normative interne non può essere incondizionato, e compensare i limiti che sono in ogni caso insiti nella natura pluralistica del sistema e che derivano dalle norme di diritto internazionale.

8.1 Il costituzionalismo statale: natura e funzioni (una breve ricostruzione)

Per introdurre il confronto tra sindacato di legittimità interno e sovranazionale, è necessario partire da una breve ricostruzione sui lineamenti generali di giustizia costituzionale interna⁴¹³.

Dal resoconto del dibattito dottrinale sul piano internazionale sono emerse due posizioni contrapposte: a coloro che individuano nella competenza *ratione materiae* della tutela dei diritti fondamentali l'elemento sufficiente per dedurre la natura costituzionale della Corte EDU si oppone chi ne sostiene l'"incompletezza funzionale", ritenendo non sufficiente il solo ruolo di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive: la predisposizione di un sistema e il ruolo di risoluzione dei conflitti tra poteri, in questa prospettiva, rimangono condizioni necessarie per il riconoscimento dei tratti fondamentali di costituzionalità.

Effettuando una breve ricognizione della dottrina sulla comparazione dei sistemi costituzionali vigenti viene immediatamente in rilievo che nel pensiero pubblicistico moderno la giustizia costituzionale e il suo studio vengono messi in stretta relazione all'idea di Costituzione "quale fonte superiore dell'ordinamento giuridico...in prospettiva

⁴¹³ Attraverso la breve ricognizione di alcune delle posizioni degli autori presi in considerazione non si pretende certamente di soddisfare i criteri una trattazione esaustiva sull'argomento, ma li si utilizzeranno solamente come spunti che possono risultare utili alla ricerca di possibili analogie tra il sistema CEDU e quello di giustizia costituzionale interna per la risoluzione delle questioni inerenti lo studio delle sentenze pilota.

diacronica è agevole individuare nel passaggio dallo stato di diritto caratterizzato dal principio di legalità allo Stato costituzionale retto sul principio di legittimità costituzionale l'esigenza di approntare organi, istituti, procedure tesi a garantire i diritti fondamentali, e in ultima analisi, finalizzati all'autoconservazione dello stesso ordinamento⁴¹⁴.

In via esemplificativa, secondo la definizione che ne dà Zagrebelsky “la Costituzione in senso moderno...[è] quel corpo di regole concernenti gli aspetti basilari dell'organizzazione dello stato e il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo, volontariamente poste e riconosciute dalla generalità come vincolanti per il futuro⁴¹⁵”.

Da queste definizioni tratte dall'esperienza della giustizia costituzionale interna, benché non sia possibile identificare una definizione univoca, emergono ogni caso alcuni tratti comuni caratterizzanti una Costituzione: la tutela dei diritti fondamentali, la superiorità gerarchica, l'aspetto organizzativo delle varie articolazioni statali⁴¹⁶.

Parte della dottrina, nell'impossibilità di individuare una definizione di Costituzione che sia univocamente accolta, preferisce soffermarsi sui requisiti minimi che caratterizzano il costituzionalismo moderno⁴¹⁷.

Ma è possibile, d'altra parte, ritrovare anche tentativi compiuti di classificazione: particolarmente illuminante, nella nostra prospettiva, la ricostruzione tassonomica ad opera di Raz, dalla quale si evince che per poter riconoscere la natura costituzionale ad un documento è necessario che questo presenti una serie di caratteri necessari: 1) *constitutive of the legal and political structure*; 2) *stable*; 3) *written*; 4) *superior to the other laws*; 5) *justiciable*; 6) *entrenched*; 7) *express a common ideology*⁴¹⁸.

⁴¹⁴VEDASCHI A., *La giustizia costituzionale*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, p. 953.

⁴¹⁵ VEDASCHI A., *La giustizia costituzionale*, p. 956; cfr. anche ZAGREBELSKY G., MARCENO' V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 24 e ss.

⁴¹⁶ In questo contesto, non può tralasciarsi il piano storico: si veda quanto detto *supra* (cap. 1, par. 5) a proposito della relazione tra diritto internazionale e costituzioni degli Stati in transizione democratica.

⁴¹⁷“There appears to be no accepted definition of constitutionalism,...modern constitutionalism required imposing limits on the powers of government, adherence to the rule of law, and the protection of fundamental rights” in ROSENFELD M., *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press, 1994, p. 3.

⁴¹⁸ RAZ J., *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in L. ALEXANDER, ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, pp. 153-154.

Sul piano delle competenze, può immediatamente evidenziarsi che le manifestazioni in cui si concreta l'attività di una Corte interna sono tanto numerose quanto variegate⁴¹⁹: in estrema sintesi, gli studiosi della materia si concentrano su aspetti sostanziali nell'esaminare le funzioni orientate a consentire, in senso lato, l'attuazione della Costituzione, isolando diversi compiti che, a grandi linee, vanno dalla tutela dei diritti fondamentali delle libertà personali alla giurisdizione penale costituzionale, passando attraverso la garanzia della pace interna, cioè il ruolo arbitrale che vede i giudici costituzionali risolvere tanto i conflitti inter organici quanto quelli inter soggettivi, e, dunque, configura la giustizia costituzionale come momento patologico, di garanzia di articolazione delle competenze delineate dalla Costituzione⁴²⁰.

Da un punto di vista delle attribuzioni pare possibile mettere in evidenza tre momenti primari: la tutela dei diritti fondamentali, la funzione di equilibrio tra i vari soggetti istituzionali e, secondo autorevole dottrina, un ulteriore tratto caratterizzante si ritrova nella funzione nomofilattica⁴²¹.

Non pare possibile riconoscere, dunque, alla luce di questa breve (e certamente non esaustiva) ricostruzione, alla competenza *ratione materiae* della garanzia dei diritti e delle libertà primarie il tratto necessario ma anche sufficiente per caratterizzare la natura

⁴¹⁹ Per un tentativo di sistematizzazione dei principali compiti del giudice costituzionale, si vedano le varie proposte di catalogazione in MEZZETTI L., BELLETTI M., D'ORLANDO E., FERIOLI E., *Giustizia costituzionale*, Padova, 2007, pp. 7 e ss.

⁴²⁰ PINNA P., *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999, p. 24 e ss.

⁴²¹ "In primo luogo, il processo costituzionale, conformemente alla teoria Kelseniana della Corte costituzionale come "legislatore negativo", assolve al compito di assicurare la razionalità ed omogeneità del sistema giuridico, di favorirne l'intima coerenza: non solo annullando le norme di legge contrastanti con quelle di rango costituzionale, ma anche assolvendo al compito di interpretazione autentica del significato delle disposizioni costituzionali ovvero di unificazione degli orientamenti giurisprudenziali in ordine ai diversi articoli della Costituzione. Siffatto ruolo è, in

alcuni ordinamenti, espressamente riconosciuto e codificato; in altri, invece, sia pure in assenza di esplicite previsioni normative, si perviene ai medesimi risultati in via di prassi.

In secondo luogo, la giustizia costituzionale – coerentemente con le elaborazioni in tema di "custode della Costituzione" – si propone di assicurare l'equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato e tra lo Stato centrale le Regioni (o gli Stati membri negli ordinamenti federali). I giudici costituzionali rafforzano la loro posizione sistemica di difensori della Costituzione svolgendo un ruolo arbitrale, di garante del rispetto formale e sostanziale del principio della separazione dei poteri, intesa sia nella sua proiezione orizzontale che verticale. Grazie alla presenza dei Tribunali costituzionali i conflitti che insorgono tra i poteri e tra i diversi livelli istituzionali sono canalizzati all'interno dei procedimenti giurisdizionali, invece di trovare una soluzione di carattere meramente politico. Da ultimo, secondo una

nota definizione dottrinale che qualifica le Corti come "giudici delle libertà", il processo costituzionale è comunemente considerato la sede ove si garantisce la tutela delle posizioni soggettive e dei diritti riconosciuti dalla Costituzione: attraverso il processo costituzionale si controllano i pubblici poteri (cioè i governanti) a garanzia dei diritti dei governati, si vigila affinché le decisioni pubbliche non vulnerino le libertà garantite dalla Costituzione: si deve considerare che la giustizia costituzionale ha costituito la principale e più efficace risposta dello Stato democratico di diritto all'esigenza di assicurare una tutela effettiva ai diritti fondamentali". Cfr. ROLLA G., *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e tutela dei diritti fondamentali*, Testo della relazione tenuta il luglio 2004 in San José Costa Rica, consultabile in www.crdc.unige.it, pp. 2 e ss.

di una Corte in senso costituzionale (senza d'altro canto poterne sminuire l'importanza)⁴²².

Si può concludere che anche lo spostamento sul piano della dottrina sui sistemi di giustizia costituzionale interna i dubbi sulla possibilità di riconoscere una natura costituzionale al sistema CEDU rimangono, non risultando decisivo per risolvere in un senso o nell'altro le contrapposizioni emergenti dal dibattito internazionale.

8.2 Il controllo di costituzionalità

Malgrado la pluralità di competenze, l'approccio allo studio dei modelli di giustizia costituzionale proposto dalla manualistica⁴²³ ha tradizionalmente privilegiato il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, che ne rappresenta certo la manifestazione principale (ed è legata a tutti gli aspetti sopra evidenziati).

Provando a fornire una definizione, il sindacato di costituzionalità richiama l'attività di verifica effettuata da un organo al quale è conferito tale potere *in modo espresso* e che ha quale oggetto di giudizio una norma e quale parametro di riferimento il quadro normativo costituzionale, ed è finalizzata ad accertare la conformità dell'una all'altro⁴²⁴.

Dal punto di vista dell'oggetto del giudizio di legittimità e delle relative competenze, dunque, le differenze tra una Corte costituzionale e la Corte EDU, in prima approssimazione, paiono evidenti. Il controllo esercitato da una Corte costituzionale⁴²⁵ ha ad oggetto la validità delle norme in relazione alla norma suprema, la Costituzione: tale controllo legittimità costituzionale della norma interna è esercitato (anche) in astratto.

⁴²² “Non si deve dimenticare che in molti ordinamenti l'attività dei Tribunali costituzionali si caratterizza proprio per la sua giurisprudenza in materia di diritti della persona; inoltre, le principali decisioni in materia hanno costituito la pietra angolare per lo sviluppo dello Stato di diritto. Come è stato affermato “ in tutti gli ordinamenti che si caratterizzano per una Costituzione rigida...accade che i diritti si garantiscono in via giurisdizionale dinanzi a qualsiasi loro violazione. Ed è soprattutto per questo motivo che in molti Stati funzionano Corti o Tribunali costituzionali”. Cfr. ROLLA G., *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e tutela dei diritti fondamentali*, cit. p. 3.

⁴²³ CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G., *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014; Malfatti E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016; ZAGREBELSKY G., MARCENO' V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012; CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012.

⁴²⁴ “La giustizia costituzionale, oggi soprattutto si rivolge principalmente contro i pericoli provenienti dall'organo in cui si determinano gli equilibri politici generali e contro atti che tipicamente li esprimono: ...il parlamento e le sue leggi. Oggi la giustizia costituzionale è prima di tutto controllo di costituzionalità sulle leggi. Il principio della insindacabilità della volontà parlamentare...cede così il posto alla sindacabilità della legge”, cfr. ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 32.

⁴²⁵ Può essere esercitato a priori impedendo la stessa promulgazione della legge, o a posteriori come nella maggior parte degli Stati europei, concretandosi nell'annullamento della legge incostituzionale con l'effetto di renderla non più efficace successivamente alla sua entrata in vigore. Cfr. CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976, p. 5 e ss.

La Corte EDU, invece, in linea di principio, esercita un controllo di compatibilità in concreto: non sulla validità della norma, ma sull'applicazione che ne viene data, in relazione alla violazione lamentata dal ricorrente: si pronuncia, dunque, sulla responsabilità internazionale dello Stato convenuto, decidendo della sussistenza o meno di una violazione della Convenzione in riferimento alle circostanze di fatto e di diritto inerenti il caso concreto, pronunciandosi, eventualmente, sugli aspetti inerenti l'equa soddisfazione di natura pecuniaria, circostanza che renderebbe le differenze tra corte EDU e le Corti costituzionali interne insuperabili.

Abbiamo visto in precedenza come il limite posto alla Corte EDU di giudice del caso concreto al quale è interdetto un controllo in astratto, prescindendo dalle circostanze di fatto e di diritto del ricorso individuale, non le ha precluso nella prassi la possibilità di compiere valutazioni di carattere generale sulle normative interne, nonostante la impossibilità di rintracciare nella Convenzione delle disposizioni espressamente abilitanti di un potere in tal senso.

Il tipo di sentenze oggetto dello studio *“si inseriscono in una più ampia tendenza che vede la Corte svolgere una funzione ulteriore rispetto a quella che la Convenzione gli attribuisce di decidere sull'esistenza, in una controversia determinata, di una violazione della Convenzione”*⁴²⁶: è fuori discussione che la prassi giurisprudenziale abbia assunto progressivamente i tratti dell'*oggettivizzazione* del contenzioso⁴²⁷, estendendo, dunque, il controllo di convenzionalità all'atto interno a portata generale (*anche* indipendentemente dall'adozione di un provvedimento a portata individuale se il soggetto è anche solo potenzialmente leso dalla mera sussistenza della normativa - allargando dunque la portata normativa del concetto di vittima) e nei casi in cui il provvedimento individuale sia una conseguenza inevitabile della corretta applicazione della normativa interna (cfr. *supra*, cap. 1 par. 3).

Una volta identificato il controllo di legittimità come la manifestazione preminente nell'ambito di quelle riconducibili alla giustizia costituzionale, pare opportuno affrontare brevemente il suo rapporto con il carattere della prevalenza gerarchica del testo costituzionale, uno dei requisiti di costituzionalità messi in luce *supra*.

⁴²⁶ STARITA M., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, cit. p. 117.

⁴²⁷ Nonostante la formula di rito utilizzata costantemente dai giudici sulla incompetenza ad effettuare un controllo in astratto nell'ambito del contenzioso individuale.

Secondo alcuni autori, la finalità del controllo consiste nell'assicurare la prevalenza della Costituzione nei confronti della legge ordinaria: tra questi, Carrozza, il quale sostiene che a prescindere dalla tipologia dei modelli e delle loro varianti, risulta evidente che la giustizia costituzionale, e in particolare, la sua manifestazione di maggior peso specifico, il controllo di legittimità delle norme, "sono funzionali all'esigenza di assicurare la prevalenza della Costituzione nei confronti di qualsiasi altra fonte (in particolare della legge ordinaria), ovverosia sono strumentali all'esigenza di garantire l'effettività della affermata superiorità gerarchica dell'atto costituzionale. Ed è quindi proprio da questo assunto teorico giuridico che si ricollega il sistema di controllo sulla conformità, procedurale e sostanziale, delle norme, primariamente quelle legislative, alla legge fondamentale, e pure, in parallelo, il meccanismo di tipo sanzionatorio che scatta per quelle disposizioni che all'esito della verifica dovessero risultare adottate in violazione dei precetti di rango costituzionale"⁴²⁸.

In merito all'aspetto del valore della Convenzione all'interno dei singoli sistemi nazionali delle fonti del diritto si è già detto come sia tutt'altro che agevole riscontrare un approccio univoco sia sul piano formale (non tutti gli Stati hanno incorporato la Convenzione allo stesso modo, attribuendole lo stesso rango all'interno del sistema della fonti) che sul piano sostanziale (ci riferiamo ai casi di accettazione problematica della giurisprudenza CEDU): sarebbe quantomeno azzardato, dunque, ritenere che il controllo di legittimità esercitato dalla Corte EDU possa essere teleologicamente orientato a preservare la superiorità delle norme convenzionali.

Fino a quando si riconosce che la funzione primaria del controllo di legittimità nei sistemi di giustizia costituzionale interna è assicurare la prevalenza formale della costituzione sulla norma ordinaria, non avrebbe senso, dunque, parlare di controllo di legittimità con riferimento al controllo di convenzionalità: la questione del valore gerarchico, infatti, non è affrontata mai in modo esplicito dalla giurisprudenza CEDU, se non per ribadire la libertà degli Stati sulle modalità di incorporazione; se a questo si aggiunge la mancanza di meccanismi sanzionatori della incompatibilità, risulterebbe ancora più complicato parlare, a proposito delle sentenze pilota, di un giudizio di legittimità equiparabile al modello interno.

⁴²⁸RIDOLA P., *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, pp. 48 e ss.

La questione muta se si propende per l'indirizzo dottrinale differente che travalica il dato formale, confutando la necessarietà della relazione tra la garanzia della prevalenza del testo costituzionale e il controllo di legittimità, a favore di una concezione del sindacato delle leggi teso ad assicurare, in primo luogo, la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti: “Comunemente si crede che vi sia un collegamento stretto tra la rigidità della Costituzione (riflesso della superiorità gerarchica) e la giustizia costituzionale. Questa credenza peraltro non esprime alcuna idea specifica della Costituzione, giacché riguarda un elemento formale ed estrinseco, il documento costituzionale. Perciò essa è tanto diffusa quanto generica: non esprime alcuna riflessione sul senso e sul valore della giustizia costituzionale rispetto alle caratteristiche intrinseche e sostanziali della Costituzione, ma è solamente la conseguenza dell'idea tradizionale per cui per aversi invalidità occorre subordinazione gerarchica e che, d'altro canto, non c'è rigidità della costituzione se non vi è un giudice che sanzioni le leggi in contrasto con le norme costituzionali. Insomma la normatività della costituzione dipenderebbe dalla sua rigidità”⁴²⁹.

Più proficuo appare, dunque il riferimento allo studio che ha stabilito un legame specifico tra la giustizia costituzionale e un'idea di Costituzione usando come modello il costituzionalismo statunitense in cui, più che all'elemento della necessaria sovraordinazione, ove la rigidità è posta in relazione con una concezione di Costituzione come limite del potere a garanzia dei diritti: “La tutela di questi diritti e non altro è la ragione essenziale del sistema di giustizia costituzionale nord americano nel quale il controllo sulla legge, almeno dal punto di vista concettuale, avviene *per incidens* in procedimenti giudiziari e controversie che coinvolgono direttamente i diritti delle parti e nei quali le ragioni del legislatore non trovano alcuno spazio di autonoma rappresentazione”⁴³⁰. Questo pare essere il modello di giustizia costituzionale che, al di là del dato formale della forza gerarchica, sembra poter meglio descrivere la giurisprudenza della Corte EDU quando opera il suo giudizio di convenzionalità: un controllo sulle normative interne degli Stati che si ricollega ad una idea garantistica della costituzione, che abbia ad oggetto, in primo luogo, la garanzia delle libertà individuali.

⁴²⁹ BIN R., *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, p. 5.

⁴³⁰ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 79.

8.3 Le analogie con i sistemi di giustizia costituzionale

Nell'ambito della giustizia costituzionale si distingue comunemente tra i sistemi di *judicial review* diffuso, incidentale, dichiarativo e del *Verfassungsbeschwerde* (accentrato, principale, costitutivo): tale distinzione, operata da Cappelletti in uno studio che ha rappresentato per lungo tempo un riferimento indispensabile negli studi di giustizia costituzionale comparata, è possibile da un triplice punto di vista: soggettivo, modale, degli effetti delle decisioni⁴³¹.

A parere di autorevole dottrina, in ragione dell'arricchimento dal punto di vista delle esperienze compiute nel campo della giustizia costituzionale, ha assunto progressivamente sempre maggiore importanza la distinzione tra sistemi concreti e astratti (piuttosto che tra il sistema americano ed europeo): secondo questa opinione, la caratteristica comune ai sistemi concreti è che il giudizio di costituzionalità riguarda una disposizione o una norma che deve trovare applicazione ad una fattispecie sottoposta all'esame del giudice, cosicché gli effetti della relativa decisione si producono principalmente "mediante il loro inserimento nel flusso della giurisprudenza e quindi nell'ambito dei rapporti fra corte costituzionale e potere giudiziario".

Nei sistemi astratti invece, l'impugnazione della norma viene proposta indipendentemente dalle circostanze di fatto e di diritto emergenti dal caso concreto: il giudizio costituzionale si configura "come una fase - ove sia preventivo (...) - o come un'appendice - ove sia successivo (a posteriori) - del procedimento di formazione di un ben determinato atto legislativo, cosicché gli effetti delle relative decisioni si producono principalmente nell'ambito dei rapporti tra Corte costituzionale e organi politici"⁴³².

⁴³¹ dal punto di vista soggettivo si distingue il modello diffuso di tipo americano da quello accentrato di tipo austriaco: il primo tipo è quello nel quale "il potere di controllo spetta a tutti gli organi giudiziari di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza"; il secondo tipo è quello austriaco dove il potere di controllo si concentra invece in un organo giudiziario soltanto"; dal punto di vista modale, ossia "del modo come le questioni di costituzionalità possono venire sollevate davanti ai giudici competenti a deciderle, e come sono decise da questi", aveva notato che nel sistema americano, diffuso, il controllo si esercita in via incidentale, mentre in quello austriaco, accentrato, si esercita in via principale; eppure "le differenze tra i due modelli sono meno nette di quanto sembri in linea di principio: successivamente alla revisione operata nel 1929 con la modifica dell'art 140 costituzione austriaca che ha aggiunto al controllo in via principale quello in via incidentale, tale differenza si è andata attenuando, ancor più poi nei sistemi di controllo realizzati in Italia e Germania nell'ultimo dopoguerra"; inoltre l'efficacia soltanto *inter partes* propria delle decisioni del sistema diffuso è "in buona parte eliminata negli Stati Uniti (specie quando si tratti di controllo esercitato dalle Supreme Court) in forza del principio dello *stare decisis*...", cfr. CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit. p. 112.

⁴³² PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in Quaderni costituzionali, 1982, p. 525; si veda dello stesso autore, *Giustizia Costituzionale (diritto comparato)*, in Enciclopedia del diritto, Annali, 1, Milano 2007, ad vocem, p. 687-689.

Da questa distinzione derivano effetti differenti sulla garanzia dei diritti: “la tutela assicurata dai sistemi concreti si rivolge principalmente alle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini e appare perciò principalmente diretta a realizzare al tutela dei diritti fondamentali di libertà che la costituzione garantisce. Ciò è più evidente quando è consentito all’interessato di agire direttamente a tutela dei suoi diritti (...)”. La tutela offerta dai sistemi astratti appare invece “principalmente rivolta ad assicurare il rispetto delle sfere di competenza proprie dei diversi enti (negli Stati federali e regionali) e dei diversi organi costituzionali (nell’ambito dell’organizzazione statale) mentre per la protezione dei diritti individuali e collettivi essa può essere realizzata solo eventualmente e di riflesso(...)”⁴³³.

Al di là delle categorizzazioni astratte, più di recente, l’ampia esperienza comparata ha finito per mettere in evidenza lo sviluppo di dinamiche che interessano i due principali modelli di giustizia costituzionale, facendoli evolvere verso risultati convergenti: da un lato, i sistemi “accentrati” sembrano aprirsi ad aspetti caratterizzanti la *judicial review*, dall’altro lato, i sistemi “diffusi” registrano una tendenza delle Corti Supreme a monopolizzare l’esercizio della giurisdizione costituzionale, accentuando gli elementi di accentramento sostanziale⁴³⁴: il giudizio di costituzionalità in via incidentale è stato definito una “ibridazione” dei due modelli più antichi, una sorta di *tertium genus* o di via intermedia, dal momento che l’organo competente a decidere è unico come in Austria, però ciascun giudice può essere coinvolto nel processo costituzionale come negli Stati Uniti⁴³⁵.

Il giudizio di costituzionalità così configurato ha, in altri termini, per oggetto la medesima disposizione o norma in base alla quale deve essere risolta la controversia pendente davanti al giudice *a quo* e si è osservato, perciò, che esso è valso ad attribuire carattere concreto al controllo delle Corti costituzionali in riferimento a questioni di legittimità costituzionale sorte in un giudizio comune:“(la) concretezza deriva dal rapporto di pregiudizialità corrispondente alla rilevanza della questione di costituzionalità che viene a stabilirsi tra i due giudizi...il carattere di concretezza che viene ad assumere - in contrasto con l’originaria concezione kelseniana - tende ad

⁴³³PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, cit., p. 529.

⁴³⁴ROLLA G., *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e tutela dei diritti fondamentali*, cit. p. 8.

⁴³⁵ Del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale come esperienza di ibridazione dei modelli più antichi parla, ad esempio: PEGORARO, L. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 27.

avvicinarlo al giudizio di ricorso diretto, sviluppatosi sulla tradizione dell'amparo messicano e della Verfassungsbeschwerde e qualificato dall'interesse del ricorrente"⁴³⁶. Dalla ibridazione dei modelli attraverso l'istituzione del giudizio in via incidentale deriva, dunque, un sistema di giustizia che presenta tratti in comune con il giudizio di *convenzionalità*⁴³⁷ che si sta trattando, in cui coesistono la tutela della posizione soggettiva con la necessità oggettiva di compatibilità della norma con l'ordine costituzionale: il giudice costituzionale nel giudizio incidentale tutela la posizione soggettiva di diritto e allo stesso tempo impedisce che una norma suscettibile di ledere i diritti fondamentali continui ad essere applicata; il sistema di giustizia convenzionale, nella evoluzione della prassi giurisprudenziale, sembra raccogliere l'esperienza di questa commistione dei modelli: nasce come sistema di giustizia individuale sulle circostanze di fatto e di diritto emergenti dal caso concreto, e finisce per allargare l'ambito del proprio sindacato ad una valutazione oggettiva della conformità delle normative (e delle prassi) interne degli ordinamenti statali alla Convenzione; al controllo diffuso operato delle Corti nazionali si aggiunge, previo esperimento di tutti i rimedi interni, una sorta di giudizio accentrato da cui emerge una decisione che finisce per avere una efficacia *erga omnes de facto (infra)*.

Come nel giudizio incidentale, viene in rilievo la risoluzione della questione generale come antecedente logico rispetto alla controversia individuale; anche nel giudizio che si instaura di fronte alla Corte EDU in seguito al ricorso diretto del soggetto che si ritiene leso, infatti, la soluzione della questione della compatibilità convenzionale della normativa interna con le norme del trattato, in qualche misura, precede la soluzione della questione individuale, in un rapporto di pregiudizialità⁴³⁸.

Il controllo di convenzionalità, mantiene dei punti di contatto anche con il sistema astratto, inteso, in primo luogo, come relazione tra Corte e organi politici: per quanto riguarda le sentenze pilota e, con riferimento ai casi problematici analizzati in precedenza, è proprio nei rapporti con gli organi politici, in particolare, il Parlamento,

⁴³⁶ PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, cit., p. 526.

⁴³⁷ Per quanto riguarda l'aspetto del ricorso individuale, si deve fare presente come il modello tedesco abbia influenzato il sistema convenzionale al momento della riforma attraverso il Protocollo 11: sul punto, si rinvia a RANDAZZO B., *il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale (scritti in onore di Valerio Onida)*, Giuffrè, 2011, pp. 1547 e ss.

⁴³⁸ Da questo punto di vista, il controllo di convenzionalità sembra tenere insieme i due aspetti esattamente come auspicato da certa parte della dottrina (che continua a vedere nel ricorso individuale il *cuore pulsante* del sistema) e come avviene effettivamente nel giudizio incidentale nei sistemi di giustizia costituzionale interna.

che la Corte ha dovuto affrontare le maggiori rimostranze dal punto di vista della legittimità della sua azione.

8.4 Gli effetti della decisione: potere di annullamento ed efficacia *erga omnes*

Anche dal punto di vista degli effetti della decisione paiono sussistere delle differenze in origine difficilmente colmabili.

Le decisioni della Corte EDU risultano prive della possibilità di annullamento di atti normativi, anche una volta accertata la incompatibilità con la Convenzione: sono gli stessi giudici ad aver dichiarato in varie occasioni la loro incompetenza ad abrogare gli atti interni a portata generale⁴³⁹. Questo aspetto rimane un ostacolo insormontabile, bilanciato dalla prassi statale piuttosto diffusa di allineamento degli ordinamenti interni alle norme della Convenzione⁴⁴⁰: come accennato in precedenza, se si dovesse ritenere essenziale il potere sanzionatorio di legislatore negativo ai fini del riconoscimento della una funzione costituzionale, bisognerebbe propendere per la negazione dello svolgimento di tale funzione in riferimento alle sentenze pilota.

È evidente che la competenza a dichiarare la sussistenza di una violazione, dunque, di un atto che genera responsabilità da illecito internazionale, non può consentire ai giudici di Strasburgo di spingersi fino a richiedere l'abrogazione della normativa interna: però abbiamo visto come nell'ambito della fase di supervisione dell'esecuzione della decisione, il Comitato dei Ministri ha il potere di esprimersi sulle misure rimediali che le autorità interne sono tenute a prendere per una corretta esecuzione, e, come sostenuto in precedenza, la prassi statale di adottare misure generali è piuttosto consolidata.

⁴³⁹ Inoltre, non va dimenticata l'espressa esclusione di tale possibilità nel contesto dei lavori preparatori: per quanto in base all'art. 24 del testo provvisorio, presentato da P. H. Teitgen fosse prevista la possibilità di conferire alle decisioni della Corte la capacità di annullare o disapplicare le norme interne contrarie a disposizioni della Convenzione, tale posizione fu successivamente abbandonata nella versione successiva del testo, nel quale, come visto in precedenza, si fa espressamente riferimento alla sola misura risarcitoria; cfr. HAIDER D., *The pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Nijhoff, 2013, p. 190.

⁴⁴⁰ La prassi statale di esecuzione delle sentenze che si evince dai rapporti che gli Stati inviano al Comitato in relazione alle misure interne adottate in attuazione dell'obbligo di cui all'art. 46, mostrano una diffusa tendenza all'adozione di rimedi a carattere generale come prescritto dalla Corte; sul punto, tra gli altri, SUDRE F., *Droit international et européenne des droits de l'homme*, cit., p. 864 e ss.; PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Catania, 2004, p. 136 e ss.; BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 757 e ss.

Si può discutere, dunque, se dal punto di vista del risultato finale, gli effetti non siano analoghi a quelli di una invalidazione⁴⁴¹.

Per quel che riguarda la impossibilità di riconoscere alle sentenze della Corte EDU l'effetto *erga omnes de jure*, tipico di determinati tipi di sentenze delle Corti costituzionali, tale circostanza non esclude che possa comunque sussistere un effetto *erga omnes de facto* della *res interpretata* nei confronti degli Stati che non sono parte della controversia nel caso in cui al loro interno sia riscontrabile la presenza di una normativa o di una prassi analoga a quella censurata dalla Corte nel caso di specie⁴⁴².

8.5 Il ruolo normativo positivo: *rinvio*

In relazione all'attitudine delle pronunce dei giudici, è doveroso evidenziare come (sia nel sistema austriaco tanto quanto in quello americano) sia ormai consolidato il ruolo normativo non soltanto negativo ma anche positivo: in relazione a quest'aspetto è particolarmente significativa la prassi delle sentenze pilota (tenendo ben presente che il ruolo normativo *negativo* da parte dei giudici CEDU si ferma ad una pronuncia di incompatibilità in mancanza del potere sanzionatorio di annullamento, che rimane un limite insuperabile)⁴⁴³.

Se fino al momento in cui la Corte non ha iniziato ad estendere la propria competenza anche agli aspetti consequenziali dell'accertamento pareva difficile potersi parlare di

⁴⁴¹ Alla prassi statale deve aggiungersi quella della Corte, che in certi casi si è espressa *sull'effetto diretto* delle proprie decisioni, dal quale discende in modo esplicito l'obbligo a carico degli Stati di abrogare la normativa interna configgente. Cfr. *Verniere c Belgio*, sentenza del 29 novembre 1991, serie A, n. 214-C. *Sull'effetto diretto*, cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, pp. 89 e ss.

Inoltre, sulla mancanza del potere di annullamento come un argomento obiettivamente serio contro la possibilità di riconoscere la natura costituzionale di Corte, Stone Sweet replica sostenendo, in primo luogo, come la circostanza che la corte internazionale non abbia competenza "all'esterno" – cioè negli ordinamenti interni – di esercitare un tipo di funzione costituzionale di annullamento delle leggi, non vuol dire che non sia "costituzionale" all'interno del proprio sistema; in secondo luogo, grazie all'incorporazione della Convenzione (e della sua giurisprudenza) come testo giudizialmente utilizzabile come parametro di legittimità (spesso con rango sovra legislativo) per le norme nell'ambito dei giudizi interni, questa si comprenderebbe come una "costituzione ombra", in grado di alterare i principi costituzionali di qualunque ordinamento, specialmente dal punto di vista dottrinale sulla separazione dei poteri, incidendo sul principio di sovranità del parlamento: la necessità della capacità di annullamento, in questa prospettiva, viene sostanzialmente neutralizzata (tale posizione, come analizzato in precedenza, non pare però del tutto condivisibile, in ragione delle resistenze alla giurisprudenza CEDU riscontrabili in diversi Stati parti, espresse sia dalle Corti Costituzionali che dai Parlamenti, che dall'opinione pubblica in generale); cfr. STONE SWEET A., *On the Constitutionalization of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, cit., p. 8.

⁴⁴² *Sull'effetto erga omnes*, tra gli altri, GERRARDS J., *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, cit. p. 419.

⁴⁴³ Si è verificata una evoluzione della giustizia costituzionale in una duplice direzione: da una parte è emersa - ed è questo un fenomeno nuovo, sconosciuto tanto nel sistema austriaco quanto in quello americano - l'attitudine "delle pronunce dei giudici costituzionali rese in regime di controllo accentrato nei confronti di disposizioni o o norme già in vigore svolgere un ruolo normativo non soltanto negativo ma anche positivo"; cfr. PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, cit. p. 522 e ss.

una funzione di controllo di convenzionalità assimilabile a quello di costituzionalità, in ragione dei limiti anzidetti in relazione alla mancanza del potere di annullamento.

La situazione muta decisamente con la prassi delle sentenze pilota: la circostanza che i giudici si spingono fino a prevedere le misure generali (in maniera più o meno pressante e più o meno dettagliata) per consentire alle autorità interne di portare l'ordinamento interno in linea con la convenzione è ciò che può indurre a parlare di ruolo normativo positivo anche a proposito della Corte EDU.

In prospettiva del rafforzamento del risultato finale nella quale si inquadra la prassi delle sentenze pilota, i giudici danno indicazioni riguardo al modo in cui è opportuno procedere, ai tempi in cui l'intervento deve essere compiuto, ed al contenuto stesso che deve essere disposto dalle leggi statali per assicurarne la compatibilità con i valori del sistema convenzionale, ai tempi in cui l'intervento deve essere compiuto, ed al contenuto stesso che deve essere disposto dalle leggi statali per assicurarne la compatibilità con i valori del sistema convenzionale⁴⁴⁴ per un allineamento migliore dell'ordinamento interno a quello sovranazionale.

8.5.1 Le sentenze pilota e le decisioni dei sistemi di giustizia costituzionale interni, analogie e differenze: una prima lettura

Con riguardo all'“oggetto” del giudizio di fronte alla Corte EDU, esso risulta assai più esteso di quanto in genere sia previsto per le Corti costituzionali nazionali (almeno nell'esercizio della loro funzione “tipica” di controllo di legittimità costituzionale delle leggi) perché comprende qualunque genere di atto o fatto riconducibile ai poteri pubblici che sia in grado di ledere i diritti e le libertà convenzionalmente garantiti: abbiamo già visto come il venir meno del paradigma *good law bad decision* abbia rappresentato il primo passo verso un sindacato della Corte nei confronti di atti interni a portata generale, al quale si è aggiunta nello sviluppo della prassi giurisprudenziale la prescrizione delle misure generali alle autorità interne per consentire loro di esercitare il proprio potere normativo per porre fine alla sistematicità della violazione e assicurare tutela in una maniera convenzionalmente compatibile. alle posizioni giuridiche soggettive coinvolte.

⁴⁴⁴ STARITA M., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, cit., p. 119.

Per quel che riguarda la possibilità di istituire un parallelismo e un collegamento con le elaborazioni teoriche e le prassi giurisprudenziali in relazione alla discrezionalità *del legislatore*, accostando cioè il rapporto tra Convenzione (e Corte EDU) ed autorità statali a quello che vi è tra Costituzione (e Corte costituzionale) e legislatore, le sentenze pilota rappresentano un ideale oggetto di indagine, dal momento che evidenti sono le similitudini dal punto di vista strutturale con alcune delle sentenze manipolative⁴⁴⁵ caratterizzanti i sistemi di giustizia costituzionale interna (con riferimento privilegiato a quello italiano): nei sistemi nazionali il presupposto per ricorrere a tale tipo di decisioni è la configurabilità di una omissione a carico dell'organo legislativo fonte di una mancata tutela di diritti costituzionalmente garantiti a cui l'organo di giustizia costituzionale deve poter rimediare⁴⁴⁶; allo stesso modo anche

⁴⁴⁵ "La possibilità di «manipolare» le disposizioni legislative si è quindi tradotta nella (auto-)attribuzione del potere di rendere decisioni c.d. manipolative, decisioni cioè che, ad un dispositivo di incostituzionalità, non fanno corrispondere una caducazione tout court delle disposizioni, ma una loro modifica, veicolata (i) da ablazioni, (ii) da sostituzioni o (iii) da addizioni." BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008, p. 27.

⁴⁴⁶ "Dunque, la Corte Costituzionale non si limita, in sede di accoglimento delle eccezioni di illegittimità costituzionale, ad emettere pronunce di caducazione totale o parziale delle disposizioni di leggi impugnate, ma va oltre, manifestando sempre più la tendenza ad emettere decisioni che taluni definiscono sentenze interpretative di accoglimento e che altri in maniera più incisiva definiscono manipolative: sentenza che lasciano intatte le disposizioni di legge ma dichiarano illegittimo uno o più significati in esso contenuti, o per meglio dire da esse deducibili...ma è davvero un modo singolare quello di lasciare intatti gli involucri, cioè le formulazioni legislative, e di svuotarle parzialmente dei contenuti, cioè dei loro significati: tra l'altro, nessuna norma costituzionale ha mai conferito alla Corte costituzionale il monopolio dell'interpretazione: la Corte non ha il potere di imporre a nessuno una interpretazione piuttosto che un'altra". GUARINO A., *Le sentenze costituzionali manipolative*, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Padova, 1979, p. 353 e ss.

"La definizione sentenze interpretative sembra conservare una portata abbastanza vasta da racchiudere quasi tutte le sentenze anomale: in questa categoria infatti rientrano le interpretative di rigetto, quelle di accoglimento parziale, le additive, le sostitutive e simili. In tutte le pronunce di questo genere è infatti decisiva la considerazione che l'interpretazione (che è momento imprescindibile e dunque sempre presente in tutte le decisioni della Corte) svolge un ruolo essenziale e determinante. Non è più un semplice motivo, ma entra a far parte come momento costitutivo e condizionante del deciso, il quale avrebbe potuto essere opposto ove l'interpretazione avesse condotto a risultati differenti. Le sentenze interpretative non dovrebbero dunque essere portatrici di una innovazione in positivo dell'ordinamento ma solo di una interpretazione diversa da quella data dal giudice a quo, o di una interpretazione convergente, con unico risultato che la disposizione impugnata viene mantenuta in vita come tale, pur nella precisazione dei suoi esatti confini normativi. Quindi, la Corte non dichiara l'illegittimità di una disposizione ma soltanto di un suo significato, lasciando intatto il testo" Cfr. SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in Giurisprudenza costituzionale, 1981, p. 1685.

⁴⁴⁶ Il Problema dell'omissione si ricollega all'ammissibilità del principio della sovranità legislativa come libertà anche di non fare: tale sovranità risulta però limitata al cospetto di una Costituzione rigida la cui osservanza rimane affidata al controllo di costituzionalità sostanziale: "Di fronte alla necessità di attuazione di principi e norme costituzionali che richiedono un fare positivo dell'organo legiferante, la non sindacabilità dell'adempimento dell'obbligo non può essere contestata sulla base di rilievi quali la mancanza di mezzi di coercizione volti a piegare la volontà dell'organo stesso...", né, d'altra parte, vale l'affermata esigenza dell'*interpositio legislatoris*, da intendere come "inidoneità della statuizione costituzionale a farne derivare una vera e propria regola di condotta e quindi un imperativo specificamente formulabile a carico del legislatore, oppure dalla riserva di legge che accompagna la maggior parte delle disposizioni costituzionali e che dovrebbe precludere a qualsiasi altro organo di sostituirsi al legislatore nel processo di attuazione delle medesime...Sullo sfondo di tali obiezioni c'è ovviamente il richiamo al principio della separazione dei poteri fatto valere o quale eccezione a sé stante o quale loro implicito presupposto. Ma non sembra sia il caso di indugiare in una sua analitica confutazione, bastando far presente come non tale principio sia stato assunto dalla nostra Costituzione, bensì l'altro, in parte divergente dal primo, dei *check and balance*, che richiede il controllo reciproco fra loro dei supremi organi costituzionali e che trova una delle sue espressioni più tipiche nel sindacato di costituzionalità delle leggi: il che porta ad escludere la sussistenza di una gerarchia fra gli organi, in ragione della loro più o meno stretta connessione con una investitura popolare, tale da porre qualcuno di essi a riparo da controlli".

cfr. MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in Il Foro Italiano, 1970, p. 158.

nelle sentenze della Corte a carattere generale viene messo in risalto *quello che manca*⁴⁴⁷ nell'ordinamento statale dal punto di vista dei rimedi previsti dalla normativa interna vigente oggetto dello scrutinio; in un certo senso, anche in questo caso la possibilità di ricorrere contro un'omissione, dunque, rappresenta il presupposto per l'esercizio del ruolo normativo *positivo* (da intendersi non in senso stretto con riferimento all'esercizio effettivo di scelte politiche che spetterebbero al legislatore, ma,

⁴⁴⁷ In questi termini, analizzando uno dei casi pilota oggetto di studio, SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, cit. p. 429: "Furthermore, as putting forward by the ECtHR...this is obviously a fundamental omission in the law rather than a result of bad administration of the law".

Per quanto riguarda i sistemi interni, "il processo politico oltre alle tendenze virtuose può contenere anche tendenze devianti che possono essere utilmente corrette in sede diversa che non le riproduca. In questo senso si profila l'interposizione opportuna nel quadro costituzionale di poteri neutrali e nel caso appunto di una giurisdizione costituzionale la quale non è puramente contrapposta al processo politico parlamentare ma è di sostegno".

cfr. CERRI A., *Corso di giustizia costituzione plurale*, cit., p. 21.

In base alla elaborazione delle teorie sull'omissione all'interno dell'ordinamento costituzionale, nella sua iniziale configurazione, è possibile distinguere tra omissioni assolute e relative: nel primo caso il comportamento omissivo del legislatore si traduce nella totale mancanza di qualsivoglia disciplina attuativa di un disposto costituzionale, nel secondo, nella attuazione solo parziale e incompleta di esso.

Le omissioni relative, invece, si verificano nel caso di insufficiente estensione di una disciplina, e principalmente quando una posizione di vantaggio sia stata prevista dal legislatore a favore di una classe di situazioni o di soggetti meno ampia di quella che, per rispetto del principio di eguaglianza (ovvero di altre direttive costituzionali), deve essere considerata.

Questo tipo di omissioni non hanno ad oggetto la disposizione espressa – che non è (né può essere dichiarata) incostituzionale, giacché quel che è previsto costituisce comunque un inizio di attuazione della direttiva costituzionale – ma la incompletezza o l'insufficiente estensione dell'azione legislativa rispetto a quella che esige il parametro costituzionale.

cfr. MORTATI C., *Appunti per uno studio*, cit., p. 154.

Una ulteriore distinzione operata in dottrina è quella tra le omissioni definitive o specifiche e indefinite o generiche: nel primo caso assistiamo ad un rimprovero a carico del legislatore per non aver provveduto ad adottare una norma determinata, nel secondo l'omissione è indeterminata quando la disciplina individuata è caratterizzata da un certo grado di vaghezza, che non è soltanto semantica ma che consiste anche nel costringere l'interprete a ricorrere a parametri di incerta concretizzazione come, ad esempio, a concetti valutativi come quello della esigenza di una ragionevole perequazione.

E' possibile, inoltre, effettuare la contrapposizione tra omissioni determinate e indeterminate: nel primo caso, si postula la presenza di una sola soluzione costituzionalmente necessitata; nel secondo, la presenza di una molteplicità di soluzioni astrattamente idonee a ripianare la lacuna incostituzionale.

Tale contrapposizione è divenuta strumentale alla prassi della Corte costituzionale, quando ha cominciato a far uso di un nuovo tipo di pronunce additive, quelle denominate ormai comunemente "additive di principio" (che si analizzeranno *infra*) il cui dispositivo formulato in modo generico non aggiunge alla disposizione una norma precisa e determinata, bensì un principio come comune denominatore delle varie possibili soluzioni adeguatrici.

cfr. PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 124-125.

Secondo una ricostruzione ancora diversa, la pronuncia additiva non ha ad oggetto la "omissione-inattività", ma dichiara l'incostituzionalità del risultato di essa, vale a dire la "omissione-prodotto": "Occorre, in effetti, distinguere il comportamento omissivo dal suo risultato. Per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che descrive un determinato comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per un altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale. Il suo risultato si risolve nel difetto assoluto o parziale di una normativa applicativa del disposto costituzionale e, quindi, in una lacuna dell'ordinamento".

cfr. PICARDI N., *Le sentenze "integrative" della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, IV, p. 604.

La "omissione-prodotto", in quanto risultato dell'inerzia legislativa rispetto all'attuazione di una disposizione costituzionale recante indicazioni contenutistiche di massima, non è l'assenza di una qualsivoglia qualificazione giuridica di una determinata fattispecie, ma l'assenza di una qualificazione giuridica richiesta dalla Costituzione: "le lacune di cui si discorre in queste pagine sono assimilabili, piuttosto, alle cosiddette lacune assiologiche...di cui si lamenta l'assenza di una norma giusta, o costituzionalmente necessaria, non già l'assenza prima facie di una qualificazione normativa qualsiasi", in questo modo, PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, p. 133, citando, a proposito della lacuna assiologica, GUASTINI R., *Il Giudice e la legge*, Torino, 1995, pp. 168 e ss.

Di avviso differente chi sostiene che "la tesi dell'annullamento costituzionale di una lacuna legislativa, come non è persuasiva per le sentenze additive semplici, non lo è nemmeno per le sentenze additive di principio. Restiamo convinti, invece, che debba tenersi fermo quanto già da noi in passato prospetto a proposito delle sentenze additive semplici: e cioè che il giudizio di legittimità costituzionale può avere ad oggetto solo una norma, e mai una "non" norma. (...) ciò che viene dichiarato costituzionalmente illegittimo è appunto, la tacita *exclusio alterius* (...) La caducazione della norma di esclusione, da parte della Corte, fa sì che il principio generale possa riespandersi e comprendere nella sua regolamentazione la norma esclusa".

cfr. FALZEA P. *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino, 2005, 64 s.s.

Tale impostazione sembra fondarsi sul fatto che ogni disposizione giuridica ha in realtà un "contenuto precettivo complesso" in quanto è costituita da una "norma espressa" e da "una norma tacita": la prima è quella con cui il legislatore stabilisce, in modo esplicito, la volontà di disciplinare una fattispecie in un determinato modo, la seconda è invece da desumersi in via interpretativa attraverso "l'argomentazione a contrario", volta a negare ulteriori e diverse prescrizioni per la fattispecie considerata.

cfr. ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985, p. 302.

piuttosto, soltanto come *quid pluris* rispetto alla funzione puramente negativa prevista in Costituzione, che verrà meglio definito in seguito): mentre la similitudine in riferimento alla *pars costruens* della sentenza pare sostenibile (per quanto riguarda il contenuto delle misure generali⁴⁴⁸ nelle decisioni della Corte EDU che può essere accostato alle prescrizioni - di alcune - delle sentenze manipolative nei sistemi di giustizia costituzionale interni⁴⁴⁹) e verrà approfondita *infra*, altrettanto non può dirsi in riferimento alla *pars destruens*, dove le differenze con i sistemi di giustizia costituzionale - come già visto in precedenza - interni rimangono evidenti, essendo le sentenze della Corte EDU sprovviste di effetti ablatori, ai quali, invece a livello interno si riconnettono problematiche sconosciute ai giudici di Strasburgo e che richiedono valutazioni ulteriori ai giudici costituzionali.

Può sostenersi, a questo proposito, che per le sentenze di Strasburgo sia configurabile una funzione di legislatore negativo *in senso debole* poiché mancano del potere *cassatorio*: l'esercizio del *sindacato di legittimità convenzionale* deve limitarsi, infatti, a mettere in evidenza una incompatibilità tra la normativa interna e le norme della Convenzione senza alcuna possibilità di annullamento.

Torna utile, a questo proposito, la distinzione tra decisioni cassatorie e decisioni obbligatorie riscontrabile anche in alcuni ordinamenti interni: le sentenze di incompatibilità sarebbero obbligatorie nei confronti del legislatore in capo al quale fanno sorgere un dovere di riforma della normativa dichiarata (meramente) incostituzionale. Non sono invece dotate di efficacia caducatoria in quanto non

⁴⁴⁸ La logica alla base di tale tipo di interventi è analoga a quella delle sentenze interne provviste di una parte positiva: in entrambi i casi il legislatore deve cedere parte della sua discrezionalità di fronte a prescrizioni *costituzionali* che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela dei diritti posti come fondamentali; non fino al punto da comprimere il margine sul come adempiere ad essa, cioè attraverso la scelta dei modi ritenuti migliori per la sua soddisfazione purché non risultino tali da comprimere il contenuto minimo necessario e a non rendere puramente illusoria la soddisfazione dell'interesse protetto.

⁴⁴⁹ "In molte situazioni non è possibile "risolvere il caso" mediante il semplice annullamento di una norma legislativa, giudicata in contrasto con la Costituzione. Le esigenze di "giustizia costituzionale", cui la Corte deve dare risposte soddisfacenti per i cittadini, rendono insufficiente la qualificazione della Corte come "legislatore negativo", secondo il modello di Kelsen, che sta alle origini del controllo di costituzionalità in Europa. Ciò avviene quando la parte che solleva la questione in via incidentale ed il giudice che la ritiene rilevante e non manifestamente infondata hanno di mira un problema pratico, di affermazione della Costituzione in quel rapporto ed in tutti gli altri che si presentano negli stessi termini. Accertato che si è in presenza di una disposizione "lacunosa" e che la stessa non è integrabile con gli ordinari strumenti ermeneutici (interpretazione estensiva, analogia *legis* e *iuris*), preso atto che, per effetto di quella lacuna, è stato violato un diritto o un principio costituzionale, la Corte non si accontenta di svolgere una funzione di "legislatore negativo", ma pone essa stessa rimedio alla lacuna, tutte le volte in cui è possibile trovare la soluzione del problema direttamente nei principi costituzionali. In altre parole, un'interpretazione letterale dell'art. 136 - e quindi un'attenzione volta esclusivamente al riparto delle competenze tra legislatore e giudice costituzionale - porterebbe alla ineffettività di molte altre norme costituzionali, che non potrebbero trovare applicazione nei rapporti controversi".

SILVESTRI G., *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, Parigi, 16 aprile 2013.

dichiarano la nullità, né annullano, la disciplina impugnata, che rimane in vigore quand'anche la decisione ne sospenda l'applicazione⁴⁵⁰.

Le sentenze di mera incompatibilità⁴⁵¹ o di incostituzionalità accertata ma non dichiarata⁴⁵² sembrano presentare delle analogie con le cosiddette sentenze *pre-pilota* (in considerazione della possibilità di scindere il momento dell'accertamento della illegittimità da quello della dichiarazione della nullità) fermo restando le differenze dal punto di vista delle finalità: nel caso dei giudizi interni, infatti, l'obiettivo è quello di limitare l'impatto delle dichiarazioni di incostituzionalità proprio per evitare l'*horror vacui* e per questa ragione si è assistito nel tempo in vari ordinamenti alla creazione di

⁴⁵⁰ PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit. p. 31.

⁴⁵¹ “Con le sentenze di mera incompatibilità il BVerfG può tenere distinto il momento dell'accertamento della incostituzionalità della legge impugnata...dal momento della dichiarazione della sua nullità...così da dare tempo al legislatore di intervenire tanto al fine di operare le scelte di sua competenza”, cfr. PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit. p. 37.

⁴⁵² La medesima ratio ha ispirato il tribunale costituzionale spagnolo il quale ha elaborato nel tempo una serie di tecniche decisionali che gli consentono di circoscrivere l'impatto della dichiarazione di incostituzionalità sull'ordinato sviluppo del sistema normativo, con la finalità di adeguare gli strumenti a propria disposizione alle concrete esigenze di razionalizzazione dell'ordinamento, a dispetto di quanto previsto dall'art. 39 della ley organica n.2 del 3 ottobre del 1979 (legge organica sul tribunale costituzionale) laddove si dispone che “quando la sentenza dichiara la incostituzionalità, dichiara, altresì, la nullità dei precetti impugnati”, cfr. PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit., p. 41; sul punto cfr., inoltre, PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., pp. 110 e ss.; “Il tribunale con la sua sentenza 45/89 ha rivisto la sua precedente giurisprudenza in materia di effetti di incostituzionalità della legge, sia teorizzando il potere del giudice costituzionale di modulare gli effetti nel tempo pronuncia di nullità sia affermando la possibilità di dichiarare la incostituzionalità della legge senza pronunciarne contestualmente la nullità. si tratta di sentenze dichiarative della incostituzionalità ma non della nullità della disposizione impugnata; i cui peculiari effetti, peraltro, la giurisprudenza e la dottrina non hanno ancora precisato in termini univoci”, in PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit., p. 42, n. 120.

strumenti idonei alla razionalizzazione degli effetti delle decisioni attraverso una graduazione dell'impatto che uscisse dalla dicotomia secca accoglimento- rigetto⁴⁵³.

L'analogia dal punto di vista degli effetti con le sentenze pre-pilota, può darsi solamente in relazione al legislatore come destinatario della decisione (visto che la dichiarazione di illegittimità convenzionale non produce effetti disapplicativi all'interno dell'ordinamento che devono essere seguiti dagli altri soggetti istituzionali, organi amministrativi e giurisdizionali: al contrario, invece, proprio di quanto accade nel sistema di giustizia tedesco con le sentenze che dichiarano la incompatibilità costituzionale, che producono in capo ai giudici comuni un blocco di applicazione ed un obbligo di sospensione della disciplina giudicata incompatibile con il dettato costituzionale, tanto in relazione al caso concreto che ha dato origine al giudizio della Corte, quanto in relazione agli altri casi pendenti in cui si debba fare applicazione della

⁴⁵³ Per quanto riguarda il sistema di giustizia costituzionale italiano, con riferimento agli effetti dell'annullamento di una norma costituzionale e ai relativi aspetti problematici connessi al vuoto normativo, alla insufficienza della rigida alternativa tra rigetto e accoglimento e al rischio della successiva inerzia del legislatore come ragioni alla base dell'esercizio del ruolo di legislatore positivo da parte dei giudici costituzionali si veda quanto sostenuto da Pinardi: "l'atteggiamento nei confronti dell'*horror vacui* risponde a bisogni di ordine pragmatico e che tali bisogni, del resto, sono generalmente avvertiti pur con varia intensità anche all'interno di sistemi di giustizia costituzionale molto diversi dal quello italiano, tanto da potersi parlare di esigenza naturale che appare strettamente legate alla decisioni di carattere caducatorio con cui può concludersi il controllo di costituzionalità..."; la preoccupazione dei giudici, invero, è legata al fatto che "ad una pronuncia meramente caducatoria subentrerebbe una disciplina della materia ancora più lontana dai parametri costituzionali invocati...".

La questione non pare tanto, dunque, l'accertamento del *vulnus* costituzionale, cioè l'esistenza di un contrasto attuale tra la Costituzione e la norma impugnata, quanto il diverso ed ulteriore problema di stabilire se, nonostante tale accertamento, sia opportuno o meno procedere all'annullamento della disciplina, allo scopo di pervenire alla migliore reintegrazione possibile dell'ordinamento costituzionale.

E' a tale scopo che vengono "determinati i diversi gradi di illegittimità alternativamente prospettabili a seguito del mantenimento o viceversa dell'eliminazione della disciplina impugnata: si nota come risulti particolarmente complesso l'accertamento del grado di incostituzionalità di una normativa in considerazione delle previsioni che il giudice deve fare su quello che sarà l'atteggiamento degli altri attori istituzionali a cui spetta dare attuazione al dictum della corte costituzionale a fronte dell'eliminazione (non ancora avvenuta) della disciplina della disciplina sottoposta al giudizio di costituzionalità... Naturalmente non intendo affatto sostenere, dunque, che qualsivoglia strategia escogitata dai giudici della Consulta al fine di preservare ordinamento dal verificarsi di pericolose lacune sia di per se stessa giustificabile senza remore o discussioni in nome di una sorta di pragmatismo necessario (teso ad evitare situazioni di maggiore incostituzionalità con l'*horror vacui*) tanto da assorbire l'effettività del giudizio delle leggi, se è vero che questo rappresenta, come appare indubitabile, uno dei cardini del vigente sistema costituzionale...".

In presenza di una lacuna reale determinata dall'accoglimento della questione, non facilmente colmabile in tempi brevi a causa della tradizionale inerzia del legislatore, "la rigida alternativa tra accoglimento e rigetto si è rivelata insufficiente allo scopo di reintegrare adeguatamente l'ordinamento violato, (così che la Corte si è adoperata con) mezzi alternativi - con un atteggiamento, pertanto, che testimonia, se considerato nel suo complesso, una sostanziale debolezza (e non forza, come potrebbe apparire a prima vista) dell'organo di giustizia costituzionale, il quale confessa, in tal modo, la propria incapacità di ottenere un seguito alle proprie decisioni tramite pronunce più drastiche..."; mezzi alternativi che paiono ben adattarsi al contesto della formulazione delle disposizioni costituzionali "caratterizzate da molteplici enunciazioni di principio e programmatiche che apre inevitabilmente la strada ad un ruolo marcatamente creativo e dunque politico della Corte"; è, dunque, la nostra Costituzione con le sue caratteristiche ab origine a rifiutare l'alternativa secca di matrice kelseniana: "è noto al riguardo il pensiero di Kelsen che, coerentemente con la sua visione liberale dello Stato, del diritto e dunque della giustizia costituzionale, avvertiva con forza il pericolo che può derivare da una formulazione in termini eccessivamente generici delle norme costituzionali che la Corte è chiamata ad applicare, potendo realizzarsi, per tale via, uno spostamento di potere dal Parlamento ad altro organo ad esso estraneo".

cfr. PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52, 54, 55, 56, 65, 67.

Come già evidenziato in precedenza, la estraneità di tali problematiche al sistema Strasburgo da un lato, e la particolare vastità del tema dall'altro, non richiedono né consentono una trattazione approfondita della questione in questa sede.

normativa censurata): una volta accertata la incostituzionalità, infatti, differendo gli effetti legati alla dichiarazione di nullità, si dà il tempo al legislatore di intervenire “tanto al fine di operare le scelte legislative di sua competenza, quanto di porre una disciplina dei rapporti pregressi”⁴⁵⁴: in questo sembrano ricalcare la *ratio* dei primi interventi della Corte EDU a carattere generale, i quali riscontrando una incompatibilità della normativa interna con la Convenzione, si rivolgevano alle autorità interne (nella sostanza, al legislatore) affinché ponessero fine alla discrasia, facendo ampio uso della propria discrezionalità, considerato che tali decisioni non aggiungevano in modo esplicito il riferimento ad alcuna misura rimediale, come avverrà, invece, nella prassi successiva⁴⁵⁵.

8.6 Le sentenze additive tradizionali

Le pronunce che maggiormente interessano in questa sede per verificare l'esistenza delle similitudini con le decisioni della Corte oggetto dello studio sono, dunque, quelle che, connotate da una portata ricostruttiva ulteriore, consentono di ragionare oltre i confini della alternativa secca tra accoglimento e rigetto e sul ruolo normativo positivo della Corte costituzionale: si affronterà in un primo momento il modello decisorio delle additive tradizionali, che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana a partire dagli anni sessanta.

Le sentenze additive tradizionali rientrano nell'ambito delle sentenze di accoglimento, facendo parte di quel novero di strumenti manipolativi creati nel tempo, come detto, per evitare gli effetti dell'*horror vacui*, e che in definitiva rispondono alla medesima logica

⁴⁵⁴ Cfr. CERVATI A., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in Quaderni costituzionali, 1989, p. 271.

⁴⁵⁵ Non pare prospettabile, al contrario, una similitudine tra le sentenze pre-pilota e il monito delle sentenze di mera incompatibilità dell'ordinamento italiano che sono sentenze di rigetto (presenti anch'esse in vari sistemi interni), in considerazione della presenza di una pluralità di soluzioni possibili costituzionalmente compatibili: ad un accertamento di incostituzionalità presente nella motivazione, non segue un dispositivo sulla illegittimità della legge, rigettando una questione che nella parte della motivazione sembrava accolta. Al contrario, le sentenze pre-pilota, pur non contenendo nel dispositivo alcun riferimento alla portata generale della valutazione sulla compatibilità, rimangono pur sempre, proprio guardando al dispositivo, sentenze di accoglimento, seppur in relazione al caso concreto, dichiarando l'illecito e obbligando lo Stato alla esecuzione di cui all'art. 46.

Tale similitudine è da escludere, inoltre, in ragione della riscontrabilità di decisioni monito anche nella prassi della Corte EDU: se è vero che non si può avvicinare i moniti a delle semplici raccomandazioni ad esortazioni di carattere politico, dato che s'inseriscono pur sempre nell'ambito dell'esercizio di un potere giurisdizionale quanto, piuttosto, a delle direttive la cui capacità di indirizzare il comportamento degli Stati riposa sulla possibilità che la Corte sia chiamata a pronunciarsi di nuovo su una certa questione e sul rischio per lo Stato che non vi si attenga di subire una sentenza di segno opposto, è vero anche che non dichiarando l'illecito, dunque, non dispiegano alcun effetto vincolante a carico dello Stato ex art. 46, sottoponendolo al successivo controllo del comitato dei Ministri.

Sulle sentenze monito della Corte EDU, cfr. STARITA M., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, cit., pp. 118 e ss.

delle altre decisioni di illegittimità costituzionale, nella misura in cui tanto le une quanto le altre sono mosse unicamente dal raffronto tra la disposizione di legge e la Costituzione.

Ne discende che, anche quando la Corte procede alla manipolazione di una disposizione, lo fa esclusivamente perché a ciò costretta al fine di rendere la disposizione conforme alla Costituzione: e lo fa, nel caso delle additive tradizionali, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma nella parte in cui non dice qualcosa, ossia non contiene una ulteriore prescrizione che non c'è, ma deve necessariamente esserci, secondo la Costituzione⁴⁵⁶.

Ma non solo: per porre rimedio a tale illegittima omissione del legislatore (ed evitare il vuoto normativo nelle more dell'attivazione dell'organo deliberativo) giunge fino a modificare il testo normativo, allo scopo di renderlo conforme ai precetti costituzionali: questo avviene, in estrema sintesi, mediante l'individuazione e l'aggiunta nel dispositivo di una specifica previsione normativa la cui mancanza rende incostituzionale la disposizione impugnata⁴⁵⁷.

Ciò che parrebbe connotare le sentenze additive, dunque, è la tendenza a sottrarsi alla logica giurisdizionale entrando in quella propria della attività legislativa, sostituendosi all'organo rappresentativo della volontà popolare nelle scelte di tipo politico che gli competono, "colpevole" di aver esercitato la propria funzione in una materia determinata in modo parziale o incompleto, e "sospettato" di futura inattività normativa costituzionalmente compatibile, a fronte di una inerzia storicamente dimostrata nel non dare seguito alle pronunce di illegittimità⁴⁵⁸.

In una logica *creativa* di quello che manca, attraverso l'aggiunta di una specifica previsione normativa la cui carenza rende incostituzionale la disposizione impugnata, la Corte si fa portatrice di un proprio indirizzo politico costituzionalmente necessitato e

456 SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., p.1689.

457 Secondo un approccio riduttivo sugli effetti dell'addizione, si sostiene che nelle decisioni additive occorra distinguere l'aspetto ablativo – la dichiarazione di incostituzionalità che elimina l'ostacolo alla ricomposizione dell'ordinamento in modo conforme alla Costituzione – dall'aspetto "ricostruttivo", riguardante la determinazione della norma nuova, sostituiva di quella eliminata. Soltanto la *pars destruens*, però, sarebbe dotata di valore *erga omnes*, mentre la *pars construens* avrebbe effetti unicamente persuasivi, la sua portata essendo circoscritta, semmai, alla risoluzione del giudizio a quo. Cfr. PICARDI N., *Le sentenze "integrative" della Corte Costituzionale*, cit., p. 611.

458 In questo senso, si veda RODOTÀ S., *La Corte e la politica, l'organizzazione sociale*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di) *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 497 e ss.

non ritiene di dover tenere conto *delle forze politiche in grado di condizionarne l'azione*⁴⁵⁹.

Ad estrema difesa del carattere giurisdizionale delle sentenze additive è la dottrina delle “rime obbligate” di Crisafulli⁴⁶⁰: ciò che la Corte aggiunge non è da essa stessa creato, ma in qualche modo già presente nell’ordinamento legislativo e/o costituzionale; la Corte, dunque, si limita a tradurre in regola espressa – a dichiarare – quello che, in potenza, è già previsto, riconducendo tale tipo di interventi nella logica aggregativa⁴⁶¹ e non puramente creativa, facendo salve le prerogative del legislatore e scongiurando il rischio dello sconfinamento di potere.

Secondo l’autorevole autore, dunque, “non è corretto ritenere che con le pronunce di tipo additivo la Corte finisca per esercitare una funzione legislativa, che non le spetta, sostituendosi agli organi a questa costituzionalmente preposti....giacché non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita ad individuare quella - già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione - mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa”: la condizione per l’utilizzo dello strumento decisorio in oggetto è che la rima - il frammento normativo aggiunto - si ponga come costituzionalmente obbligata ed unica soluzione possibile: solo in questo modo è possibile evitare l’indebita intromissione nell’ambito delle scelte riservate al potere legislativo”⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cfr. IANNUCILLI L., *L’omissione “storica” del legislatore repubblicano e il ruolo della Corte Costituzionale*, in Problemi dell’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale, Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008, p. 5.

Sulla medesima questione, Silvestri: “lo scopo pratico di queste sentenze è chiaro e consiste nel correggere l’ordinamento nel senso più conforme alla Costituzione: quello che non convince in queste sentenze è il rovesciamento della funzione garantista della Corte che rifiuta il compito di eliminare puramente e semplicemente i testi normativi illegittimi ma rivendica a sé il potere di individuare la norma legittima; dunque il carattere meramente negativo del controllo di costituzionalità viene implicitamente negato anche se mai fondamentalmente contraddetto. Infatti la Corte, nell’aggiungere un *quid novi* nell’ordinamento, in sostanza, esercita una attività di produzione normativa quale risultato di una integrazione interpretativa del testo legislativo sottoposto a controllo, che ha come fine la trasformazione di un disposto legislativo da illegittimo che era in legittimo: la Corte procede dunque all’integrazione del testo medesimo con una prescrizione normativa”.

cfr. SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., p. 1692.

⁴⁶⁰ CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1961, pp. 402 e ss.

⁴⁶¹ “Utilizzando la distinzione fra disposizione e norma per manipolare i contenuti normativi dei testi legislativi, il Giudice delle leggi sembra non voler rinunciare ad un ruolo *lato sensu* giurisdizionale, giacché procedere per aggregazione o disaggregazione di significati rispetto al testo scritto senza mutarlo, appartiene alla logica (aggregativa) che è propria dell’attività dei giudici.”, cfr. IANNUCILLI L., *L’omissione “storica” del legislatore repubblicano e il ruolo della Corte costituzionale*, cit., p. 7.

⁴⁶² Alla configurazione delle additive come decisioni a “rime obbligate” vengono mosse, nondimeno, varie obiezioni.

8.7 Le sentenze additive di principio

Il limite che si impone ai giudici della Corte nel ricorso alla sentenze additive tradizionale è, dunque, quello del doveroso rispetto della discrezionalità legislativa a fronte di più addizioni possibili (e costituzionalmente consentite)⁴⁶³: in questi casi la Corte non è legittimata a scegliere, costretta dunque ad arrestarsi *nell'opera di ricucitura della coerenza dell'ordinamento giuridico*⁴⁶⁴; in tutti i casi in cui erano previste varie opzioni ricostruttive, dunque, l'unica soluzione per la Corte era dichiarare, a seconda dei casi, l'inammissibilità della questione o emanare una sentenza di rigetto.

Proprio nell'ottica della necessità di affermare in ogni caso il principio di costituzionalità, che facesse salve comunque le prerogative degli organi politici, nella giurisprudenza costituzionale – a partire dalla seconda metà degli anni ottanta – sono emerse decisioni di tipo nuovo, per lo più definite come *additive di principio*⁴⁶⁵: alle sentenze autoapplicative viene aggiunto un nuovo modello utilizzando la stessa tecnica decisionale (che si può ritrovare in dottrina anche sotto il nome di sentenze *dichiarative o additive a dispositivo generico*⁴⁶⁶).

Anche in questo caso viene in rilievo un dispositivo di accoglimento dai connotati particolari: come per le sentenze esaminate in precedenza, si tratta, non già di un accoglimento secco, ma di un accoglimento che intende avere anche una portata ricostruttiva dell'ordinamento costituzionale e che non consiste, però, nell'introduzione di una regola compiuta immediatamente applicabile, di un rimedio specifico capace tendenzialmente di eliminare autonomamente e definitivamente l'incostituzionalità, ma

⁴⁶³ Questa tesi è alla base della “massima”, più volte rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale, con cui la Corte, enunciando la propria “dottrina”, suole giustificare e al tempo stesso limitare la possibilità di adottare pronunce additive: “... una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà procede ad una estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore”. O, in termini più sintetici, “le pronunce additive ... sono consentite solamente quando la questione si presenti a rime obbligate, cioè quando la soluzione sia logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo”.

⁴⁶⁴ BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, cit. p. 51.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 51. Si faccia riferimento alla giurisprudenza citata in PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., pp. 73 e ss.

⁴⁶⁶ Mentre le additive tradizionali si basano sulla premessa che l'innesto normativo operato dalla Corte rappresenti l'unica via di superamento dell'incostituzionalità, le pronunce additive caratterizzate da dispositivi generici si basano sulla premessa, esplicitata in motivazione, dell'assenza di una soluzione a rime obbligate e della infungibilità dell'intervento del legislatore (su questo secondo aspetto, *infra*); cfr. PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 167.

nella “immissione soltanto di un principio generalissimo, visto a torto o a ragione come l’unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema”⁴⁶⁷.

Facendo riferimento alle teorie sulle omissioni (a cui si è fatto brevemente riferimento, *supra*, nota n. 125), la distinzione fra additive tradizionali e additive di principio discende da un diverso carattere della lacuna che, nei due casi, viene rimproverata al legislatore: a quelle determinate e specifiche – e dunque alla mancanza di una norma legislativa precisa – si fa corrispondere la possibilità per la Corte di adottare le pronunce additive tradizionali.

Alle omissioni indeterminate e generiche – e, dunque, all’inosservanza di un dovere non traducibile in una norma precisa o in un’unica norma, ma descrivibile solo in termini vaghi e imprecisi – si fa corrispondere l’adozione delle additive di principio (o a dispositivo generico), le quali censurano omissioni del legislatore non definite e individuate in modo specifico, ovvero l’omessa adozione di una delle molteplici misure ricostruttive astrattamente idonee a ripianare la lacuna incostituzionale.

Nella impossibilità di trovare una soluzione a rime obbligate, la scelta di tale modello consente, dunque, alla Corte sia di evitare di rassegnarsi all’impotenza di fronte ad una acclarata situazione di incostituzionalità (e di abdicare al suo ruolo di custode della Costituzione di fronte ad una legge certamente incostituzionale), sia di produrre effetti drasticamente demolitori attraverso l’annullamento puro e semplice⁴⁶⁸.

Allo stesso tempo, questo modello consente una piena separazione dei ruoli tra il giudice costituzionale e il legislatore⁴⁶⁹: il primo con l’assunzione della necessaria decisione nel merito, che è di accoglimento additivo, il secondo con la configurazione della normazione consequenziale, concretizzatrice del principio aggiunto, previa le necessarie ponderazioni e opzioni politiche, comprese, quelle concernenti i modi di

⁴⁶⁷ “Il dispositivo è formulato in modo assai singolare. Apparentemente si tratta di una additiva tradizionale, ma l’addizione consiste non in una regola (come avveniva di norma) ma in qualcosa che la Corte stessa definirà un principio...un meccanismo quale che esso sia (purché idoneo allo scopo), non uno specifico meccanismo indicato dalla Corte stessa. Questo carattere aperto dell’indicazione era, nella motivazione, rivolto a consentire l’intervento del legislatore, invocato con una formula consueta: *compete al legislatore*”. Cfr., ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della corte costituzionale e l’art. 81 u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, 1993, p. 143.

⁴⁶⁸ PINARDI R., *L’Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, cit. p. 106.

⁴⁶⁹ O, ancora più chiaramente, riprendendo quanto sostenuto da Zagrebelsky, potremmo parlare di “principio di esclusività nella tutela negativo-impeditivi della costituzionalità e di concorrenza (con gli altri soggetti istituzionali) nella tutela positivo-promozionale della costituzionalità”, cfr. ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 117.

reperimento delle fonti di copertura delle spese che eventualmente si producano nel bilancio pubblico⁴⁷⁰.

Inoltre, la sentenza additiva di principio può essere utilizzata non solo quando le rime non siano obbligate ma anche soltanto ad evitare molte questioni analoghe e parallele: si tratta di un utilizzo finalizzato ad eliminare la cosiddetta micro-conflittualità costituzionale⁴⁷¹.

8.8 L'efficacia vincolante della parte ricostruttiva della sentenza additiva di principio

In riferimento al tipo di effetti da riconoscere alla *pars construens* delle sentenze in oggetto possiamo riferirci, in via di prima approssimazione, a due posizioni contrapposte che si sono confrontate in dottrina: la prima, tesa a negare la possibilità di ricondurre a tali decisioni la produzione di effetti giuridici, potendosi riconoscere al principio enunciato dalla Corte una efficacia soltanto persuasiva; la seconda che, all'opposto, fa discendere dal principio ricavabile dal dispositivo effetti giuridici vincolanti, certamente per il legislatore nel momento in cui darà seguito alla decisione (e, a determinate condizioni, anche per il giudice comune): le additive di principio, al pari delle additive tradizionali, producono l'annullamento della norma impugnata così com'è, che diviene inapplicabile, ed introducono un *quid novi* che, nel caso, è soltanto un principio e non una regola, ma che è caratterizzata comunque dalla vincolatività⁴⁷².

La questione più delicata in relazione all'utilizzo della tecnica decisoria qui considerata è legata al ruolo del giudice comune nella fase attuativa: a questa "addizione di un principio" può, infatti, non fare seguito un adeguato intervento legislativo, con la conseguenza "che l'operatore del diritto (*in primis*, il giudice comune) si trova di fronte all'impossibilità di applicare una norma contraria ad un principio enucleato dalla sentenza della Corte, ed, al contempo, alla difficoltà di enucleare dal principio anzidetto una regola utilizzabile nel caso sottoposto al suo esame"⁴⁷³.

⁴⁷⁰ ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 2, p. 3216 e ss.

⁴⁷¹ cfr. CERRI A., *Corso di giustizia costituzione plurale*, cit., p. 272 (in questa accezione deflativa della funzione la si può agevolmente accomunare alle sentenze pilota per quanto analizzato nella prima parte del lavoro).

⁴⁷² Cfr. ANZON A., *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 1789.

⁴⁷³ SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit.

Dunque, è dubbio se la portata del principio debba essere riempita solo dal legislatore o possa attivare un potere-dovere in capo ai giudici comuni, consentendo loro di conferire un seguito giurisprudenziale immediato, certamente più problematico rispetto a quello delle additive comuni, in ragione della pluralità di possibili ricostruzioni, per dare seguito al principio: sulla questione è stata la stessa Corte a prendere posizione attraverso alcune decisioni con le quali indicare un orientamento⁴⁷⁴ che sembra mirare a raggiungere contemporaneamente tre risultati apparentemente inconciliabili: “la dichiarazione di incostituzionalità della legge per quel che non dice e dovrebbe dire; il rispetto pieno della discrezionalità del legislatore; la garanzia giurisdizionale, immediata e indipendente dall’intervento del legislatore, dei diritti costituzionalmente lesi dall’omissione legislativa”⁴⁷⁵.

Tale soluzione non si presterebbe, però, ad un utilizzo generalizzato: le esigenze dello Stato costituzionale trovano un limite non superabile nelle materie coperte da riserva di legge⁴⁷⁶.

A giudizio di alcuni commentatori, invece, è il grado di determinatezza del principio a regolare i rapporti tra la Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato e ad incidere, dunque, sulla possibilità di concretizzazione giurisprudenziale: “il dialogo trilatero assume forme diverse a seconda del tipo di principio che la Corte deduce... giacché al decrescere di essa si rende indefettibile, nella prospettiva applicativa, l’opera del

⁴⁷⁴ Nella sentenza n. 295/91, la Corte costituzionale da un lato riconosce l’esclusiva competenza del legislatore a disciplinare la materia in via di normazione astratta, ma dall’altro ammette, ed anzi, richiede, che il giudice faccia riferimento al principio indicato dalla sentenza a dispositivo generico “in via di individuazione della regola del caso concreto”: l’affermazione dell’esclusiva competenza del legislatore ad introdurre il congegno normativo mancante non impedisce alla Corte di precisare che *medio tempore* i giudici comuni possono comunque utilizzare i principi enunciati nella motivazione per colmare la lacuna (la Corte usa un’altra espressione: “porre frattanto rimedio all’omissione”).

cfr. PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 84.

“Le decisioni chiave sono la n. 497/88 e n. 295/91: esse si inseriscono nell’orientamento, costituendone un perfezionamento, rivolto ad accogliere le questioni di costituzionalità ed ad annullare le leggi incostituzionali anche quando da ciò possa conseguire l’apertura di una questione “legislativa” nella quale possa trovare spazio la discrezionalità del legislatore... analiticamente la posizione della corte risulta da questi elementi: a) l’affermazione ribadita che la legge incostituzionale ha da essere dichiarata incostituzionale, indipendentemente dal fatto che tale necessità comporti la necessità di una integrazione dell’ordinamento; b) l’appello al legislatore, affinché esso si adoperi per l’emanazione di una nuova legge che colmi in modo espresso la lacuna; c) l’affermazione che in ogni caso indipendentemente dall’intervento del legislatore spetta (come potere - dovere) alla giurisdizione comune ricercare, in riferimento al principio costituzionale di diritto che la corte stessa ha posto a base della dichiarazione di incostituzionalità, la via concreta per definire i giudizi nei quali non può più essere applicata la legge dichiarata incostituzionale. L’aspetto veramente e audacemente innovativo sta in queste ultime affermazioni”

cfr. ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 142.

⁴⁷⁵ ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 146.

⁴⁷⁶ “Alla stregua delle proposizioni precedenti, la riserva di legge sta ad indicare la necessaria preesistenza di una regola legislativa e l’attribuzione al legislatore di un compito insostituibile nell’attuazione della Costituzione. In tal caso ma solo in esso, l’assenza di regole legislative impedisce al giudice di porre la sua regola concreta, concretizzatrice dei principi costituzionali. Posta questa limitazione generale, occorrerebbe ora identificare il campo in cui le decisioni della Corte costituzionale additive di principi possono operare pienamente”.

cfr. ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 150.

legislatore, sostituibile, invece, allorché le indicazioni della Corte offrano ai giudici comuni una base sufficiente su cui innestare la loro attività ermeneutica⁴⁷⁷: in questi casi la Corte individua un principio sufficientemente preciso, da attuare nell'immediato al posto della disciplina annullata, sino al futuro ed auspicato intervento da parte degli organi legislativi.

Nelle ipotesi in cui, invece, si limita ad indicare un principio generico ed indeterminato o ancora indeterminabile in via di corretta attuazione giurisprudenziale ne deriva in materia l'infungibilità dell'operato del legislatore, data la irreperibilità della regola per il caso concreto che possa guidare i giudici in sede di immediata integrazione del diritto lacunoso⁴⁷⁸; la giurisprudenza della Corte, soprattutto della prima metà degli anni novanta, non manca di esempi di decisioni additive di principio la cui caratteristica è quella di rivolgersi primariamente al legislatore, unico soggetto istituzionalmente in grado di corrispondere alle indicazioni contenute nella sentenza⁴⁷⁹.

In relazione agli effetti di dispositivi del genere, caratterizzati da un grado di determinatezza non sufficiente per la concretizzazione *medio tempore* da parte del giudice comune, alcuni autori dal punto di vista dell'efficacia le accostano alle sentenze di mera incompatibilità dal Tribunale tedesco, poiché non produrrebbero alcun effetto immediato, “essendo la loro applicazione rimessa soltanto al futuro intervento del legislatore; questi tipi di sentenza costituirebbero perciò soltanto una delle nuove tecniche di differimento nel futuro degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità”⁴⁸⁰.

Secondo altro orientamento riduttivo in riferimento alla vincolatività degli effetti della sentenza additiva di principio, dalla infungibilità dell'intervento del legislatore deriverebbe un mero invito, un monito leggermente più incisivo di quello contenuto in sentenze di rigetto o inammissibilità per “discrezionalità del legislatore”, giusto perché contenuto in sentenza di accoglimento, ma il rafforzamento del monito non andrebbe enfatizzato: “non si vede quali differenze di effetti giuridici siano riscontrabili tra una

⁴⁷⁷ BELLOCCI M, PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 55.

⁴⁷⁸ PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit. p. 127.

⁴⁷⁹ BELLOCCI M, PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 55.

⁴⁸⁰ PALADIN L., *Considerazioni preliminari* in AA. VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, p. 15.

decisione di inammissibilità...ed una decisione di accoglimento, la cui attuazione rimane interamente demandata al legislatore”⁴⁸¹.

In base a questa impostazione, tali sentenze di accoglimento si limitano a dichiarare costituzionalmente illegittimo il mancato esercizio della funzione legislativa ed il principio affermato è rilevante soltanto nella prospettiva della futura produzione legislativa, ma senza produrre alcun effetto vincolante: a maggior ragione, per il giudice comune, data l’insistenza con la quale la Corte afferma “la spettanza del potere di determinare la nuova disciplina alla discrezionalità del legislatore”⁴⁸².

Ad avviso di altri commentatori, che esprimono anche loro un certo scetticismo nei confronti della capacità vincolante del principio, è opportuno riconoscere alle sentenze di accoglimento a dispositivo generico solamente “un effetto additivo di principio in senso debole”, ma per motivi differenti da quelli esposti fino a qui: il grado di indeterminazione non rappresenterebbe una pregiudiziale dell’intervento del giudice in sede di reperimento della regola del caso concreto né, dunque, una discriminante dal punto di vista degli effetti; riconoscendo efficacia vincolante solamente alla parte ablatoria o caducatoria della decisione, infatti, in questa prospettiva poco rileva se la parte ricostruttiva contenga una regola precisa o un principio indeterminato, assumendo entrambe la funzione di raccomandazione o suggerimento autorevole che nulla aggiungono dal punto di vista dell’efficacia vincolante sugli organi di attuazione, vincolati solo nella parte che decide dell’annullamento della disciplina impugnata, “la cui lacuna deve essere colmata attraverso il ricorso ai consueti criteri di integrazione”⁴⁸³, rappresentando il principio enunciato “un mero invito dalla efficacia meramente persuasiva” ai giudici per il reperimento di una disciplina *medio tempore*.

Su posizioni contrapposte, troviamo la dottrina che, rigettando la posizione del valore meramente orientativo del principio formulato nelle sentenze in oggetto, riconosce alla

⁴⁸¹ PIZZORUSSO A., *Corte costituzionale: un nuovo “tipo” di sentenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 1993, p. 773.

⁴⁸² PIZZORUSSO A., *Corte costituzionale: un nuovo “tipo” di sentenza?*, *cit.*, p. 774

⁴⁸³ SALERNO G.M., *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, 1, pp. 779 e ss.

sentenza additiva a dispositivo generico non autoapplicativa (di principio)⁴⁸⁴ la capacità di produrre effetti obbligatori in capo al legislatore in base a due principali argomentazioni.

In primo luogo, non si può non riconoscere il valore vincolante nei confronti del legislatore (e, dunque, non è ipotizzabile una riduzione a natura sostanzialmente monitoria della decisione) laddove enuncia un “principio di diritto costituzionale vigente”: tale posizione fa derivare l’efficacia della parte positiva della decisione dal potere di interpretazione autentica del dettato costituzionale riservato al giudice delle leggi, depositario di una sorta di monopolio interpretativo⁴⁸⁵.

In secondo luogo, la vincolatività dipende dalla natura della decisione in oggetto che è in ogni caso una decisione di accoglimento: tale precettività immediata consente di differenziare le additive di principio dalle suddette monitorie “e in particolare da quelle di rigetto precario con monito ultimativo (...) tali pronunce lasciano sussistere immutata la norma impugnata e non pongono alcuna modifica nel senso di un nuovo principio. Per questa medesima caratteristica, il modello della additiva di principio non potrebbe neppure assimilarsi alla sentenza di incompatibilità del Tribunale tedesco, la quale non avendo alcuna portata additiva, lascia anch’essa invariata la norma originaria, provocandone o meno la inapplicabilità”⁴⁸⁶.

In conclusione, le sentenze in esame postulano *una attitudine creativa* della giurisprudenza che le consente di non arrestarsi di fronte alla mancanza di regola legislativa, quando è in questione l’effettività di un diritto costituzionale.

La circostanza che nel dispositivo si affermi un “principio”, pur generico, piuttosto che una regola precisa, non consente in nessun caso di derubricare tali decisioni a semplice “espressione di un orientamento di politica del diritto, che può trovare realizzazione a condizione che si trasformi in diritto positivo ad opera di regola legislativa - espressa o

⁴⁸⁴ “Una ipotesi assimilabile alla pronuncia di incostituzionalità a dispositivo generico caratterizzata dalla indeterminatezza è quella in cui l’addizione, apparentemente precisa, preveda in realtà l’attivazione di istituti suscettibili di essere variamente congegnati. Si pensi alla storica sentenza n. 202 del 1976 che nel dichiarare (lettera a) del dispositivo) l’incostituzionalità della legge n. 103 del 1975, nella parte in cui non consentiva “l’installazione e l’esercizio di impianti di diffusione radiofonica e televisiva via etere di portata non eccedente l’ambito locale” rinviava alla motivazione per l’indicazione delle linee fondamentali di una disciplina autorizzatoria - di cui il legislatore doveva farsi carico- che risultava pur sempre passibile di differenti realizzazioni”.
cfr. PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 252

⁴⁸⁵ Indirizzo seguito in modo tutt’altro che univoco, cfr. ZAGREBELSKY G., id., p. 187-188.

⁴⁸⁶ ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., p. 3210.

implicita - conforme. E' invece diritto vigente, capace di valere per forza propria, in quanto derivante dalla Costituzione⁴⁸⁷.

Per quanto riguarda gli effetti verso il legislatore, in particolare, si potrebbe ancora precisare che queste additive pur non potendo (al pari delle altre decisioni della Corte) costringerlo ad attivarsi, e pur lasciandogli un certo margine di scelta in riferimento alle concrete modalità di attuazione, producono a suo carico un *obbligo positivo* (di natura giuridica e non meramente politica), nel senso di imporgli, una volta che decida di intervenire, di disegnare una disciplina che contempra e svolga il principio aggiunto, e non lo prenda soltanto come un invito, seppur autorevole: il legislatore, infatti non potrebbe disattendere l'indicazione della Corte poiché altrimenti - trattandosi di una indicazione contenuta in una pronuncia di accoglimento - violerebbe il precetto della efficacia vincolante immediata e generale di cui art. 136 della Costituzione: partendo da queste premesse, risulta evidente la differenza tra le additive di principio e "i moniti di contenuto analogo formulati con dispositivi di rigetto o inammissibilità, i quali, hanno soltanto valore persuasivo"⁴⁸⁸.

Dalla modesta efficacia dei rimedi contro l'inerzia del legislatore⁴⁸⁹, non può farsi, dunque, discendere una *deminutio* dell'obbligo a suo carico: secondo Ruggeri non è ammissibile, infatti, confondere il piano della sanzionabilità, che può pure accidentalmente far difetto, col piano della obbligatorietà del comportamento, "che va invece negata o affermata muovendo dal sistema nel suo complesso (e dalle esigenze di funzionamento che ne stanno alla base)".

Specie per quanto riguarda le cosiddette additive a dispositivo generico caratterizzate dalla infungibilità dell'intervento legislativo per una serie di motivi (in considerazione della complessità della materia considerata, della mancanza del requisito della autoapplicatività in considerazione di lacune non colmabili dal giudice costituzionale e da quello comune, dei problemi derivanti dalla copertura finanziaria), l'obbligo di porre

⁴⁸⁷ ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 150.

⁴⁸⁸ ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., p. 3214.

⁴⁸⁹ A garanzia dell'effettività del principio nei confronti del legislatore starebbe l'attività dei giudici, che rileva non soltanto nelle more dell'intervento legislativo nei casi in cui è loro consentita la possibilità di trovare una disciplina transitoria per la definizione dei casi concreti, ma anche successivamente: "dopo l'intervento legislativo il principio non funge più da criterio di integrazione, ma da parametro di costituzionalità nell'ambito dei giudizi comuni, ed in quello costituzionale eventualmente promosso da giudici chiamati a pronunciarsi su rapporti disciplinati dalla legge introdotta in accoglimento del monito rafforzato del giudice costituzionale", *cf.*: ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, cit., p. 148.

in essere un'attività normativa consequenziale appare ancora più ineludibile, *a pena di frustrare gli effetti sostanziali del giudicato*⁴⁹⁰.

Le direttive presenti nelle decisioni in oggetto si presentano come imposte dalla Costituzione e (anche a suo avviso) come concretizzazione di una *interpretazione privilegiata* dei valori coinvolti in giudizio: nelle sentenze manipolative in generale, secondo la ricostruzione dell'autore (dunque, sia per le additive provviste di dispositivo indeterminato ma non generico sia per quelle a dispositivo generico, oltre che per quelle a dispositivo preciso) si può parlare, dunque, di una preordinazione alla garanzia del principio di costituzionalità “non già sotto il profilo della mera compatibilità con la Costituzione, bensì sotto quello certamente più pregnante e pervasivo della conformità ad essa”: posta la mobilità dei confini dell'intervento consequenziale in ragione della formulazione della sentenza, “la discrezionalità legislativa risulta, dunque, orientata ma non integralmente soppressa dai principi contenuti nella motivazione della sentenza, e, a carico del legislatore, sussiste un obbligo consequenziale di conferire loro immediata efficacia traducendo, attraverso l'adozione di una sorta di *legge di esecuzione*, le *norme* iscritte dalla Corte in norme *strictu sensu*”⁴⁹¹.

Per quanto riguarda le sentenze additive di principio che hanno come destinatario il solo legislatore (in quanto sono gli stessi giudici costituzionali che escludono espressamente la possibilità di una concretizzazione *medio tempore* del principio in via giurisprudenziale) qualcuno ha ipotizzato, in riferimento ad alcune decisioni recenti di questo tipo⁴⁹², un *temperamento* degli effetti per quanto riguarda la parte caducatoria: aderendo all'impostazione di chi ritiene che l'oggetto della incostituzionalità caratterizzante tale tipo di decisioni sia la norma di esclusione implicita del diritto ricavabile dalla disposizione complessa oggetto del sindacato di legittimità.

Dalla infungibilità dell'intervento legislativo deriva l'impossibilità di reperire nell'ordinamento alcuna disciplina delle posizioni giuridiche soggettive nel caso di specie la cui addizione la Corte ritiene costituzionalmente imposta: “sembrerebbe apparire ovvia la conclusione che le norme di implicita esclusione di tali diritti

⁴⁹⁰ RUGGERI A., *Le attività consequenziali nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988, p. 172

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁹² RAPPOSELLI A., *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?* in AIC, osservatorio costituzionale, gennaio 2015, pp. 1 e ss.

dispiegano ancora la propria efficacia e che, quindi, le stesse non sono state rimosse dalle sentenze di incostituzionalità⁴⁹³.

Si assisterebbe, dunque, in questi casi ad una scissione tra la pronuncia di incostituzionalità ed i suoi effetti: il *vulnus* costituzionale viene accertato, ma gli effetti della illegittimità non vengono sanati. Mancando la rimozione della norma, assistiamo ad una incostituzionalità della disposizione che viene accertata, dichiarata ma non rimossa: sembra sussistere, dunque, uno scollamento tra il dispositivo di accoglimento e gli effetti della decisione che dichiara la illegittimità della disposizione oggetto del sindacato (nella parte in cui non prevede, cioè implicitamente esclude) superando, in questo modo, le prescrizioni di cui all'art. 136 Cost., che, insieme all'art. 30 della legge 87/53, collegano alla declaratoria di incostituzionalità l'effetto della rimozione dall'ordinamento della norma giudicata illegittima, *con i vulnera costituzionali che rimangono insanati*.

8.9 Le sentenze pilota

Premesso in modo chiaro che il tentativo di ricostruzione delle analogie tra le due tecniche decisorie è possibile solamente per quanto riguarda gli effetti da ricondurre alla parte positiva (senza considerare quest'ultima posizione sul temperamento della parte caducatoria), mancando nell'ordinamento convenzionale la possibilità di reperire l'effetto caducatorio delle decisioni (che possono limitarsi a dichiarare una incompatibilità convenzionale nelle modalità chiarite in precedenza), si andrà ad analizzare il contenuto delle sentenze pilota, in particolare quelle che hanno ad oggetto

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 11.

una normativa interna riconosciuta illegittima e che, dunque, hanno come destinatario naturale l'organo legislativo⁴⁹⁴.

Quello che viene in rilievo dalla analisi delle sentenze additive di principio del sistema di giustizia costituzionale italiano ai fini di una assimilabilità con le sentenze pilota è, in primo luogo, la possibilità di riconoscere efficacia vincolante e non semplicemente persuasiva al principio espresso nel dispositivo, aderendo all'orientamento che ritiene debbano riconoscersi un effetto giuridico e non meramente politico o monitorio anche alla parte ricostruttiva delle decisioni in oggetto e non soltanto alla parte caducatoria (seguendo una interpretazione letterale dell'art. 136 cost. e delle relative disposizioni normative sugli effetti delle sentenze della Corte Costituzionale): la natura giuridica

⁴⁹⁴ Sul legislatore come destinatario naturale delle decisioni *costituzionali* della Corte EDU, si può riportare a titolo esemplificativo quanto avvenuto nell'ordinamento italiano a seguito della sentenza *Scordino c Italia (n.1) [GC]*, cit.: la Grande Camera, in particolare, ha confermato la conclusione a cui era già pervenuta la prima sezione in riferimento al mancato rispetto dell'art. 1 Protocollo 1 e art. 6 (*Scordino c Italia*, sentenza del 29 luglio 2004) sul presupposto che l'art 5 bis della legge 359/92 prevede un ristoro non commisurato ai valori di mercato, si applica retroattivamente ai processi pendenti influenzando l'esito di processi di cui lo stato è parte processuale. Ma la corte non si è limitata a questo rilievo. A suo avviso la violazione dei ricorrenti al rispetto dei beni e ad un giusto processo traeva origine da una patente disfunzione della legislazione italiana, che (quantificando con effetti retroattivi l'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene) pregiudicava un numero cospicuo di persone. Lo Stato resistente di conseguenza avrebbe dovuto eliminare tutti gli ostacoli all'ottenimento di una indennità ragionevole, e garantire anche *con* misure giuridiche amministrative, finanziarie appropriate la realizzazione effettiva e rapida del diritto in questione con riguardo ad altri richiedenti interessati da espropriazioni. Ora, secondo la Cassazione, la predisposizione di mezzi idonei a rimuovere la violazione sistemica del diritto accertata dalla corte in quel caso, e riconducibile al già citato art 5 , resta prerogativa del legislatore “atteso che la consistenza quantitativa e finanziaria del problema sia da impostare con manovra idonea a corredare lo sforzo di allineamento ai principi della convezione europea, degli adeguati sforzi finanziari, oltre che dell'eventuale previsioni meccanismi procedurali idonei ad assicurare una maggiore rapidità nella liquidazione del ristoro indennitario”. Al contempo, sempre secondo la Cassazione, il giudice comune non può disapplicare una legge vigente dello stato “ ... sostituendolo con un criterio rimesso all'apprezzamento del giudice... ammettere un potere di questo genere significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estranea al nostro sistema costituzionale”.

Su questi presupposti la Corte suprema ha sollevato questione di legittima costituzionale dell'art 5 per contrasto con art 117 e 111 di costituzione in rapporto agli articoli 6 e 1 protocollo 1. A seguito di questa ed altre ordinanze di rimessione dal contenuto pressoché identico, la Corte costituzionale, con le decisioni 348 e 349 del 2007, ha dichiarato illegittimità costituzionale dell'art. 5 per contrasto con obblighi internazionali sanciti dall'art 1 Protocollo 1 (secondo l'interpretazione datane dalla Corte EDU nel caso Scordino n.1) , che per questo stesso motivo, è in violazione dell'art. 117 Costituzione, primo comma (che condiziona l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale al rispetto dei vincoli internazionali). Entrambe le pronunce sono state rese nel convincimento che le sentenze pilota si rivolgano principalmente allo Stato Legislatore e che proprio da questo pretendano un determinato comportamento. L'orientamento negativo emerso della Cassazione civile e dalla giurisprudenza costituzionale in merito alla possibilità che dalla sentenza della Corte EDU potesse derivare una regola per il giudice immediatamente applicabile non è lo stesso, però, di quello adottato dalla Cassazione penale (riguardo la disciplina dei giudizi contumaciali non in linea con le finalità di tutela della Convenzione): si veda, sul punto, PALOMBINO F.M., *La procedura di sentenza pilota nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2008, pp. 91 e ss.

dell'obbligo a carico del legislatore è certamente più coerente con l'efficacia vincolante che discende dalla previsione di cui all'art. 46 CEDU⁴⁹⁵.

Il tipo di omissione a cui fanno riferimento i giudici di Strasburgo nei paradigmatici casi polacchi in cui viene riscontrata la violazione di cui all'art. 1 Protocollo 1 è certamente meno *precisa* di quella con la quale si confrontano i giudici costituzionali interni: nelle sentenze della Corte EDU, infatti, si parla di carenze di sistema che interessano la normativa ma anche la prassi applicativa e che vengono in rilievo nella misura in cui, pur nel perseguimento di una finalità legittima⁴⁹⁶ da parte degli organi istituzionali interni, da inquadrare in un contesto di riforme strutturali del paese particolarmente complesse, restringono in una maniera considerata eccessiva il diritto al pacifico godimento dei beni a favore del ricorrente.

⁴⁹⁵ Non è possibile (né auspicabile, in verità, in relazione ai problemi sistemici) che la Corte faccia ricorso ad una tecnica decisoria alternativa, come proposto da parte della dottrina, che *ammorbisca* gli effetti delle sentenze caratterizzate dal tono costituzionale: tale posizione (che, in verità viene riferita all'esigenza di temperare gli effetti negativi derivanti dal ricorso, spesso difficilmente prevedibile, alla dottrina del margine di apprezzamento da parte dei giudici di Strasburgo, che finisce per pregiudicare la legittimità dell'agire della Corte EDU) auspica un ricorso a modelli decisori meno invasivi della sovranità statale quando, in relazione alle modalità di tutela di un determinato diritto soggettivo, non sia riscontrabile il consenso necessario tra gli Stati (al contrario di quanto avvenuto, ad avviso della stessa dottrina, ad es. nei casi *Lautsi c. Italia* [GC], sentenza del 18 marzo 2011, ric.n. 30814/06, in materia di libertà di manifestazione del pensiero, convinzione e credo religioso di cui all'art 9, e *Hirst c. Regno Unito, (No. 2)* [GC], sentenza del 6 ottobre 2005, ric. n. 74025/01, in materia di sistemi elettorali su cui si tornerà a breve): tali modelli si possono ritrovare in quei sistemi di giustizia costituzionale caratterizzati da forme di *judicial review* debole, nei quali l'organo costituzionale non è titolare del potere di ultima parola, ma, al contrario, la *condivide* col potere legislativo: in questi sistemi, le corti supreme non hanno il potere di annullamento tipico delle Corti dei sistemi caratterizzati dallo *strong judicial review* degli atti parlamentari, ma si limitano ad una dichiarazione di incompatibilità, che, alla stregua di una autorevole opinione, viene inserita nel dibattito sulla modifica della legge incompatibile, affinché l'organo legislativo possa tenerne conto per apportare le adeguate modifiche all'atto *incostituzionale*: “ *With this procedure the court cannot frustrate Parliament by judging a legal measure void, nonetheless they are authorized to review government action. Subsequently Parliament may, not, must, legislate. With that, the keystone of the British constitution - the principle of parliamentary sovereignty - is upheld...put differently, the new way of review would enable the Court (la Corte EDU, in questo caso) to avoid becoming a court whose decisions are not respected by the Member States and nevertheless to act as a constitutional COurt*”, cfr. ZOETHOUT C.M., *Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using Alternative Mode of Adjudication*, in *European Public Law*, 2014, 20, 2, p. 328. Tale posizione non pare sostenibile per una serie di motivi: in primo luogo, anche se di risultato, l'obbligo di cui all'art. 46 non può degradare a mera possibilità se l'oggetto del giudizio riguarda atti interni a portata generale; inoltre, proprio in ragione della necessaria relazione tra il ruolo di tipo costituzionale e le ragioni di effettività derivanti dalla soluzione dei problemi strutturali, non appare ipotizzabile una funzione meramente consultiva, seppur autorevole, svolta dai giudici di Strasburgo, che comporti una completa libertà del legislatore interno anche in relazione all'*an* dell'esecuzione (fermo restando quanto è stato detto in precedenza sulla necessità che residui un margine di discrezionalità sufficiente in fase di esecuzione, i cui confini si cercheranno di delineare a breve). In relazione alla obbligatorietà delle decisioni, vincolanti per gli Stati, pur nella convinzione che il *weak judicial review* adottato nei sistemi modellati sul costituzionalismo politico sia la migliore soluzione per una Corte internazionale in ragione della impossibilità di rispondere democraticamente delle proprie decisioni, autorevole dottrina ha coniato, per lo scrutinio operato dalla corte EDU, l'espressione “*soft version of strong review*”; cfr. BELLAMY R., *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2014, 25, n.4, p. 1037.

⁴⁹⁶ Nel caso Broniowski, per decidere se il bilanciamento operato tra gli interessi in gioco sia stato adeguato, la Corte tiene conto del particolare *background* storico del caso e della rilevanza delle varie considerazioni di tipo politico, sociale economico (introduzione di un autogoverno autonomo, ristrutturazione del sistema agricolo e intenzione di generare mezzi finanziari per la modernizzazione delle istituzioni militari) che le autorità hanno compiuto per risolvere il problema del fiume *bug*, riconoscendo loro tutte le difficoltà da ascrivere ad un periodo eccezionale di scelte politiche su larga scala e particolarmente impegnative: tutte ragioni che certamente hanno spinto i giudici a riconoscere un ampio margine di discrezionalità allo Stato in relazione alla scelta particolarmente complessa del rimedio opportuno per coloro che si erano trovati nella posizione di dover subire una ingiustizia sotto il precedente regime.

In ragione dell'obbligo di cui all'art. 46, lo Stato rispondente è tenuto a *scegliere le misure idonee da adottare al livello interno* per porre fine alla violazione e rimediare per quanto possibile agli effetti.

Lo Stato (il legislatore, in primo luogo) rimane libero di scegliere i mezzi appropriati per conformarsi all'obbligo ex art. 46 (formulazione di rito che si può ritrovare in quasi tutte le sentenze pilota, ma che a parere della maggior parte dei commentatori è spoglia di un contenuto realmente rilevante) sempre che tale scelta sia compatibile *con le conclusioni previste dalla Corte*: le valutazioni sullo schema risarcitorio (che deve avere effetto retroattivo in modo tale da evitare che la Corte ripeta in futuro le stesse considerazioni in una serie di casi simili⁴⁹⁷) devono muoversi all'interno dei confini del principio stabilito dalla Corte in relazione alla reale portata di cui all'art. 1 Protocollo 1, utilizzato come parametro interpretativo per valutare la conformità della normativa interna alla Convenzione: pur riconoscendo allo Stato il potere di espropriare, l'ammontare dell'indennizzo deve essere *ragionevolmente commisurato al suo valore di mercato*⁴⁹⁸.

Tale formulazione richiama alla mente quelle sentenze della Corte costituzionale all'interno del *genus* delle additive di principio caratterizzate dall'infungibilità dell'intervento del legislatore e identificate da alcuni da alcuni commentatori come

⁴⁹⁷ In questo passaggio è evidente il riferimento alla illegittimità della omissione *contenuta* nella legge del 2003 in base alla quale si riconosce una disparità di trattamento ai "ricorrenti del fiume bug": in base alla nuova normativa (che va a modificare quelle precedenti del 1985 e del 1997 soprattutto nella parte in cui stabilisce l'ammontare dell'indennizzo) chi non ha mai ricevuto alcun tipo di compensazione fino a quel momento riceve una somma che è *potenzialmente ragionevole* (seppur non superiore a circa il 15% del valore di mercato del bene loro espropriato), mentre gli altri soggetti, nella posizione del ricorrente principale, che hanno ricevuto già un indennizzo, anche se nettamente inferiore alla soglia riconosciuta dalla legge del 2003, non hanno diritto a cifre ulteriori: benché la Corte non sia nella condizione di poter valutare ancora la adeguatezza della normativa 2003 come misura conforme al parametro convenzionale perché è trascorso un periodo di tempo non sufficiente ai fini di una compiuta valutazione (la sentenza in oggetto è soltanto dell'anno successivo), rimane certamente illegittima nella parte in cui *implicitamente esclude* dal suo ambito di applicazione una determinata categoria di soggetti (tra i quali, il ricorrente) posti nelle stesse condizioni di fatto e di diritto di coloro che ne possono beneficiare.

⁴⁹⁸ Principio violato dalle normative del 1985 e del 1997; alla stessa logica risponde il dispositivo della sentenza Hutten-Czapska: il meccanismo (mancante nella disciplina oggetto del sindacato) da predisporre attraverso un intervento che è prima di tutto a carico dell'organo legislativo (dovendosi interpretare in questo modo, a parere di chi scrive, la formulazione *through appropriate legal and/or other measures*, la quale, seppur generica ed aperta a qualunque tipo di possibilità, in considerazione della sistemicità della violazione derivante dagli elementi intrinseci della normativa e dalla sua conseguente prassi applicativa sembra chiamare in causa prima di tutto il legislatore) deve essere idoneo ad assicurare il giusto equilibrio tra l'interesse pubblico generale all'abitazione e quello particolare dei proprietari al conseguimento di un canone di affitto ragionevole; la ragionevolezza di tale bilanciamento deve essere valutata in relazione agli *standard* di protezione del diritto di proprietà garantiti dalla Convenzione, alla luce della interpretazione fornita Corte, che anche in questo caso (al di là della formulazione di rito sulla piena libertà di scelta dei mezzi nell'esecuzione della sentenza) deve essere assunta a principio guida del dovuto intervento statale.

additive di meccanismo⁴⁹⁹: alla stregua delle decisioni pilota appena analizzate, dichiarano l'incostituzionalità della mancata previsione di un meccanismo legislativo tecnico-finanziario che consenta di adeguare alla Costituzione la disciplina esistente.

A differenza delle additive di principio passibili di una concretizzazione *medio tempore*, quelle di meccanismo non sarebbero direttamente applicabili dal giudice comune, potendo questi, finché il legislatore non ottemperi al suo compito, solo pronunciare “condanne generiche” (ed eventuali provvisoriale) alla prestazione non ancora definita nel suo ammontare. In comune con le sentenze pilota di cui sopra, presentano la necessità che la predisposizione del rimedio interno da inserire, il meccanismo risarcitorio appunto, deve in ogni caso essere guidato dal principio espresso dai giudici della Corte.

Per quanto riguarda l'aspetto del margine di discrezionalità concesso alle autorità interne, al legislatore *in primis*, nella predisposizione del meccanismo risarcitorio adeguato e conforme alle norme della Convenzione secondo l'interpretazione che ne viene data dalla Corte, tali decisioni non hanno rappresentato casi problematici per quanto riguarda i limiti alla prescrizione di misure generali derivanti dal diritto internazionale ed identificati dalla dottrina a cui si è fatto riferimento precedentemente, in ragione della genericità nella formulazione del dispositivo⁵⁰⁰, espressione, appunto, di

⁴⁹⁹ “La decisione probabilmente più nota è quella resa con la sentenza n. 243 del 1993, concernente la disciplina del trattamento di fine rapporto dei dipendenti statali, da taluno definita – per le ragioni che si diranno tra breve – alla stregua di una sentenza di incostituzionalità «con delega al legislatore».

La disciplina censurata risultava in tale occasione in contrasto sia con il principio di eguaglianza e di razionalità, sia con i principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione, là dove ometteva di includere nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto dei dipendenti statali l'indennità integrativa speciale. Nel dispositivo, le disposizioni oggetto del giudizio [i combinati disposti dell'art. 1, terzo comma, lettere b) e c), della legge 27 maggio 1959, n. 324, con gli articoli 3 e 38 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032, con gli articoli 13 e 26 della legge 20 marzo 1975, n. 70, e con gli articoli 14 della legge 14 dicembre 1973, n. 829, e 21 della legge 17 maggio 1985, n. 210] sono state dichiarate incostituzionali «nella parte in cui non preved[eva]no, per i trattamenti di fine rapporto ivi considerati, meccanismi legislativi di computo dell'indennità integrativa speciale secondo i principi ed i tempi indicati in motivazione». Il riferimento alla motivazione si è collegato all'affermazione, in questa contenuta, secondo cui la declaratoria di incostituzionalità «comporta[va] il riconoscimento della titolarità – in capo ai soggetti interessati – del diritto ad un adeguato computo dell'indennità integrativa speciale ai fini della determinazione del loro trattamento di fine rapporto». In concreto, peraltro, spettava al legislatore, «determinando la misura, i modi e i tempi di detto computo, rendere in concreto realizzabile il diritto medesimo». Ne discendeva che, se «l'intervento del legislatore – in forza della [...] dichiarazione di illegittimità costituzionale – [era] necessario per reintegrare l'ordine costituzionale violato, esso [doveva] avvenire con adeguata tempestività (...) la predisposizione dei suddetti meccanismi di omogeneizzazione [avrebbe dovuto] essere avviata in occasione della [successiva] legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l'impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio”.

Cfr. CERRI A., *Corso di giustizia costituzione plurale*, cit., p. 270. Si fa riferimento, dunque, alla ragionevolezza del quantum di una prestazione dovuta a favore dei cittadini, e alla necessità di prescrivere un adeguato meccanismo a carico del legislatore (in questo caso, espressamente individuato come unico destinatario del principio), in modo analogo a quanto statuito nelle sentenze pilota con lo Stato polacco convenuto.

⁵⁰⁰ Anche se in entrambe le decisioni il margine di apprezzamento viene appena menzionato (in *Hutten Czapska*, al par. 166, tanto da generare dei dubbi sulla opportunità del riferimento; sul punto, si veda il parere parzialmente dissenziente del giudice Zagrebelsky al punto 2), e, anche quando richiamato, viene esplicitamente respinto dalla Corte: in *Broniowski*, al par. 182, i giudici stabiliscono che “*the margin, however considerable, is not unlimited, and that the exercise of the State's discretion, even in the content of the most complex reform of the State, cannot entail consequences at variante with Convention standards*”.

un principio in attesa di concretizzazione all'interno dell'ordinamento. A conferma della non problematicità la circostanza che entrambi i ricorsi individuali si siano conclusi con un *friendly settlement*. Ma, come si vedrà nel prosieguo, le analogie con i casi giudicati, invece, problematici dallo stesso autore per la eccessiva specificità delle prescrizioni, sono tali da poter essere ricondotti nella medesima categoria di decisioni.

8.10 I casi problematici

Per quanto riguarda i casi problematici, classificati in questo modo in ragione dell'eccessiva specificità del dispositivo che comprime in maniera irrimediabile il margine di scelta del legislatore in fase di esecuzione (tanto da renderli più simili ad una sentenza additiva tradizionale piuttosto che ad una additiva di principio) emergono, a parere dell'autore che si è preso a riferimento per tale trattazione, i casi *Greens e M. T. e Suljagic*.

Per quanto riguarda quest'ultimo, le difficoltà deriverebbero dall'ordine preciso di esecuzione che comprimerebbe in modo totale il margine di discrezionalità dello Stato convenuto⁵⁰¹; riteniamo, però, che, nella prospettiva del giudizio di *legittimità convenzionale* affrontata, il caso in oggetto esuli dall'ambito applicativo della trattazione per le seguenti ragioni: non c'è nessuna dichiarazione di "incostituzionalità" della normativa interna, che viene, invece, considerata compatibile con la Convenzione in ragione di un ampio margine di apprezzamento lasciato alle autorità interne ex art. 1 protocollo 1: quello che viene censurata è la mancata o soltanto parziale applicazione, che comporta un sacrificio eccessivo a carico del ricorrente; in quest'ottica potrebbe, sostenersi, piuttosto, che l'implementazione della Convenzione potrebbe avvenire, anziché modificando la normativa interna, applicandola semplicemente: l'ordine contenuto nel dispositivo è da considerare come espressione della volontà di ribadire l'obbligo già contenuto nella normativa in vigore;

B) Per quanto riguarda il caso *Greens e M.T.*, la omissione riscontrata dalla Corte EDU nel dispositivo non fa riferimento - come nei casi precedentemente considerati - all'assetto legislativo e alla prassi interni genericamente considerati (potendosi rinvenire

⁵⁰¹ Non in qualsiasi forma, dunque, ma in una modalità che sia conforme alla tutela del diritto di proprietà ex art 1 protocollo 1: nella pratica, ad avviso dell'autore, non può escludersi potessero esserci altre misure oltre quelle generali determinate dalla Corte (*emissione dei bond governativi, pagamento delle rate arretrate ed eventuali interessi per il ritardo*) per implementare la Convenzione ed evitare future violazioni: in questo senso le misure indicate sembrano essere eccessivamente specifiche e dettagliate restringendo il margine di discrezionalità dello Stato. cfr. *Suljagic c. Bosnia Herzegovina*, sentenza del 3 novembre 2009, ric. n. 27912/02, dispositivo.

l'indicazione puntuale delle norme contrastanti con gli *standard* di protezione convenzionale soltanto nelle motivazioni): in questa circostanza, infatti, i giudici di Strasburgo identificano in modo puntuale l'origine del problema strutturale nella normativa interna rilevante⁵⁰² così come attualmente configurata: l'automatica, generale e indiscriminata restrizione⁵⁰³ del diritto di voto ai detenuti è in contrasto con gli standard minimi di tutela garantiti dalla Convenzione. Le autorità interne devono adottare proposte legislative di modifica delle normative individuate entro sei mesi dalla data in cui la sentenza diviene definitiva e promulgare la normativa richiesta entro un termine determinato dal Comitato⁵⁰⁴. Altra differenza rispetto alla precedente prassi delle sentenze pilota, quando allo Stato convenuto si prospettava l'alternativa tra l'introduzione di un rimedio interno e il riconoscimento di una adeguata compensazione (con la relativa necessità di sospendere i casi simili per calibrare il risarcimento in base alle circostanze di ogni singolo ricorso⁵⁰⁵), consiste nella circostanza che nel caso in questione i giudici non ritengono necessario esaminare ciascun singolo ricorso in considerazione del fatto che non è configurabile la possibilità di corrispondere alcun ristoro di tipo economico: in ragione della natura della violazione, il rimedio offerto dalla Corte è puramente dichiarativo ed è insito nella dichiarazione della violazione,

⁵⁰² *People Act 1983 section 3*: "A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence is legally incapable of voting at any parliamentary or local government election"; nell'*European Parliamentary Elections Act* del 2002 si utilizza una formulazione analoga.

⁵⁰³ Nelle motivazioni la Corte richiama la precedente sentenza *Hirst*, con la quale già aveva stabilito che la generale automatica e indiscriminata restrizione della normativa interna ricade al di fuori di un accettabile margine di apprezzamento, e sottolinea che la violazione subita dai due ricorrenti attuali deriva direttamente dall'inadempimento delle autorità interne nell'introduzione di misure adeguate ad assicurare il rispetto di quanto già deciso in precedenza. Di questo richiamo ad una precedente decisione sono interessanti due aspetti: il primo, per sottolineare la necessità a fondamento della procedura in relazione alle misure generali da prendere per tutelare interessi di tutti i soggetti potenzialmente lesi dalla normativa, cita i casi polacchi e i relativi *friendly settlements*, par. 111; il secondo, dal punto di vista delle possibili analogie con i modelli decisori interni, e, beninteso, solamente con riferimento alla parte inerente alle misure generali e alla necessità di adottare la procedura pilota, tra la sentenza *Hirst* e la successiva sentenza *Greens e M.T.* pare configurarsi una relazione tra le decisioni interpretative di rigetto con monito ultimativo e la successiva sentenza di accoglimento a condannare l'inerzia del legislatore "avvisato"; l'inadempimento dello Stato (qui, in maniera ancora più evidente, il legislatore) nell'introduzione di proposte normative finalizzate a porre fine all'incompatibilità convenzionale precedentemente riscontrata è un fattore che ne aggrava la posizione, soprattutto in prospettiva futura.

D'altra parte, la Corte sottolinea come la Grande Camera con *Hirst* abbia evitato di pronunciarsi sulle misure dettagliate in riferimento ai passaggi necessari che il Regno Unito avrebbe dovuto adottare per portare il proprio ordinamento in linea con la Convenzione, in considerazione della pluralità di modi esistenti per l'organizzazione di un sistema elettorale, in ragione delle differenze storiche culturali e politiche che caratterizzano gli stati europei che devono provvedervi secondo la propria visione democratica: in questo modo non fa altro che rimarcare, in quest'area, l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati e il proprio ruolo sussidiario, presumendo le autorità nazionali in linea di principio meglio posizionate rispetto ad una Corte internazionale per valutare le esigenze e le condizioni locali in ragione delle differenze che possono sussistere tra i vari Stati, riconoscendo, più in generale, che in una società democratica al ruolo del potere legislativo interno deve essere dato un peso particolare.

⁵⁰⁴ *Holds that the respondent State must:*

(a) bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislative proposals intended to amend the 1983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant; and
(b) enact the required legislation within any such period as may be determined by the Committee of Ministers.

⁵⁰⁵ In riferimento a quest'aspetto cita in modo puntuale i casi *Burdov e Broniowski* al par. 118.

così che l'unico modo possibile per porvi fine e garantire tutela alla posizione giuridica soggettiva è modificare la normativa (ribadendo quanto già precedentemente statuito nel caso *Hirst*), giacché i giudici di Strasburgo ritengono inammissibile la restrizione del diritto di voto in ragione del mero *status* di detenuto per reato penale senza possibilità di differenziare i singoli casi.

Secondo la dottrina analizzata in precedenza, l'estrema specificità - che rappresenta una anomalia anche rispetto alla prassi consolidata delle sentenze pilota - è indicativa di un esercizio *ultra vires* delle proprie funzioni da parte della Corte: nel caso appena analizzato, i rilievi dei giudici posizionati nel dispositivo *non hanno ad oggetto l'ordinamento giuridico genericamente inteso e non si limitano ad indicare la necessità di adottare misure generali*, ma prescrivono allo Stato di modificare la legislazione vigente, ordinando di esercitare l'iniziativa legislativa per modificare le disposizioni normative specificamente identificate, tali da renderle conformi alla Convenzione e che tali modifiche debbano essere apportate in un lasso di tempo determinato.

L'autore configura l'azzeramento del margine di apprezzamento sotto due aspetti: il primo ha a che fare con il soggetto destinatario dell'obbligo di dare esecuzione alla sentenza, il secondo riguarda il *quomodo*, rispetto al quale al legislatore interno, per come è configurato il dispositivo, residuerebbe un tipo di intervento meramente esecutivo della regola⁵⁰⁶ posta dalla decisione in oggetto.

Per quanto riguarda il primo punto, bisogna verificare se l'implementazione poteva effettivamente avvenire solamente attraverso modifiche legislative o se, al contrario fossero configurabili altre soluzioni quali una interpretazione conforme alla Convenzione da parte degli organi giudiziari: se così fosse, i giudici di Strasburgo, ordinando espressamente la modifica della normativa ed escludendo alla base tale possibilità di scelta, renderebbe problematica la situazione dello Stato dal punto di vista della discrezionalità. Riguardo questo primo aspetto, il caso non pare presentare, a nostro avviso, aspetti particolarmente problematici: la privazione generalizzata del diritto di voto a tutte le persone detenute a seguito di una condanna penale e per tutta la durata della detenzione che scatta in modo automatico e generalizzato non residua alcun margine di intervento in capo ai giudici comuni per una valutazione caso per caso.

⁵⁰⁶ L'autore utilizza in maniera omologa le espressioni "rules" e "particular remedial measures".

Più in generale, è evidente che tutte le sentenze pilota hanno come destinatario principale il legislatore⁵⁰⁷, e la prassi esecutiva conferisce conferme in questo senso.

Seppur innegabile che lo sforzo sul piano sostanziale del raccordo tra le protezioni offerta dalla Convenzione e dall'ordinamento interno si traduca essenzialmente nell'attività interpretativa, affidando, dunque, ai giudici comuni e alle Corti costituzionali il compito di evitare contrasti tra le dimensioni normative dei diritti contemplati nei due sistemi (compito certamente agevolato attraverso l'acquisizione dei risultati della evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo) è d'altra parte, evidente come i problemi strutturali che danno luogo a violazioni sistematiche e che spesso originano (anche) da disposizioni di legge incompatibili rappresentino una situazione non risolvibile semplicemente attraverso l'interpretazione conforme ma che, al contrario, necessitano soluzioni, prima di tutto, dal punto di vista normativo: tale impostazione è coerente con la *ratio* ispiratrice della procedura pilota che, nelle intenzioni dei giudici, pare assumere comunque i caratteri della soluzione ultima, quando gli altri modi di risoluzione del conflitto tra ordinamenti in relazione alla tutela di una determinata posizione giuridica soggettiva non sono più contemplabili.

Nel caso di specie, trattandosi di una violazione agevolmente individuabile in una disposizione normativa specifica piuttosto che riconducibile ad un problema strutturale in senso proprio (quale può essere, ad esempio, quello alla base della violazioni sistemiche di cui all'art 6, configurate come eccessiva durata dei processi o, addirittura, come mancata esecuzione delle sentenze interne, che evidentemente richiedono un tipo di intervento ben più articolato per il quale sono chiamati in causa, non solo l'organo legislativo, ma, inevitabilmente, anche altri soggetti istituzionali, in considerazione della necessità di affrontare la questione da più punti di vista: organizzativo, finanziario, di distribuzione delle competenze tra le varie articolazioni governative⁵⁰⁸), non sembra che residui margine per l'individuazione di una autorità interna differente dal legislatore.

In riferimento al *quomodo*, la questione, invece, è più complessa.

La compressione totale del margine di discrezionalità esecutivo come conseguenza dell'estrema specificità del dispositivo presuppone che questo contenga una regola direttamente applicabile - o, comunque, che necessiti dell'intervento del legislatore

⁵⁰⁷ Es. in *Burdov*, cit. la Corte non fa riferimento espresso al legislatore ma è evidente che nel caso si necessita una riforma organica che passa inevitabilmente anche per modifiche di tipo normativo.

⁵⁰⁸ L'ideal-tipo del problema strutturale, in questo senso, è quello riscontrato dalla Corte in *Burdov*, cit.

solamente in via esecutiva⁵⁰⁹- così che, dal punto di vista degli effetti, sempre con riferimento ai modelli decisori interni, la sentenza *Greens e M.T.* sembrerebbe configurarsi come una additiva tradizionale piuttosto che come una additiva di principio.

Prima di sciogliere questo nodo, pare opportuno preliminarmente effettuare un tentativo di configurazione dell'omissione censurata dai giudici di Strasburgo.

Si è già detto della differenza in relazione alla genericità delle omissioni identificate nelle violazioni che interessavano la Polonia: qui, al contrario, nel dispositivo non si fa riferimento ad una lacuna nell'ordinamento genericamente inteso, ma l'oggetto del sindacato di convenzionalità - la *pars destruens*⁵¹⁰ - ricade su due disposizioni normative specifiche (formulate in modo analogo) la cui *illegittimità* consta della parte in cui il legislatore sceglie di non prevedere alcuna forma di attenuazione del divieto previsto, implicitamente escludendo la possibilità di articolare una gradazione nella limitazione all'esercizio del diritto di voto configurato come pena accessoria a carico dei detenuti a seguito di condanna penale in maniera automatica, generalizzata, indiscriminata.

Per quanto riguarda la parte ricostruttiva, i giudici fanno riferimento alla precedente decisione rilasciata nel caso *Hirst*: dunque, è a questa che bisogna guardare se si vuole rintracciare la regola (o, piuttosto, il principio); è evidente che nel dispositivo della sentenza *Greens e M. T.* si richiede specificamente che in sei mesi ci siano proposte legislative per la modifica delle normative 1983 e 2002 e la promulgazione della nuova legge elettorale che non preveda una restrizione automatica generale e indiscriminata del diritto di voto ai detenuti, ma che invece, *tenga conto della durata della pena detentiva, della gravità del reato e delle circostanze individuali*⁵¹¹.

⁵⁰⁹ cfr. PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, cit. p. 125.

⁵¹⁰ Pare superfluo sottolineare che con la sentenza in oggetto la Corte non ha alcuna pretesa di annullamento, che si configurerebbe certamente come esercizio di un potere *ultra vires*, in considerazione del fatto che, come detto, tale possibilità è stata esplicitamente esclusa nell'ambito dai lavori preparatori: la corte non pretende che la propria sentenza abbia efficacia caducatoria diretta, ma solamente che una normativa venga modificata o annullata attraverso ordinari procedimenti istituzionali interni.

⁵¹¹ Il tema del *disenfranchisement* era stato affrontato pochi anni prima dalla Corte con la sentenza sul caso *Hirst*, sempre con riferimento all'ordinamento britannico. La Grande Camera aveva concluso, a maggioranza, che la privazione generalizzata del diritto di voto per tutte le persone detenute a seguito di condanna penale e per la durata della loro detenzione, "*irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances*", costituiva una "*general, automatic and indiscriminate restriction*" incompatibile con il diritto di voto ai sensi dell'art. 3 Prot. n. 1 (*Hirst c. Regno Unito* (n. 2)[GC], cit., par. 82). Data la natura della censura della Corte, la condanna comportava la necessità per lo Stato convenuto di modificare le norme interne relative alla materia elettorale.

Se a tale formulazione viene riconosciuto carattere tassativo, non pare esserci spazio per configurarla in modo differente da una regola che il legislatore chiamato ad intervenire deve semplicemente attuare, senza che sia lasciato alcun margine di discussione al dibattito interno: a rafforzare questa impressione emerge il tono imperativo con il quale la Corte ordina in modo espresso e specifico l'obbligo di modifica della normativa attuale e quello della promulgazione di una nuova normativa entro un termine determinato, andando ad incidere sull'esercizio della sovranità parlamentare anche dal punto di vista della organizzazione dell'agenda politica.

Posta in questo modo, non si può non essere d'accordo con Haider nella parte in cui mette in risalto la problematicità di tale caso per quanto riguarda (anche) la parte ricostruttiva della sentenza: la prescrizione delle misure generali sarebbe in questo caso esercitata certamente oltre i limiti della competenza spettante ai giudici della Corte (anche in relazione a quelli più ampi, a nostro avviso, da riconoscere in relazione ai problemi sistemici che connotano la funzione costituzionale della Corte in oggetto) a causa della completa compressione del margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità interne, in relazione alla scelta dei mezzi per l'esecuzione la cui sopravvivenza rimane presupposto indefettibile per l'esercizio del ruolo *positivo* da parte della Corte.

Alla esplicita richiesta di abrogazione nel dispositivo, infatti, si accompagna (apparentemente) la prescrizione della *regola* da integrare nella disposizione di legge, ad avviso dei giudici, dunque, l'*unica possibile* per porre fine alla violazione sistemica.

In questa prospettiva, l'esercizio illegittimo di un potere dal punto di vista normativo renderebbe la posizione della Corte ancor meno difendibile sul piano più generale della legittimità *politica* di fronte alle rimostranze degli Stati membri, e in particolare dei sostenitori della sovranità statale e della sussidiarietà del sistema sovranazionale di protezione⁵¹², anche tenendo conto del fatto che, in materia di diritto di voto, lo *standard* di tutela convenzionale è alquanto basso, al punto da presumere che le garanzie costituzionali siano più elevate (con relativo ampio margine di apprezzamento a favore delle autorità interne)⁵¹³.

⁵¹² Si veda il discorso di Lord Sumption in relazione al *deficit* democratico della Corte EDU, con particolare riferimento proprio alla questione del diniego del diritto di voto ai detenuti (discorso tenuto a Kuala Lumpur, Malesia, il 20 novembre 2013); più in generale, cfr. ZWART T., *More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How it Can be Done*, in *The European Court of Human Rights and its Discontents, Turning Criticism into Strength*, FLOGAITIS S., ZWART T., FRASER J. (ed.), Cheltenham, 2013, pp. 71 e ss.

⁵¹³ Cfr. Starita M., *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 7, 3, p. 680.

Le esigenze di giustizia *costituzionale* avrebbero indotto la Corte, dunque, ad esercitare il ruolo di legislatore, generando una ingerenza nella sovranità parlamentare dello Stato destinatario che, se giustificabile sul piano interno attraverso il ricorso alla dottrina delle rime obbligate, non pare, invece sostenibile sul piano dell'azione di una Corte internazionale.

Ad avviso di chi scrive, invece, non pare appropriato parlare di eccessiva specificità della prescrizione - tale da caratterizzarsi come unica regola necessitata - a fronte di una potenziale molteplicità di ricostruzioni possibili che, invece, caratterizza in ogni caso le misure generali: se così fosse, saremmo certamente in presenza di una decisione molto più simile ad una additiva tradizionale.

Al contrario, non pare possa escludersi, anche nel caso *Greens e M.T.*, la possibilità di configurazione della decisione come una sentenza additiva di principio sotto vari aspetti: in primo luogo, non sembra che l'omissione riscontrata possa essere ricostruita attraverso l'aggiunta di un frammento normativo, ma pare, invece, ragionevole ipotizzare un necessario ripensamento della normativa che sia ispirata al principio di graduazione della pena piuttosto che fondata sulla sua automatica, generale ed indiscriminata applicabilità.

Identificata la linea guida (configurare la nuova disciplina in modo tale che sia possibile graduare la comminazione della pena accessoria dell'interdizione dall'elettorato attivo), ecco il riferimento alle possibili modalità di realizzazione del principio, l'indicazione *in via esemplificativa* dei criteri (intendendo il principio, dunque, come comune denominatore delle varie possibili soluzioni adeguatrici⁵¹⁴): la durata della pena o, piuttosto la gravità del reato, senza escludere la possibilità di configurare in capo al giudice comune il potere di decidere caso per caso in base alle circostanze individuali.

Al legislatore interno spetterà il compito di *riempire* il principio di un contenuto normativo, attraverso il ricorso ad uno dei criteri individuati (oppure a tutti e tre).

A sostegno della non tassatività, rileva quanto deciso dalla Corte nella sentenza *Scoppola*⁵¹⁵, un caso analogo a quello appena trattato in quanto avente ad oggetto la applicazione della medesima pena accessoria: anche in questa circostanza la valutazione sulla necessità della pena accessoria è interamente operata in astratto dal legislatore e la possibilità di un intervento del giudice comune è ridotta. A differenza di quanto deciso

⁵¹⁴ PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 200.

⁵¹⁵ *Scoppola c. Italia* n.2, sentenza del 17 settembre 2009, ric.n. 10249/03.

in riferimento al caso precedente, però, la Corte non considera le restrizioni vigenti nell'ordinamento italiano incompatibili con la Convenzione, nella misura in cui l'obbligo di attuazione del principio della gradazione della pena e dunque di realizzazione del principio di proporzionalità può essere assolto (anche) dal legislatore (e non solo dal giudice in riferimento alle circostanze individuali del caso) che può decidere di differenziare l'applicabilità e la durata della sanzione in funzione, ad esempio, della natura del reato o della gravità delle pena: al legislatore residuerebbe dunque un certo margine per l'esercizio della propria discrezionalità in riferimento alla scelta preliminare di demandare alla valutazione del giudice caso per caso, oppure di disciplinare in via astratta. Nel secondo caso, una volta identificati i criteri, residuano tutte le scelte politiche ulteriori in riferimento, ad esempio, alle tipologie di reato alle quali ricondurre la sanzione ulteriore della perdita dell'elettorato attivo.

CONCLUSIONI

La prassi delle sentenze pilota rappresenta innegabilmente una testimonianza del mutamento del ruolo in senso costituzionale in ragione del sopraggiungere di alcuni fattori (l'allargamento ad est del Consiglio d'Europa, la possibilità di ricorso individuale alla Corte senza meccanismi di filtro, l'*overload*) che hanno contribuito a far emergere gli aspetti del sistema convenzionale già connotati da una certa natura costituzionale.

Tale sistema, però, rimane caratterizzato da un pluralismo eterarchico in cui non è configurabile, a meno di modifiche del trattato e dei suoi protocolli, una autorità col potere dell'ultima parola in materia di protezione di diritti umani: la sovranità parlamentare rimane inalterata per quanto riguarda le scelte di protezione dei diritti all'interno degli Stati parti, nei limiti dell'effettività di tutela dei diritti convenzionalmente previsti che non può essere meramente illusoria.

In questa prospettiva è da inquadrare la giurisprudenza generalizzata, di principio, auspicata da molti commentatori e giudici della Corte riconducibile (anche, ma non solo) alla prassi delle sentenze pilota.

L'estensione della competenza della Corte agli aspetti consequenziali dell'accertamento (richiesta dalle Parti contraenti attraverso gli atti del Comitato dei Ministri sotto forma di indicazione delle linee guida) costituisce una prassi ormai accettata dagli Stati nonostante il crescendo in specificità delle prescrizioni e imperatività dei toni, e non può costituire in alcun modo la spia di un esercizio illegittimo della funzione giurisdizionale da parte dei giudici di Strasburgo, in considerazione del fatto che, seppur per vari aspetti assimilabile a quella svolta dalle Corti costituzionali negli ordinamenti interni, anche nei casi più discussi, si risolve nell'enunciazione di principi irrinunciabili e basilari in qualunque ordinamento democratico, indipendentemente dallo Stato destinatario.

Proprio la possibilità di riscontrare nella prassi giurisprudenziale la presenza degli Stati fondatori quali destinatari della procedura di sentenza pilota (oltre quelli del centro ed est Europa, per inevitabili problemi di compatibilità dei propri ordinamenti con la Convenzione in ragione della fase di transizione democratica da affrontare) consente di escludere che i giudici della Corte, seppur costretti in una prima fase a ricorrere

all'utilizzo della procedura prevalentemente per fare fronte ai problemi strutturali degli Stati subentrati, abbiano ceduto alla tentazione di una giurisdizione a doppio binario.

La crisi di legittimità della Corte, se esiste, non può ricondursi, in definitiva, ad un utilizzo spregiudicato delle proprie competenze, all'esercizio di una funzione costituzionale *ultra vires* che ha finito per annichilire, dunque, il principio di sussidiarietà, ingerendo indebitamente nella sovranità parlamentare e nelle scelte politiche dei singoli Stati: la *problematicità* di alcuni casi, dunque, non deriva dall'attività dei giudici di Strasburgo, ma sempre dall'incapacità degli ordinamenti nazionali di assicurare uno standard di tutela dei diritti all'altezza di quello - anche minimo - previsto dalla Convenzione.

BIBLIOGRAFIA

ALKEMA E., *The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court*, in P. Mahoney (ed.) *Protecting Human Rights. the European Perspective*, Studies in Honour of R. Rysdal, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2000

ANZILOTTI D., *Modi di risoluzione delle controversie internazionali*, in *Corso di diritto internazionale* Vol. 3, Roma, 1915, pp. 23-24.

ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 2, p. 3216 e ss.

ANZON A., *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 1789

AZAR A., *L'execution des décisions de la Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, 2003

BALDWIN R.E., *A domino Theory of Regionalism*, paper disponibile su <http://www.nber.org/papers/w4465>

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012

BARTOLE S., *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 10, pp. 291 e ss.

BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011

BELLAMY R., *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2014, 25, n.4, p. 1037

BELLOCCI M, PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, in Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008

BENOIT-ROHMER F., *Les perspectives de réforme à long terme de la CourEDH: certiorari versus renvoi préjudiciel*, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2002, p. 313

BERNHARDT R., *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, *German Yearbook of International Law*, 1999, n.42, pp.11 e ss.

BERNHARDT R., *Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol no. 11*, *The American Journal of International Law*, 1995, n. 89, pp. 145 e ss.

BERNHARDT R., *The Admissibility Stage: The Pros and Cons of a Certiorari Procedure for Individual Applications*, in *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, International Workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007, WOLFRUM, RUDIGER, DEUTSCH, ULRIKE (Ed.)

BESSION S., *The Reception Process in Ireland and United Kingdom*, in KELLER STONE SWEET (ed.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008

BIFULCO R., *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, AIC, n. 4/2014

BIN R., *L'ultima fortezza*, Milano, 1996

BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States 1950-2000*, Oxford, 2001

BUCHANAN A., *The Heart of Human rights*, Oxford, 2013

BUYSE A., *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, *The Greek Law Journal*, 2009, 57, pp. 1894 e ss.

CAFLISH L., *The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond*, *Human Rights Law Review*, 2006, n. 6(2), pp. 403 e ss.

CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976

CAPPUCCIO L., A. LOLLINI, A., TANZARELLA P., *Le Corti regionali tra Stati e diritti: i sistemi di protezione dei diritti fondamentali, europeo, americano e africano a confronto*, *Studi di Attualità giuridiche*, Editoriale Scientifica, 2012, n.8

CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 10, pp. 311 e ss.

CASSESE A. *Modern Constitutions and International Law*, *Recueil des Cours*, L'Aia, 1985

CATALDI G., *La natura self executing delle norme della Cedu e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, CALIGIURI A., CATALDI G., NAPOLETANO N. (a cura di), Padova, 2010

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012

CERVATI A., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in Quaderni costituzionali, 1989, p. 271

CHRISTOFFERSEN J., *Individual and Constitutional Justice: Can the Dynamics of ECHR Adjudication be Reversed?*, in *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Christoffersen and Mikael Rask Madsen (ed.), Oxford, 2012

COCUZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994

COHEN G. - JOHNATAN E. - PETITTI C. (ed.), *Le Reforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2003

COHEN JONATHAN G., *La fonction quasi-constitutionnelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Renouveau du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007

COLANDREA V., *On the Power of the European Court of Human Rights to order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of Assanidze, Broniowski and Sejdicovic cases*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 7

COMITATO DEI MINISTRI, Information Documents CM/Inf/DH (2006) 19

COSTA J. P., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, *Constitutions et Pouvoirs: Melanges en l'honneur de GICQUEL J., P. GELARD* (ed.), Parigi, 2007

COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report al Protocollo 14*, in *Reforming the European Convention of Human Rights: a Work in Progress*, Ed., 2009

CREMER H.J., *Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the ECtHR*, in *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, SEIBERT-FOHR e VILLIGER M. E. (ed.), Paulinerkirche, 2014

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1961

CROFT S., *The Enlargement of Europe*, Manchester University Press, 1999

DARCY J. *Pilot Judgments from the perspective of the Court and possible elements of the pilot judgment procedure which could be drafted*, in *Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights: Informal Seminar for Government Agents and other Institutions*, Varsavia, 2009

DAVI' A., *L'intervento davanti alla Corte di Giustizia*, Napoli, 1984

DE LONDRAS F., *Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, 2013, n. 38

DE SALVIA M., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle, par la nature de ses arrêts, un véritable tribunal de plein jurisdiction?*, in *Revue trimestrelle de droits de l'homme*, 2006, p. 483 e ss.

DE WET E., *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, *Leiden Journal of Constitutional law*, 2006, pp. 611 e ss.

DECOULOMBIER P., *Arrets pilote et efficacité des nouveaux recours internes*, in *Le filtrage des affaires à Strasbourg: l'examen de la recevabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme*, E. Lambert-Abdelgawad et P. Dourneau-Josette (éd.), Strasbourg, Éditions du Conseil del'Europe, 2011

DEL VECCHIO A., *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009

DRZEMCZEWSKI A., *European Human Rights Convention in Domestic Law: a Comparative Study*, Clarendon Press, 1983

DRZEMCZEWSKI A., TAVERNIER P., *L'execution des "décisions" des instances internationales dans le domaine des droits de l'homme*, in *La protection de droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, 1998

DUPRÉ C., *Importing the law in post-communist transitions: the Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity*, Oxford, 2003

DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, 2001, 12, pp. 1730 e ss.

ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985

EL QUALI, A., *Effets juridiques de la sentence internationale; contribution à l'étude de l'execution des normes internationales*, Parigi, 1984

ESPOSITO V., *La libertà des Etats, dans le choix de moyen de mise en ouvre des arrêts européenne de droits de l'homme*, in *Revue trimestrale de droits de l'homme*, 2003, pp. 823 ss.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Dialogue with Judges*, Strasburgo, 2007

FALZEA P. *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino, 2005

FASSBENDER B., *The United Nations Charter as a Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of International Law*, 1998, n. 36

FAVOREU L., *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Melanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002

FERRARI G.F., *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Ferrari (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza: il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001

FLAUSS J.F., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, 1998, pp. 711 e ss.

FROMONT M., *La justice constitutionnel dans le monde*, Dalloz, 1996

FROWEIN E., *The transformation of constitutional law through the European Convention on Human Rights*, in *Dialogue with Judges*, European Court of Human Rights, Strasburgo, 2007

FROWEIN J., *The ECHR as a Public Order of Europe*, *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, Martinus Nijhoff, 1992

FYRNYS M., *Expanding Competences by judicial lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, *German Law Journal*, 2011, vol. 12, 5, pp. 1231 e ss.

GAJA G., *Considerazioni sugli effetti delle sentenze di merito della Corte internazionale di Giustizia*, in *Comunicazioni e Studi*, 1975, 14

GAMBINO S. (a cura di) *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, Milano, 2003

GARLICKI L., *Some Observations on Relations Between the European Court of Human Rights and the Domestic Jurisdictions*, in Iliopoulos-Strangas (ed), *Cours supremes nationales et cours europeennes: concurrence ou collaboration?*, Atene, 2007

GARLICKI L., *Broniowski and after: on the dual nature of Pilot Judgments*, in CAFLISH L., CALLEWAERT J., LIDDELL R., MAHONEY P.& VILLIGER M. (ed.), *Human Rights and Strasbourg Views: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, N. Engel: Kehl, 2007

GARLICKI L., *Judicial deliberations: the Strasbourg perspective*, *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF (ed.), 2009, Asser Press

GARLICKI L., *Judicial law-making: the Strasbourg Court on Applicability of the European Convention*, in *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of reality and Challenges*, NIJHAR, 2013

GATTINI A., *Mass Claims at the European Court of Human rights*, *Liber Amicorum Luizus Wildhaber: Human rights - a Strasbourg views*, Kehl 2007

GERRARDS J., *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in *The Legitimacy of Highest Courts' rulings*, N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF, (ed.), The Hague: T.M.C. Asser Institute, 2008

GERRARDS J., *The European Court of human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of Shared Responsibility*, in GERARDS J.H. e FLEUREN J.W.A. (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Anversa, 2014

GLAS L.R., *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, *Human rights Law Review*, 2014, pp. 673 e ss.

GOUNELLE M., *La motivation des acts juridiques*, Parigi, 1979

GREER S., *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n.23 (3), 2003, pp. 408-411

GREER S., *Protocol 14 and the future of the European court of Human Rights*, *Public Law*, 2005, n.83, pp.93 e ss.

GREER S., *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Aspects*, Cambridge University Press, 2006

GREER S., *What's Wrong with the European Convention of Human rights?*, Human Rights Quarterly, n.30, 2008, pp. 680 e ss.

GUARINO A., *Le sentenze costituzionali manipolative*, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Padova, 1979

GUASTINI R., *Il Giudice e la legge*, Torino, 1995

HAIDER D., *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human rights*, Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2013

HAMBRO E., *The Reasons behind the Decisions of the International Court of Justice*, in Current Legal Problems, 1954

HARMSSEN R., *The European Convention of Human Rights after Enlargement*, The International Journal of Human Rights, 2001, n. 5(4), pp. 20 e ss.

HARMSSEN R., *The European Court of Human Rights as a Constitutional Court: Definitional Debates and the Dynamics Reform*, in Judges, Transition and the Human Rights. ed. / J. MORISON; K. MCEVOY; G. ANTHONY. Oxford University Press, 2007

HELPER e SLAUGHTER, *Towards a theory of effective supranational adjudication*, Yale Law Review, 1997, pp. 273 e ss.

HELPER L., *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, European Journal of International Law, 19, n. 1, pp. 127 e ss.

HENNETTE-VAUCHEZ S., *Constitutional v. International? When Unified Reformatory Rationales Mismatch the Plural Paths of Legitimacy of ECHR Law*, in The European Court of Human Rights between Law and Politics, CHRISTOFFERSEN J. e RASK MADSEN M. (ed.), Oxford, 2012

IANNUCILLI L., *L'omissione "storica" del legislatore repubblicano e il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008

JACKSON J., *Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court*, *Connecticut Law Review*, 2006, 39, pp. 759 e ss.

JACQUÈ J.P., *Le principe constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la constitution européenne*, Institute des haute études européennes de Strasbourg, Recueil des conférences du cinquantenaire de l'IHEE, pp. 139 e ss.

KELLER H. e STONE SWEET A., *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008

KOOPMANS T., *The Roots of Judicial Activism*, in F. MATSCHER E H. PETZOLD (ed.), *Protecting the Human Rights: The European Dimension*, Studies in honour of G.J. Wiarda, Colonia, 1998

KRISCH N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *Modern Law Review*, 2008, 71, pp. 184 e ss.,

KUMM M., *The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis*, *EJIL*, 2004, n.15

LAMBERT ABDELGAWAD E., *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts pilote*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2005, 61, pp. 203 e ss.

LAMBERT ABDELGAWAD E., *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of*

Accountability, in Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009

LAMBERT E., *Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, in Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruxelles, 1999

LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot judgments of European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, 2010

LEACH P., *No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court's developing approach to remedies*, in A. Føllesdal, B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context (Studies on Human Rights Conventions)*, Cambridge, 2013

LEACH P., *On Reform of the European Court of Human rights*, http://www.academia.edu/5788544/Opinion_On_Reform_of_the_European_Court_of_Human_Rights

LEACH P., *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford, 2005

LETSAS G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on human Rights*, 2009

LOUGHLIN M. *What is Constitutionalisation?*, in DOBNER, LOUGHLIN (ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010

MAHONEY P., *An Insider's View of the Reform Debate: How to Maintain the Effectiveness of the European Court of Human Rights*, NJCM- Bulletin, 2004, p. 175

MAHONEY P., DEGENER R., *The Prospect for a Test Case Procedure in the European Court of Human Rights*, in H. HARTIG (ed.), *Trente ans de droit européenne de droit de l'homme, études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, 2007

MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016

MARGUENAUD J. P., *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne de droit de l'homme en France*, *Journal des droits de l'Homme* 2001, 24, pp. 137 e ss.

MEZZETTI L., BELLETTI M., D'ORLANDO E., FERIOLI E., *Giustizia costituzionale*, Padova, 2007

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 1970, pp. 158 e ss.

MOTTESE E., *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti: il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione 'limitata'*, *fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2010, n.1

MOWBRAY A., *European Convention on Human Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford, 2012

MOWBRAY A., *Protocol 14 to the European Convention on Human Rights and recent Strasbourg Cases*, *Human Rights Law Review*, 2004, vol. 2, n.4, pp. 331 e ss.

MURPHY C., *Report on the UK and Ireland*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (ed.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Europe Law Publishing, 2010

O BOYLE M., *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, *European Human rights Law Review*, 2008, n.1, pp. 1 e ss.

PALADIN L., *Considerazioni preliminari* in AA. VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del

seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989

PALOMBINO F. M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, in Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea, Napoli, 2008

PALOMBINO F.M., *La procedura di sentenza pilota nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2008, pp. 91 e ss.

PARASKEVA C., *The Application of the Pilot Judgment Procedure to the Post Loizidou cases – the Case of Xenides-Arestis*, in Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights, 3rd Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions, Varsavia 14-15 Maggio 2009

PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1998

PEGORARO, L. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007

PETAUX J., *Democracy and Human Rights for Europe, the Council of Europe's contribution*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009

PETERS A., *Are We Moving towards Constitutionalization of the World Community?*, in A. CASSESE (ed.) *Realizing Utopia. The future of International Law*, Oxford,

PETERS A., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, Leiden Journal of International Law, 2006, 19, pp. 579 e ss.

PICARDI N., *Le sentenze "integrative" della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977

PINARDI R., *L'Horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007

PINNA P., *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004

PISILLO MAZZESCHI R., *Art. 35, condizioni di ricevibilità*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

PIZZORUSSO A., *Corte costituzionale: un nuovo "tipo" di sentenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 1993, pp. 773 e ss.

PIZZORUSSO A., *Giustizia Costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 1, Milano 2007, *ad vocem*, pp. 687 e ss.

PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 519 e ss.

POLICASTRO P., *la transizione costituzionale polacca e l'Europa tra paradigmi del costituzionalismo e costituzionalismo multilivello*, p. 319 e ss. in Gambino S. (a cura di), *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, Milano, 1993

POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Milano, 2010

POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/.../0206_pollicino_sciarabba.pdf

POPOVIĆ D., *Pilot judgments of the ECtHR in Council of Europe*, Steering Committee for Human Rights (ed.), Reforming the European Convention of Human Rights, Council of Europe Publishing, 2009

POPOVIC D., *The Emergence of the European Human Rights Law, an Essay on Judicial Creativity*, Portland, 2011

RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale* (scritti in onore di Valerio Onida), Giuffrè, 2011

RAPPOSELLI A., *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?* in AIC, osservatorio costituzionale, gennaio 2015

RAZ J., *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in L. ALEXANDER, ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998

RIDOLA P., *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014

RODOTÀ S., *La Corte e la politica, l'organizzazione sociale*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di) *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982

ROLLA G., *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale e tutela dei diritti fondamentali*, Testo della relazione tenuta il luglio 2004 in San José Costa Rica, consultabile in www.crdc.unige.it.

ROSENFELD M., *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press, 1994

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, 1965

RUGGERI A., *La salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 2013, n.4

RUGGERI A., *Le attività consequenziali nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988

RYSSDAL R., *On the Road to a European Constitutional Court*, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, Martinus Nijhoff, 1991

SACCUCCI A., *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 6, p. 267

SADURSKI W., *Postcommunist Charters of Rights in Europe and the US Bill of Rights*. *Law and Contemporary Problems*, 65, 2, pp. 223 e ss.

SADURSKI W., *Constitutionalism and the enlargement of Europe*, Oxford, 2012

SADURSKI W., *Judicial review in central and Eastern Europe, rationales or rationalization?*, in *Israeli law Review*, 2010, pp. 519 e ss.

SADURSKI W., *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, 2009, 9, n.3, pp. 397 e ss.

SADURSKI W., *Postcommunist constitutional courts in search of political legitimacy*, European University Institute, 2001/11

SAINATI T., *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, *Harvard International Law Journal*, 2015, 56, 1, p. 147 e ss.

SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo 14*, Rivista di diritto privato e processuale, 2006, pp. 377 e ss.

SALERNO G.M., *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in Giurisprudenza italiana, 1989, 1, pp. 779 e ss.

SERMET L., *L'obscure clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote*, Revue générale de droit international public, 2007, 4, pp. 867 e ss.

SICILIANOS A., *The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments: Recent Developments Under Article 46 ECHR*, 2014, Netherlands Quarterly of Human Rights, 32, 3, pp. 235 e ss.

SILVESTRI G., *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, Parigi, 16 aprile 2013

SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in Giurisprudenza costituzionale, 1981, pp. 1680 e ss.

SÓLYOM L., *The role of constitutional courts in the transition to Democracy: with special reference to Hungary*, International Sociology, 2003, 18, 1, pp. 130 e ss.

SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012, 14, pp. 381 e ss.

SPIELMANN D., *Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe*, in ROSENFELD M. e SAJÓ A. (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford, 2012

STARITA M., *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 7, 3, pp. 679 e ss.

STARITA M., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, *Diritti umani e diritto internazionale* 2015, 9, 1, pp. 101 e ss.

STEIN E., *International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central Eastern European Constitutions?*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 426 ss.

STONE SWEET A., MATHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 47, pp.68 e ss.

STONE SWEET A. KELLER H., *The Reception of the ECHR in national legal orders*, in KELLER STONE SWEET (ed.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008

STONE SWEET A. *On the Constitutionalisation of the Convention: European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, da *Selected Works of Alec Stone Sweet*, Yale University, 2009

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2012

SUDRE F., *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne de droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, 76, pp. 917 e ss.

SUDRE F., *L'Europe des droits de l'homme, L'Europe et le droit*, *Droits*, 1991,14, pp. 105 e ss.

SUNSTEIN C., *One Case at Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999

SWEENEY J. A., *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, New York, 2013

SWEENEY J., *Divergence and diversity in Post Communist European Human Rights Cases*, Connecticut Journal of International Law, 2005, 21,1, pp. 33 e ss.

TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M., (a cura di) *I diritti in azione*, Bologna, 2007

TOMUSCHAT C., *Quo Vadis Argentoratum? The Success Story of the European Court of Human Rights - and a Few Dark Stains*, Human Rights Law Journal, 1992, 13, pp. 401 e ss.

TOMUSCHAT C., *What is a Breach of the European Convention of Human Rights? The dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*”, Boston, London, Nijhoff, 1994

TULKENS F., *Perspective from the Court: A typology of Pilot-judgment Procedure*, nel corso del Seminario *Responding to Systemic Human Rights Violations: Pilot Judgments of the European Court of Human rights and Their Impact at National Level*, del 14 giugno 2010

TUNCEL E., *L'execution des décisions de la Cour internationale de justice selon la Charte des Nations Unies*, Neuchâtel, 1960

VEDASCHI A., *La giustizia costituzionale*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.(a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014

VELU J. e ERGEC R., *La Convention européenne de droits de l'homme*, Bruxelles, 1990

VERHOEVEN J., *A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984, pp. 282 e ss.

VERZIJL T.H.W., *The Jurisprudence of the World Court*, Leyden, 1965

VILLINGER M., *Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview*, in *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, SEIBERT- FOHR e VILLIGER M. E. (ed.), Paulinerkirche, 2014

VILLINGER M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009

VITERBO A., *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, CALIGIURI A., CATALDI G., NAPOLETANO N. (a cura di), Padova, 2010

VON BOGANDY A., VENZKE N., *Beyond the Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal*, 2012, 5, pp. 989 e ss.

WALLACE S. *Much Ado for nothing? The Pilot judgment Procedure at the European Court of Human rights*, *European Human Rights Review*, 2011, 78, pp. 71 e ss.

WILDHABER L., *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, *Human Rights Journal*, 2002, 23, 5-7, pp. 162 e ss.

WILDHABER L., *European Court of Human Rights: Past, Present and future*, *American University Law Review*, 2007, 22, 4, pp. 521 e ss.

WILDHABER L., GREER S., *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, 12, 4, pp. 655 e ss.

WILDHABER L., *On Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, Human Rights Law Journal, 2002, 23, pp. 161 e ss.

WILDHABER L., *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, in R. Wolfrum e U. Deutsch (ed.), *The European Court of Human rights overwhelmed by applications: Problems and Possible Solutions*, Berlino, 2009

WOŁĄSIEWICZ J., *Pilot judgments from the perspective of the Polish Government Agent and a proposal of provisions related to the existing pilot judgments procedure and so-called simplified pilot judgment procedure*, Third informal seminar for government agents and other institutions on pilot judgment procedure in the European court of human rights and the future development of human rights' standards and procedures Warsaw, 14–15 May 2009

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

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008

ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, 1993

ZAGREBELSKY V., *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Comunità Internazionale*, Napoli, 2003

ZAGREBELSKY V., *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 2, 1, pp. 5 e ss.

ZAGREBELSKY G., MARCENO' V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012

ZANGHI' C., Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 1, pp. 45 e ss.

ZOETHOUT C.M., *Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using Alternative Mode of Adjudication*, in *European Public Law*, 2014, 20, 2, pp. 309 e ss.

ZWART T., *More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How it Can be Done*, in *The European Court of Human Rights and its Discontents, Turning Criticism into Strength*, FLOGAITIS S., ZWART T., FRASER J. (ed.), Cheltenham, 2013