



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. I

(ESTRATTO)

**DAVIDE GALLIANI**

**SUL MESTIERE DEL GIUDICE, TRA COSTITUZIONE E  
CONVENZIONE**

23 MARZO 2018

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Davide Galliani**  
**Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione\***

SOMMARIO. 1. *Il momento del giudice.* – 2. *Il giudice da proteggere dal giudice stesso.* – 3. *La motivazione rinforzata e la massima tutela concreta dei diritti.* – 4. *Cultura del precedente e ...* – 5. *... cultura della motivazione* – 5.1. *Qualche punto fermo.* – 6. *Il post [De Tommaso](#).* – 7. *Morale della favola.*

“Ciò che è costituzionale  
credo che si decida e si difenda in posti pubblici come questo,  
come anche in un commissariato, in un’aula scolastica,  
in una prigione, in un ospedale, su un posto di lavoro,  
alle frontiere attraversate dai richiedenti asilo.  
Ciò che è costituzionale si misura al pianoterra della società”  
*Erri De Luca\*\**

1. *Il momento del giudice.*

In questo scritto vorrei discutere taluni problemi che caratterizzano *il mestiere del giudice*, in particolare il dipanarsi *oggi* della sua attività interpretativa tra Costituzione e Convenzione<sup>1</sup>. Lo spunto iniziale e la parte conclusiva riguardano il tema delle misure di prevenzione, che utilizzo come una sorta di testa di ponte per sviluppare argomenti di più ampio respiro, che corrono lungo il crinale della formidabile questione dell’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Penso non di meno sia utile una premessa di tutto il ragionamento, se si vuole il pre-giudizio dal quale muovo. Sono esistiti periodi nei quali al centro del fenomeno giuridico si collocavano vuoi la dottrina-sapiente vuoi il legislatore-codicistico. Oggi è *il momento del giudice*. Come alla dottrina e al legislatore, nemmeno al giudice può essere attribuito il monopolio del formarsi del diritto. Il riduzionismo è un approccio deleterio, chiunque ne sia il beneficiario. Il diritto è complessità, appartiene alla classe dei fenomeni – umani e sociali – complessi. Questo non significa che il peso assunto dai suoi formanti sia sempre lo stesso. Ed oggi quello del giudice è di particolarissima rilevanza. Da qui prendo le mosse.

2. *Il giudice da proteggere dal giudice stesso.*

Collocato al centro della scena del fenomeno giuridico, è inevitabile che il giudice finisca per esporsi a nuove insidie. Ne indico una: il giudice deve essere *protetto* dal giudice stesso<sup>2</sup>.

---

\* Ho esposto alcune argomentazioni contenute in questo scritto al convegno annuale LA.PE.C. (sez. Palermo) su *I principi e l’esecuzione delle sentenze della Corte EDU* (9-10 marzo 2018), sessione *Misure di prevenzione e CEDU*. Ringrazio per la lettura e i suggerimenti i colleghi Andrea Pugiotto, Antonio Ruggeri, Roberto Bin, Anna Lorenzetti, Michele Taruffo, Oreste Pollicino, Elisabetta Lamarque e i giudici Lello Magi, Roberto Conti, Antonio Balsamo, Vladimiro Zagrebelsky e Paulo Pinto de Albuquerque. La responsabilità di quanto si dice è in ogni caso unicamente di chi scrive (il testo è aggiornato al 22 marzo 2018).

\*\* Il testo in epigrafe è tratto dalla dichiarazione spontanea resa da Erri De Luca al Tribunale di Torino il 19 ottobre 2015, appena prima della lettura del dispositivo della sentenza con la quale è stato assolto dal reato di istigazione a delinquere perché il fatto non sussiste. La (cauta) motivazione della sentenza è stata poi depositata il 18 gennaio 2016.

<sup>1</sup> Il termine *mestiere*, riferito al giudice, è utilizzato da S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, II, *L’organizzazione costituzionale*, IV ed., il Mulino, Bologna, 1997, 433 e da G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, Bologna, 2014.

<sup>2</sup> Spero di dimostrare che la scelta di riferirsi al giudice in quanto tale (non al giudice costituzionale, al giudice di legittimità, al giudice di merito, al giudice convenzionale) sia stata una opzione non del tutto opinabile. Penso che possa esistere un *approccio* comune al diritto, il quale dovrebbe caratterizzare ogni giudice, salva evidentemente la necessità, di volta in volta, di evidenziare una o più peculiarità che caratterizzano il ruolo della corte entro la quale il giudice è

Leopoldo Elia, nel 1962, quindi pochi anni dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, mise in guardia da quello che definì il mito della giurisdizionalità. Sostenne che, in materia di misure di prevenzione, non era sufficiente accontentarsi di un facile spostamento di competenze, dalla polizia al p.m. al giudice<sup>3</sup>.

Aveva tre volte ragione: 1) è sempre necessario riflettere sulle misure di prevenzione in sé, *indipendentemente* dalle garanzie giurisdizionali, che significa non abituarsi al pensiero che, per richiamare Franco Bricola, si possa trasformare l'*anormale* in *normale* per via del concetto *sfinge* della difesa sociale<sup>4</sup>; 2) al giudice può essere *comunque* attribuita una eccessiva discrezionalità, che dipende molte volte dalla (evidente) cattiva qualità della legge, ma altre da una precisa (e opinabile) scelta in tale senso da parte del legislatore; 3) corriamo il rischio di dimenticare che la soggezione (costituzionale) del giudice *soltanto* alla legge serve anche per *proteggere* il giudice da altri giudici.

Non esiste paese al mondo in riferimento al quale è possibile affermare l'esistenza di un *completo* assoggettamento di un giudice ad un altro giudice<sup>5</sup>. Il nostro ordinamento conferma la regola<sup>6</sup>.

### 3. La motivazione rinforzata e la massima tutela concreta dei diritti.

Se il nuovo mito del precedente giurisprudenziale, con il suo fratello gemello del consolidamento, rischiano di limitare *oltremisura* il ruolo del giudice, una diversa strada – non meno rischiosa, ma più rispettosa del senso più profondo del mestiere di giudice (ricercare la verità per rendere giustizia) – potrebbe essere quella della motivazione rinforzata, utilizzata in diversi ambiti nel nostro ordinamento.

Si pensi alle interpretative di rigetto della Corte costituzionale, che, per la giurisprudenza di legittimità, si seguono salva possibilità di distaccarsene con motivazione rinforzata, la quale serve anche per dimostrare alla Consulta, ai fini dell'ammissibilità della q.l.c., che si è tentata

---

chiamato a svolgere il suo mestiere. Che poi un determinato approccio influenzi in misura considerevole l'attività interpretativa è una conseguenza inevitabile, come cercherò di argomentare nel prosieguo.

<sup>3</sup> Sottolineo che la [sentenza n. 2 del 1956](#) della Corte costituzionale riguardava proprio talune misure di prevenzione. Il pensiero di Leopoldo Elia si trova esposto come noto in L. ELIA, *Misure di prevenzione e libertà personale*, Milano, 1962, ora in ID., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005.

<sup>4</sup> ... sulla cui base si svolgono deboli e pericolose operazioni di ortopedia giuridica, che non riescono a spiegare come possa la Costituzione tollerare truffe delle etichette così vistose: cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione* (1975), ora in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 35 per il concetto-sfinge di difesa sociale, 43 per l'intolleranza della Costituzione nei confronti di truffe delle etichette così vistose e 63 per le operazioni di ortopedia giuridica tanto deboli quanto pericolose.

<sup>5</sup> Mi riferisco alla dimensione verticale del precedente. Il problema vero non è se un precedente vincola lo stesso giudice, cosa che mi pare talmente incomprensibile (da un punto di vista giuridico) quasi da non meritare molta attenzione. La questione si pone in senso verticale. Ed appunto non esiste sistema al mondo nel quale si possa parlare di un *completo* assoggettamento di un giudice ad un altro giudice, essendo l'unica plausibile eccezione (il Brasile) talmente discussa da far pensare che non si tratti di una vera e propria eccezione. Si veda quanto dice a proposito Michele Taruffo in numerosi scritti e da ultimo in *Note sparse sul precedente giudiziale*, relazione al convegno dell'Accademia dei Lincei del 6 luglio 2017 su *I precedenti*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno. Ho potuto leggere la relazione di Michele Taruffo in *paper*. Esprimo qui pubblicamente la mia gratitudine per le attenzioni che il maggior studioso italiano della motivazione ha voluto dedicarmi in questi anni di proficuo dialogo. E' grazie a lui che ho compreso l'importanza *costituzionale* della motivazione ed è anche per questo che gli sono profondamente grato. In fondo, il diritto costituzionale è pur sempre una "disciplina di frontiera", come sosteneva A. PIZZORUSSO, *La Costituzione, il diritto costituzionale e le altre discipline (Come vedono i costituzionalisti l'utilizzo della Costituzione da parte delle altre discipline)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, 183.

<sup>6</sup> Gli inglesi sostengono che un precedente si supera quando è *right to do*, quando è giusto farlo. Se vale per loro, a maggior ragione dovrebbe valere per i giudici italiani, i quali, peraltro, per la Corte di giustizia, hanno il compito di modificare una giurisprudenza interna (anche *consolidata*) che ritengono incompatibile con gli scopi del diritto europeo. Nel caso di una direttiva europea questo deve avvenire a prescindere dall'attuazione (*Wagner Miret*, C-334/92) e anche prima della scadenza del termine per l'attuazione (*Mangold*, C-144/04). Il giudice italiano, stando alla Corte di giustizia, deve fare *tutto il possibile* per evitare che sia compromesso il risultato voluto dalla direttiva.

l'interpretazione costituzionalmente orientata. Lo stesso avviene in riferimento alle istanze di parte con le quali si chiede al giudice di sollevare una q.l.c., che possono (per legge) respingersi solo con motivazione adeguata<sup>7</sup>.

Si consideri anche il ruolo del giudice di appello, nel momento in cui condanna dopo una assoluzione in primo grado (e ora quando assolve dopo una condanna): anche in questo caso è richiesta, tra le altre cose, una motivazione rinforzata, figlia della necessità di rendere giustizia oltre ogni ragionevole dubbio. Un caso simile avviene a fronte dell'art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario, che, ancora più della legge Pinto, pensava di fare del giudice interno un mero *ricettore-ripetitore* della giurisprudenza di Strasburgo. Dimenticandosi che, appunto con una motivazione rinforzata, il giudice (italiano) può garantire *più* di quanto fatto dalla Corte di Strasburgo (basta a proposito il richiamo dell'art. 53 della Convenzione).

Il ricorso alla motivazione rinforzata sembra adeguato anche per quanto riguarda *in generale* i rapporti tra giudici italiani e Corte di Strasburgo e quindi il tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dato che il giudice italiano è soggetto alla legge e dato che la legge è soggetta agli obblighi internazionali, il punto di partenza (costituzionale) è la soggezione del giudice agli obblighi internazionali<sup>8</sup>. Piuttosto che ricercare i limiti della soggezione del giudice agli obblighi internazionali nei *pericolosissimi* controlimiti<sup>9</sup> o quasi controlimiti<sup>10</sup>, sarebbe meglio dire che il giudice italiano deve per Costituzione rispettare la giurisprudenza di Strasburgo, ma con un limite, sostanziale non formale. Non conta se una sentenza è resa o meno contro l'Italia, se è di Grande Camera o di Camera, se contiene o meno opinioni separate, se è pilota o meno<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Restando al giudice costituzionale, si potrebbe anche sottolineare la necessità di motivazione rinforzata di una sentenza di accoglimento rispetto ad una interpretativa di rigetto, per via degli effetti irreversibili che la prima produce (devo lo spunto ad Antonio Ruggeri).

<sup>8</sup> Per usare le precise parole di M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001, 1: è questa la "bomba" lasciata dal legislatore costituzionale del 2001. L'invito a riflettere ulteriormente, in questo caso, come in altri, non è stato ascoltato, con la pesantissima aggravante che il testo riformato era la Costituzione.

<sup>9</sup> Dovrebbero essere pochi, da richiamare sporadicamente, rischiano invece di essere tanti, invocati quotidianamente. Se tutto è supremo, niente più è supremo. Una spirale, a mio parere, molto pericolosa.

<sup>10</sup> I misteriosi "tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale", dei quali discute il complicato § 7 del *cons. in dir.* della sentenza [n. 49/2015](#) della Corte costituzionale, una decisione che non ha avuto positivo accoglimento in dottrina, ma che non di meno sembra essere ancora utilizzata dal giudice delle leggi. Certo, gli indici indicati nel 2015 si sono persi nel tempo, nel senso che non sono stati più approfonditi, tuttavia il riferimento al consolidamento, pur con alterne fortune, sembra essere ancora presente (da ultimo, nella [sentenza n. 43 del 2018](#), la quale però a sua volta dimostra la problematicità del riferimento al consolidamento, in quanto la Consulta si accontenta di *una* sentenza della Corte di Strasburgo, che innova rispetto ai precedenti, per restituire gli atti al giudice *a quo*). Vedi in ogni caso la nota successiva.

<sup>11</sup> Dei quattro indici, due mi sembrano facilmente risolvibili (la soggezione dei giudici agli obblighi internazionali discende da *ogni* pronuncia della Corte, *indipendentemente* dallo Stato resistente; la presenza di opinioni separate nulla significa circa l'esistenza della stessa soggezione), mentre sugli altri due spendo qualche appunto. Da una parte, mi limito a riportare i dati a proposito della pronunce rese in Grande Camera rispetto a quelle di Camera: 27 su 993, 22 su 823, 19 su 891 e 15 su 916. Vale a dire 83 su 3.623 sentenze, dal 2016 al 2013, il 2,2%. Se una sentenza di G.C. fosse indice di consolidamento, la conclusione potrebbe essere che il consolidamento a Strasburgo praticamente quasi non esiste. Dall'altra parte, rispetto alle sentenze e alle procedure pilota, vi è un problema di fondo. Non mi riferisco alla loro natura politico-diplomatica più che giuridica (è concepibile che una violazione accertata per un ricorrente – di serie A – possa essere sospesa per tutti gli altri – di serie B – che magari sono migliaia, in attesa dell'operato statale, vigilato da un comitato dei ministri?). Piuttosto al fatto che, per definizione, riguardano problemi strutturali di *un* paese. Ritenere vincolato senza margini di azione il giudice italiano, salvo i controlimiti, rischia di rivelarsi un cortocircuito, proprio perché si sta affermando che il giudice italiano deve rispettare una sentenza che si riferisce a problemi strutturali di un *altro* paese. Ma è più in generale che il ricorso alle sentenze pilota andrebbe ripensato da parte della Corte di Strasburgo, volendo anche riflettendo sulla tanto declamata capacità di stimolare le riforme nei paesi parti della Convenzione. Al di là dell'aspetto marcatamente economico (gli Stati riformano la legislazione per non dover risarcire migliaia di ricorrenti) e di quello a garanzia della deflazione di ricorsi a Strasburgo (i rimedi interni, introdotti durante una procedura pilota, hanno anche l'effetto di non far accrescere l'arretrato di Strasburgo), mi sembra sempre più evidente che le sentenze e le procedure pilota falliscano lì dove invece dovrebbero riuscire. Un caso recente lo spiega. Dopo 16 anni spesi a condannare l'Ucraina, perché si rifiutava di pagare pensioni e indennità a diversi dipendenti

Quello che dovrebbe fare la differenza è se il giudice italiano la condivide o meno. Se non la condivide può procedere senza l'interpretazione convenzionalmente orientata, ma adottando una motivazione rinforzata<sup>12</sup>. Se invece il giudice italiano è d'accordo i problemi sono diversi, tuttavia è sempre il giudice che dovrebbe decidere di essere d'accordo o meno, poiché renderlo meccanico traspositore interno di una sentenza di Strasburgo è sbagliato, ai limiti della legittimità costituzionale<sup>13</sup>.

Il criterio per decidere di essere o meno d'accordo con la giurisprudenza di Strasburgo non può essere formale, ma deve essere sostanziale. Se intendiamo attribuirgli *nome* e *cognome*, possiamo chiamarlo la *massima* tutela *concreta* dei diritti, che, allo specchio, come ha insegnato Paolo Barile, riflette l'interpretazione *restrittiva* dei *limiti* ai diritti<sup>14</sup>.

#### 4. Cultura del precedente e ...

La questione della massima tutela concreta dei diritti merita di essere affrontata adottando un approccio (particolarmente) cauto. Non mi pongo il *falso* problema di cosa sia: a priori nessuno può stabilirlo, dipenderà da ogni singolo caso concreto. E' invece necessario sviluppare una vera e

---

pubblici nonostante decisioni loro favorevoli dei giudici interni, nel 2009 è giunta la sentenza pilota, che riguardava 1.400 casi simili. La situazione oggi non è migliorata, è peggiorata. Cosa decide di fare la Corte? In *Burmych e altri*, G.C., 12 ottobre 2017, la maggioranza (10 vs 7) sostiene di non potere fare più niente e decide (incredibilmente) di radiare dal ruolo (*strike out*) 12.143 ricorsi (!), dei quali circa 5.000 non ancora comunicati (!). Passa la palla al Comitato dei Ministri, che adotta un (comico) comunicato, inserito in fretta il 9 novembre 2017 nel sito internet del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze: invita i radiati a rivolgersi al Ministero della Giustizia ucraino!

<sup>12</sup> Mi sembra molto di più del *take into account* che si utilizza per i rapporti tra giudici inglesi e Corte di Strasburgo, un *tenere in considerazione* che ha il sapore di un arrivederci pronto a trasformarsi in un addio. Non sono pessimista e drastico. Ho solo in mente la posizione di vari ministri e *premier* inglesi favorevoli non all'uscita dall'Unione ma dal sistema convenzionale.

<sup>13</sup> O meglio sembra non bilanciare in modo appropriato l'art. 117, I comma, Cost. con l'art. 101, II comma, Cost. Ad ogni modo, è risaputa la risposta della Corte costituzionale rispetto alla disapplicazione verso il diritto convenzionale. Tuttavia, in primo luogo, la distinzione tra Unione Europea e sistema convenzionale è (si passi il termine) "ideologica", visto che non è difficile dimostrare come anche Strasburgo limiti la nostra sovranità. Non nego che l'Unione costituisca un vero e proprio nuovo ordinamento giuridico autonomo (questa è una tesi che suscita perplessità in Germania se riferita al ruolo del Parlamento europeo...), ma mi sembra troppo negare che il sistema convenzionale è qualcosa che il diritto internazionale nemmeno poteva immaginare anche solo poco tempo fa, peraltro garantito da una corte, alla quale possono rivolgersi individui in carne e ossa, non meno indipendente di quella con sede a Lussemburgo. Mi sembra che la posizione della Consulta ricalchi quella della Corte di Giustizia espressa nel parere circa l'adesione dell'Unione alla Convenzione. L'Unione è un ordinamento costituzionale europeo, mentre il sistema convenzionale al massimo una organizzazione internazionale *sui generis*. Del resto, reinterpretare in nostri rapporti con il sistema convenzionale riferendosi all'art. 11 Cost non esclude che, in talune circostanze, la porta di ingresso nel nostro ordinamento delle disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, possa essere anche l'art. 10, I comma, Cost., come sostenne la stessa Corte costituzionale, nel caso in cui la Convenzione (come interpretata dalla Corte di Strasburgo) contenga principi generali o norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (cfr. O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 16 dicembre 2009). A tale proposito, rinvio al prosieguo per un esempio (nota 43). In secondo luogo, dato che Lussemburgo recepisce *quotidianamente* Strasburgo, fino a quando potrà durare il diverso trattamento che la Consulta riserva all'una e all'altra? Se la risposta fosse che il trattamento da riservare alla Carta dei diritti – dopo la [sentenza n. 269 del 2017](#) della Corte costituzionale – non è diverso da quello da utilizzare per la Convenzione, allora si starebbe in realtà ridiscutendo dalle fondamenta le sentenze quasi gemelle del 2007, che si basavano proprio sulla distinzione "ideologica" di cui sopra. Sempre ammesso che la nuova impostazione passi indenne la valutazione della Corte di Giustizia, la quale, a mio avviso, se intende accogliere la svolta della Corte costituzionale, sarà costretta a rivedere la propria giurisprudenza. Non discuto nel merito cosa sia meglio. Mi sembra però che la Corte di Giustizia abbia fino ad ora sostenuto che il giudice deve essere libero di fare *quando ritiene* il rinvio pregiudiziale, mentre il giudice delle leggi introduce ora un paletto temporale che cozza con l'impostazione della Corte del Lussemburgo.

<sup>14</sup> Mi riferisco ovviamente a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, *passim*.

propria cultura della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e una vera e propria cultura del precedente.

Sul precedente sottolineo solo due aspetti<sup>15</sup>. Non garantisce in alcun modo né *certezza* né *prevedibilità* del diritto il giudice che guarda al precedente per fare in fretta<sup>16</sup>. Il giudice, soprattutto, non deve correre il rischio di alzare la testa *verso l'alto* e ricercare (non la legge ma) il precedente. Il rischio sarebbe il formalismo, la standardizzazione, l'impoverimento della democrazia pluralista, che si nutre di pluralismo giurisprudenziale, anche di *conflitto* giurisprudenziale, grazie al quale il sistema nel suo complesso va avanti<sup>17</sup>. Il giudice, tenendo conto dei precedenti, deve tenere la testa rivolta *verso il basso*, cercando di fare giusta giustizia, prima di ogni altra cosa, per quel caso concreto che ha di fronte, senza sussumere meccanicamente niente da un precedente<sup>18</sup>.

Non esiste nulla di più sbagliato di una decisione resa da un giudice che non ci crede, con buona pace del sillogismo perfetto, il quale – pensato da Beccaria per spiegare il ruolo del giudice rispetto alla legge – rischia, oggi, di tramutarsi in un sillogismo pericoloso e discutibile se utilizzato per fondare il ruolo del giudice rispetto ad un altro giudice<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Premettendo in ogni caso che, per il nostro ordinamento, è sicuramente un tema scoppiato all'improvviso, negli ultimi decenni. Nel *Novissimo Digesto Italiano* – che dal 1957 prosegue il *Nuovo Digesto Italiano*, a sua volta continuo dal 1937 del *Digesto Italiano*, iniziato nel 1884 – al vol. XIII, del 1976, alla voce *precario (diritto civile)* segue la voce *precedenze nelle cerimonie*. Non vi è traccia della voce *precedente giurisprudenziale*. Esiste la voce *giurisprudenza*, nel vol. VII del 1974, scritta da Vittorio Colesanti, la quale, tuttavia, pur essendo molto bella, parla a sprazzi del precedente. Si consideri inoltre che sia il *Nuovo* sia il *Novissimo* erano diretti da Primi Presidenti della Cassazione.

<sup>16</sup> A volte del resto i modelli stranieri ai quali si guarda con interesse sono in fase di profonda trasformazione. Grazie al principio di proporzionalità e all'influenza della Corte di Strasburgo, è molto probabile che, nel medio periodo, la *Cour de Cassation* diventi molto differente da quella alla quale siamo soliti pensare, incominciando proprio dal nuovo modo di motivare (cfr. A. JANNARELLI, *Dalla rivisitazione della proprietà all'auto-riforma della Cour de Cassation: i primi frutti del diritto post-moderno*, in *Giustizia civile*, 2/2017, 361 ss.). Inoltre, dato che comunque i problemi in Italia esistono, andrebbero affrontati senza generalizzare, intervenendo prima laddove le questioni sono più serie e dopo (se del caso) altrove. Penso ad esempio all'eliminazione generalizzata del ricorso personale in Cassazione, misura deflattiva recente (come tante altre) che avrebbe dovuto tenere in considerazione maggiormente gli effetti a seconda dei destinatari: quando un detenuto scrive un ricorso sta esercitando molto più del suo diritto di difendersi. Basta leggere del resto la giurisprudenza di legittimità per rendersi conto che molte sentenze (sicuramente importanti) sono state pronunciate sulla base di un ricorso scritto di proprio pugno da un detenuto, senza alcun ausilio da parte di un avvocato cassazionista. Si stanno lasciando sul campo, per l'obbiettivo della deflazione, troppi illustri principi: in Cassazione, il ricorso personale e l'udienza pubblica, nel merito preoccupa non poco l'udienza in video-conferenza. In generale, il prossimo attacco potrebbe scagliarsi contro la collegialità, che già non è in uno stato di forma ottimale.

<sup>17</sup> Con queste precise parole si introduce il *diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*: “nei sistemi costituzionali pluralistici contemporanei l'entrata in vigore di una legge spesso non è affatto un *punto di arrivo* (...) costituisce il *punto di partenza* di una «lotta» per la specificazione del suo significato e, dunque, per la definizione della regola stessa” e “di questa «lotta» per la specificazione del significato delle regole poste dal legislatore l'intervento del giudice è oramai aspetto essenziale” (cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2002, 3).

<sup>18</sup> La Cassazione ha affermato, in una sentenza molto convincente, che, per derogare al criterio *legale* della stabilità dell'interpretazione, devono esserci *buone* ragioni, che diventano *ottime* ragioni in presenza di norme processuali. Giustamente, la Cassazione sostiene che il cambio di giurisprudenza deve interpellare il “senso della misura”, il senso della responsabilità dell'interprete. E continua: non servono formule matematiche per comprendere quando vi siano delle buone ragioni per fare un *overrule*, ma si deve riflettere attorno al senso di equilibrio e di misura, sulla responsabilità dell'interprete (Cassazione, Sezioni Unite civili, 6 novembre 2014, n. 23675). Nel merito, il giudice di legittimità sostiene che un *overrule* delle Sezioni Unite in materia processuale è possibile quando la precedente interpretazione è manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali, ingiusti.

<sup>19</sup> Non perché “non esistono fatti, ma solo interpretazioni”, semmai perché “esistono solo fatti, che conducono a diverse interpretazioni”. Quanto diverse? Certo, dire quanti sono i giudici appare eccessivo, tuttavia meno rischioso potrebbe essere appunto il criterio della motivazione rinforzata per distaccarsi da un precedente, una volta valutata *attentamente* la possibilità di ricostruire il dato fattuale di partenza entro la medesima previsione legislativa. La motivazione rinforzata ha il pregio di collocarsi per così dire a metà strada dall'essere un mero vincolo procedurale e un troppo forte vincolo sostanziale.

## 5. ... cultura della motivazione.

Sulla cultura della motivazione spendo qualche riflessione più articolata. In primo luogo, mi sembra auspicabile una tendenziale convergenza dei metodi interpretativi utilizzati dai giudici.

La Costituzione, la Carta dei diritti e la Convenzione sono tutte *materialmente* costituzionali. Pertanto, i giudici che maneggiano questi testi dovrebbero leggerli soprattutto in base al loro oggetto e al loro scopo. Non significa sbarazzarsi dell'interpretazione letterale o di quella che rinvia ai lavori preparatori, solo attribuirli il giusto peso ponderato, a fronte di testi tutti materialmente costituzionali, volti perciò a *limitare* il potere per *proteggere* i diritti<sup>20</sup>.

Senza una interpretazione figlia di una mentalità o di un approccio costituzionali nessuna carta potrà in realtà mai essere materialmente costituzionale. Affidare una Costituzione ad un giudice diplomatico, burocrate, poco coraggioso è la migliore garanzia per farla rimanere un pezzo di carta.

In secondo luogo, è necessario pensare a motivazioni che siano commensurabili. Un esempio. In Italia, il giudicato si forma sui *capi* e non sui *punti* della sentenza. Ed è inutile negarsi che, sempre in Italia, quando si ricerca un precedente il riferimento corre al principio di diritto. Ebbene, si tratta di due elementi che, per stare alla sentenza di Strasburgo, non sono facili da trovare: non esistono né capi né veri e propri principi di diritto *Italian Style*. Massimizzare la giurisprudenza di Strasburgo è una *Mission Impossible*. Non a caso esistono solo i *Factsheets*, proprio perché sono i fatti del caso concreto che ricoprono un ruolo determinante, fatti dei quali nelle massime della Cassazione si dice purtroppo poco o niente (e mi sembra evidente che una massima senza fatti è come tenere lontano il figlio dalla madre)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Questo non significa disconoscere le peculiarità di ciascuna attività interpretativa a seconda della corte nella quale si svolge il mestiere di giudice. Come cercherò di spiegare nel prosieguo, sarebbe forse meglio riferirsi ad un *approccio* del giudice piuttosto che alla sua attività interpretativa, ma, evidentemente, le due cose non sono nettamente separabili. Quanto alle *specificità* dell'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, basta riferirsi alla Convenzione di Vienna, ai sensi della quale i termini di un trattato devono essere interpretati in buona fede, in base al senso comune da attribuirgli nel loro contesto, che comprende anche *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties* (art. 31, § 2, lett. c). La Corte da tempo sostiene che l'art. 31, § 2, lett. c deve trovare piena applicazione nelle sue pronunce. Non di meno, la Convenzione è un *living instrument* e questo significa che la Corte utilizza, a fini interpretativi, non solo i trattati, le convenzioni, gli accordi firmati e ratificati dagli Stati parti, poiché tiene in considerazione *ogni* fonte di diritto internazionale in grado di chiarire la presenza o meno di un *common ground among the norms of international law*, indipendentemente dalle firme e dalle ratifiche degli Stati parti della Convenzione. In questo eterogeneo materiale di derivazione internazionale (sul quale fa chiarezza *Demir e Baykara v. Turchia*, G.C., 12 novembre 2008), rientrano anche i *non-binding instruments*, anche qui senza considerare se siano firmati e ratificati dagli Stati parti. Che le *non-binding international rules* abbiano un ruolo di primo piano nel diritto internazionale dei diritti umani, rendendo meno pregnante di quanto avvenga a livello statale la distinzione tra *hard law* e *soft law*, è affermato con nettezza dalla Corte Internazionale di Giustizia, ad esempio nella *Advisory Opinion* (8 luglio 1996) su *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Per quanto riguarda la Corte di Strasburgo, basta ricordare il peso dei rapporti del CPT e della Commissione di Venezia. Sempre sulla questione interpretazione, oltre al margine di apprezzamento, vi è da menzionare il *consensus criterion*, che tuttavia, come il margine di apprezzamento, si presta a usi e abusi, tanto è vero che, al contrario della Corte di Strasburgo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo (secondo me giustamente) a volte lo rifiuta esplicitamente (ad esempio, *Atala Riffo e figlie v. Cile*, 24 febbraio 2012, § 92). Infine, esiste una sorta di norma di chiusura, sempre prevista nella Convenzione di Vienna, che si ricava dalle due previsioni di cui agli artt. 26 e 27: *pacta sunt servanda* e divieto, per ogni Stato parte di un trattato, di invocare le previsioni del diritto interno al fine di giustificare *its failure to perform a treaty*. Che si debbano ricomprendere, in questo secondo caso, anche le disposizioni costituzionali e soprattutto i principi supremi è la questione del futuro, la quale, nonostante assuma significato differente, riguarda i rapporti tra gli Stati e *tutte* le corti apicali non statali, dalla C.I.G. alla Corte di Giustizia alla Corte di Strasburgo. Il mare è in tempesta, verrebbe da dire, l'importante è rendersi conto che le organizzazioni internazionali o sovranazionali che dir si voglia non sono calate dall'alto da una qualche (cattiva) divinità ultraterrena, ma sono creazioni pur sempre volute dagli stessi Stati. Un libro pionieristico, che si sforza di inquadrare *as a whole* gli *human rights commitment* degli Stati, è *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions*, Edited by E. BREMS and E. DESMET, Elgar, UK, 2017.

<sup>21</sup> Non sto affermando che leggendo una sentenza della Corte di Strasburgo non è possibile enucleare alcun principio di diritto. Solo che, intanto, dovremmo preliminarmente intenderci rispetto a questo termine, che, se riferito alla Corte di Strasburgo, non può avere un significato identico rispetto a quello che utilizziamo per il nostro ordinamento. Inoltre, quando anche si riuscisse nell'impresa definitoria, si sarebbe comunque di fronte, per quanto riguarda la Corte europea

Non parlo di motivazioni *standard*. Sarebbe un odioso e azzardato ossimoro. Il “giornale di viaggio della sua logica” – vale a dire la motivazione – il giudice lo scrive e riscrive ogni volta, anche ricorrendo all’intuizione, per definizione ribelle a qualsiasi standardizzazione<sup>22</sup>.

Tuttavia, a parte che è possibile un comune impegno dei giudici affinché vi siano delle regole redazionali comuni (ad esempio, la suddivisione in *brevi* paragrafi *numerati*), non possiamo leggere una sentenza di Strasburgo indossando gli occhiali con i quali leggiamo le sentenze italiane. Proviamo a domandarci non cosa sia la Corte di Strasburgo (corte costituzionale, cassazione, giudice di merito, quarto grado), ma quanto le nostre corti (e quindi i nostri giudici) ragionano in modo simile ai giudici di Strasburgo, visto il comune fine (la protezione e la salvaguardia dei diritti degli esseri umani). Non ritengo persuasiva la critica che si potrebbe esporre a tale proposito, alla quale controreplico che non avrebbe molto senso stimolare una corte *europea* ad essere di volta in volta più russa, più turca, più inglese e più italiana.

Dobbiamo pertanto ritornare a dibattere sui fondamentali. Per richiamare Mario Dogliani: “tornare alle questioni radicali è un bisogno”<sup>23</sup>. Questo proprio a partire dal tema della motivazione, ridiscutendo *da cima a fondo* distinzioni oggi malconce. Troppo lineari, drastiche, categoriche. Poco adatte a un diritto complesso, utili (forse) per un diritto semplice (se mai esistito)<sup>24</sup>.

Si considerino le distinzioni fatto/diritto (dogma-madre di tutti i problemi<sup>25</sup>), *ius litigatoris/ius constitutionis*, *ratio decidendi/obiter dicta*, cosa interpretata/cosa giudicata, chiesto/pronunciato. Che dire della problematicissima tecnica dell’assorbimento, che *azzoppa* la motivazione negando il pronunciamento sul chiesto. Tecnica che serve a volte solo al fine di procedere speditamente, in ossequio al motto odierno del *public or perish* (pubblici o soccombi), utilizzato (purtroppo) anche nelle università, non solo nelle corti. Assorbimento che espone a rischi altissimi ogni giudice, come sappiamo in Italia quando la Corte di Strasburgo ci condanna, in modo inopinabile, perché non vi è stata pronuncia sulla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. D’altro canto, la Corte di Strasburgo decide di affrontare un problema di convenzionalità anche perché il giudice interno non ha speso a proposito nemmeno una parola, proprio per via dell’assorbimento.

---

dei diritti dell’uomo, ad una proposizione giuridica incapace di staccarsi dal caso concreto. Non dimentichiamo, tra l’altro, che il rapporto tra Convenzione e Corte non è mediato da alcuna legge, così come invece accade tra Costituzione e Corte costituzionale, Corte di Cassazione, giudici di merito. Questo significa che la Corte di Strasburgo è lasciata “sola” nell’interpretazione della Convenzione e pertanto il suo rapporto con i fatti del caso assume una sfaccettatura relevantissima.

<sup>22</sup> Non poteva che essere la voce di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954 a definire la motivazione “il giornale di viaggio della logica del giudice” (*ivi*, 97). Motivazione che è “una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la «razionalizzazione» del senso di giustizia; è la dimostrazione, che il giudice vuole dare a sé stesso prima che alle parti, della *ratio scripta* che convalida la scoperta nata dalla sua intuizione” (*ivi*, 102-103). Ed ancora: “il senso della giustizia non è una variabile illusione soggettiva, ma una educazione dello spirito che si affina e si perfeziona coll’esperienza, tanto da poter giungere a intravedere da sé, per intuizione, quella soluzione giusta, che trova nei libri la riprova sicura della dottrina”. E questo perché “il giurista non è un prontuario legislativo: il giurista (...) è colui che sa come si fa a studiare un caso giuridico, è colui che conosce il metodo per scoprire i profili giuridici dei casi umani; ma soprattutto è colui che *sente* come un caso deve esser risolto” (*ivi*, 104). Per concludere: “Per ottenere che nella formazione della sentenza si produca quella auspicabile coincidenza tra la intuizione che detta e la ragione che controlla (e che di conseguenza la motivazione sia veramente una leale spiegazione e non un fallace travestimento della decisione), è necessario che nel giudice sentimento e ragione siano per così dire all’*unisono*” (*ivi*, 107).

<sup>23</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, 7.

<sup>24</sup> Diritto complesso significa diritto liquido? Per Zygmunt Bauman sì, ma anche per la Cassazione italiana, secondo la quale esiste “il principio della ragione più liquida che, imponendo un nuovo approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell’impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell’ordine di trattazione delle questioni di cui all’art. 276 cod. proc. civ., con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, oramai anche costituzionalizzata” (Cassazione civile, Sezione VI, 7 aprile 2014, § 4, che richiama altri precedenti, anche delle Sezioni Unite, in materia di giudicato implicito).

<sup>25</sup> Cfr. F. RIGANO, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 96 ss., secondo il quale la distinzione tra giudizio di fatto e di diritto assomiglia appunto ad un vero e proprio dogma.

Corte europea dei diritti dell'uomo che, sia chiaro, parlando di motivazione, mostra problemi giganteschi, arrivando addirittura a negarla completamente<sup>26</sup>, ma che almeno ricorre con estrema parsimonia alla tecnica dell'assorbimento, anzi a volte riformula il chiesto pur di pronunciarsi (per la violazione, *of course*)<sup>27</sup>.

Ed ancora: quanto regge oggi la enciclopedica distinzione tra funzione endoprocessuale e extraprocessuale? Da una parte, le motivazioni della Cassazione e della Corte costituzionale, corti *una volta* apicali, sono lette e criticate dalle corti europee. Dall'altra parte, il giudice, che di certo pronuncia in nome del popolo, deve avere come *primo* destinatario della sua pronuncia la persona in carne e ossa che ha di fronte. La prima destinataria di una sentenza non dovrebbe essere una inanimata e indistinta società, semmai l'essere umano che ha fatto affidamento al giudice affinché il *suo* caso sia risolto in modo giusto.

Sono poi commensurabili motivazioni di sentenze sempre unanimi, per via della mitica segretezza della camera di consiglio e sentenze che contengono in bella vista il pensiero dell'opinione del singolo giudice del collegio<sup>28</sup>? E' possibile paragonare motivazioni che

---

<sup>26</sup> Come in sede di ammissibilità a giudice unico, così anche in sede di *referral* e di *relinquish* la Corte non fa sapere (non rende pubbliche, quindi, *de facto*, non esistono) le motivazioni alla base delle proprie decisioni, qualunque siano, negative o positive. Non sempre si colgono le conseguenze di questa (pessima) scelta, poco in linea con il testo convenzionale. Risulta difficile sostenere quale sia il vero motivo per il quale si utilizza il *relinquish*. Lo stesso per il *referral*. Il massimo che si può fare è studiare le prassi. Il *relinquish* può essere utilizzato, fermo il potere di veto delle parti, sia per problemi di tenuta del precedente (quando la pronuncia rischia di essere *inconsistent* con precedenti pronunce) sia per gravi problemi (*serious question*) di interpretazione della Convenzione. Sarebbero proprio le motivazioni gli strumenti più appropriati per comprendere il contenuto di queste due clausole, ma, dato che non esistono, ci si deve rifare ai singoli casi concreti. Che dimostrano usi i più differenti del *relinquish*, come ad esempio quando una questione è per la prima volta sottoposta alla Corte. In ogni caso, la scomparsa del potere di veto delle parti, prevista dal Protocollo 15 (mancano 6 ratifiche, tra le quali quella italiana), è stata sicuramente voluta per poter meglio garantire la *consistency* della giurisprudenza (così il § 25.d della *Dichiarazione di Brighton* del 2012, che chiede ai Governi di non apporre più il veto, proprio in previsione della riforma). Anche la Corte è stata d'accordo: si veda la *Preliminary Opinion* sul Protocollo 15 (§§ 16 e 38) e poi il § 7 dell'*Opinion* sul *draft* del Protocollo 15. Sul *referral* (domandabile, entro tre mesi dalla data della sentenza della Camera, in casi comunque eccezionali, per *serious question* interpretative e *serious issue of general importance*) esiste un importante documento redatto dalla Corte (ottobre 2011), nel quale si riassumono le prassi. In tre anni (novembre 2008-ottobre 2011), il *panel* di cinque giudici incaricato di valutare il *referral* – che si riunisce ogni due mesi, è composto dal Presidente della Corte, due Presidenti di Sezione a rotazione per sei mesi e due giudici delle restanti Sezioni sempre per sei mesi, al quale non può mai partecipare nessun giudice che ha già partecipato al giudizio di ammissibilità e di merito – ha considerato più di 2.000 richieste. Nel 40% dei casi avanzate dai Governi, nel 56.5% dai ricorrenti (il rimanente 3,5% da entrambi). Quali sono stati gli esiti delle richieste? In primo luogo, va rilevato un esito scontato. Dato che i Governi non usano più il veto sul *relinquish*, le statistiche non potevano che mostrare che, sulle 110 richieste di *referral* accolte, ben 59 sono state presentate dai Governi e 44 dai ricorrenti (i 7 rimanenti da entrambi). Non solo l'accoglimento del *referral* è davvero un evento eccezionale (in linea con l'art. 43), ma i Governi hanno avuto più fortuna (o se si vuole più bravura) dei ricorrenti (53% di accoglimenti, contro 40%). Ma, al di là di questo dato, colpisce anche un altro aspetto: il numero di richieste di *referral* è molto elevato (due ogni tre, considerata una media di un migliaio di sentenze annue) e questo potrebbe giustificare (purtroppo) ancora di più la mancata motivazione. In secondo luogo, un esito meno scontato. Sul totale delle pronunce della Grande Camera nel triennio considerato, 110 sono state a seguito di *referral* e 101 di *relinquish*. Cosa significa? Essenzialmente che, anche nel caso di *relinquish*, siamo di fronte ad un strumento che ha natura eccezionale. Il che ribadisce un mio convincimento: l'indice della Grande Camera per valutare il consolidamento non è appropriato. Per garantire il consolidamento lo strumento convenzionale più idoneo non può essere né il *referral* né il *relinquish* e questo proprio perché se così fosse non sarebbe comprensibile il numero estremamente esiguo di pronunce della Grande Camera.

<sup>27</sup> Ho tentato di inquadrare un (drammatico) caso del genere in D. GALLIANI, *Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 aprile 2017.

<sup>28</sup> A tale proposito sono debitore di una riflessione di Vladimiro Zagrebelsky. Anche la presenza delle opinioni separate è una dimostrazione che riferirsi alla giurisprudenza di Strasburgo in termini di consolidamento è problematico, visto che sono proprio le opinioni dei singoli giudici della Corte a poter dimostrare l'esistenza di un oggettivo problema di consolidamento giurisprudenziale. Il che, ovviamente, non significa che non si debba e non si possa garantire eguaglianza anche a Strasburgo, solo che l'obbligo internazionale al quale per Costituzione il nostro paese è soggetto non si può ritagliare con il criterio del consolidamento, concetto che sembra quasi ammettere una sorta di *prendere o lasciare*. Quelle consolidate vanno bene, le altre si può decidere come procedere.

richiamano la dottrina autorevole, maggioritaria, persuasiva e sentenze che citano il nome e il cognome di questa beneamata ed irresistibile dottrina<sup>29</sup>? Sono parametrabili sentenze di corti che non ammettono interventi di parti terze e quelle di corti che non possono fare a meno dell'*amicus curiae*<sup>30</sup>?

Come conciliare motivazioni scritte di proprio pugno dal giudice relatore con sentenze nelle quali svolgono un ruolo fondamentale *di scrittura* i giuristi di una corte<sup>31</sup>? Lo stesso si dica per sentenze scritte dal giudice più “esperto” della materia e sentenze scritte (o meglio governate) dal giudice non più “esperto” ma eletto dallo Stato parte resistente nel giudizio<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> A differenza di molti, non sono allergico (quando servono) alle sentenze dottrinarie. Non concepisco però la mancanza di trasparenza. Faccio solo notare che, nel nostro ordinamento, non è prevista alcuna sanzione nei confronti del giudice che decidesse di citare nome e cognome la dottrina. Sicuramente non vi sarebbe nullità della sentenza, essendo le ipotesi di nullità solo quelle tipizzate dalla legge. Si può discutere senz'altro dei pregi e dei difetti di un cambio di rotta, così come dell'opportunità di una nuova prassi ad esempio partendo dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Cassazione. Allo stesso modo, sarebbe interessante collegare questo tema a quello delle opinioni separate. Tuttavia, sarebbe davvero sbagliato e superficiale tranciare la discussione richiamando una prassi in senso contrario. Anche se unanime, sempre di prassi stiamo discutendo e, come tutte le prassi, possono essere superate da altre prassi, basta volerlo.

<sup>30</sup> Sostenere che l'ordinamento italiano non è obbligato alla riapertura del processo civile e amministrativo è dire una cosa (per ora) giusta. Certo più difficile da argomentare quando il caso è quello del ricorrente vittorioso, ma ammettiamo che non esista alcun obbligo di riapertura. Allo stesso modo, possiamo sicuramente dare per scontato che è fondamentale tutelare soprattutto i controinteressati. Concesse queste due premesse, mi sembra però si debba riconoscere che: 1) gli Stati che hanno deciso di procedere nel senso della riapertura sono la dimostrazione più lampante che da parte di Strasburgo non vi è indifferenza al tema; 2) il margine di apprezzamento, in questo caso, costituisce la vera chiave di volta: non mi sembra che Strasburgo non obblighi alla riapertura perché voglia in qualche misura proteggere i terzi, ma lo fa poiché vuole lasciare agli Stati (quindi ai legislatori e ai giudici) la decisione circa le diverse modalità con le quali intervenire in materia. Insomma, la posizione italiana, che per ora vede Corte costituzionale e legislatore procedere di pari passo (nessuna riapertura nel civile-amministrativo), mi ricorda quella di chi, al termine delle scuole primarie, non svolgeva i compiti estivi perché nessuno li avrebbe corretti alla ripresa settembrina della scuola superiore. Intendiamoci, è una posizione legittima, ma che dovrebbe fare alquanto riflettere, soprattutto poiché, in alcune circostanze, la conclusione alla quale conduce è del tutto incomprensibile. Un esempio. Una persona ricorre a Strasburgo ritenendo leso il suo diritto di difendersi e la Corte accorda la violazione dell'art. 6, non indicando alcuna misura specifica da prendere a livello statale, richiamandosi pertanto al margine di apprezzamento. E' compito dello Stato (italiano) decidere come procedere. Il vittorioso ricorrente, tornato nel nostro ordinamento, si rivolge ad un giudice, il quale (e sto parlando dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) solleva la q.l.c. dubitando della impossibilità di riapertura del processo. Che il civile-amministrativo debba ricevere un trattamento diverso dal penale? La Corte costituzionale (sent. [n. 123 del 2017](#)) risponde in termini perentori: non è possibile intervenire in modo additivo, spetta al legislatore decidere. Invito a riflettere sulla conclusione della vicenda: il diritto di difendersi – che come sappiamo è il contro-limite che per la prima volta è stato azionato *in concreto* dalla Corte costituzionale nei confronti della C.I.G., quindi un vero e proprio principio supremo del nostro ordinamento – va incontro ad una sorte tragicomica. La Corte di Strasburgo sostiene che esiste il margine di apprezzamento, che spetta quindi agli Stati decidere. La Corte costituzionale, a sua volta, afferma che spetta al legislatore intervenire. Di conseguenza, quello che è un principio supremo per il nostro ordinamento, il diritto di difesa, è un principio supremo sulla carta. E' possibile sostenere che, a fronte di questo scenario, finché la Corte di Strasburgo non sarà più chiara, il nostro ordinamento può stare in silenzio e limitarsi ad aspettare le scelte del legislatore? E se il monito, come in tante occasioni, non sortisce alcun effetto, che ne è del principio supremo, la cui concretizzazione è quello che veramente conta?

<sup>31</sup> Qui non si tratta di entrare negli *arcana imperii* delle corti (sempre debbano esistere). Il punto è molto semplice. Esistono delle differenze di fondo, strutturali, facilmente comprensibili, tra una sentenza redatta da un giudice e una scritta da un giurista. Le prime seguono lo stile del relatore, le seconde sono più formattate. Non è nemmeno possibile enfaticizzare oltremisura, a questo proposito, le opinioni separate. Infatti, il paragone da fare è tra motivazioni che decidono un caso. Le opinioni separate sono di fondamentale rilevanza, non di meno sono pensate, laddove esistono, non per dare la possibilità a tutti i giudici di scrivere la propria sentenza, semmai per consentire il dissenso o il concorso con la motivazione della maggioranza. A volte esistono opinioni separate che assomigliano in tutto e per tutto a sentenze vere e proprie, tuttavia sono casi episodici e comunque deviano (legittimamente, si intende) dal modello, che è quello di dare la possibilità di dissentire e di concorrere rispetto alla maggioranza.

<sup>32</sup> Mi sembra del tutto condivisibile la proposta di integrare la difesa italiana presso la Corte di Strasburgo, soprattutto quando i casi sono particolarmente complicati, con magistrati italiani che delle diverse tematiche hanno potuto occuparsi nel corso della loro esperienza (così A. BALSAMO, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, Bologna, 2017, 300, il quale si riferisce, come esempi nei quali sarebbe stato necessario, a *Contrada* e a *Varvara*). Voglio evidenziare non di meno un aspetto. Se si tratta di una

In tutti questi casi, le questioni sono *evidentemente* diverse, ma il problema *di fondo* è unico: servirebbe maggiore commensurabilità, ottenibile ridiscutendo da cima a fondo il senso (europeo?) della motivazione, in un contesto nel quale peraltro la distinzione *common/civil law* continua ad essere sempre più discutibile<sup>33</sup>.

### 5.1. *Qualche punto fermo.*

Ripensare dalle fondamenta le questioni che ruotano attorno alla motivazione non significa partire da zero. Abbiamo qualche punto fermo. Ne indico unicamente tre.

In primo luogo, la motivazione implicita, la motivazione *per relationem* e altri simili *escamotage* dovrebbero semplicemente sparire dalla faccia della terra. Sono letteralmente non motivazioni<sup>34</sup>. Oggi ancora più deleterie nel momento in cui taluni giudici (non in un libro, ma in una sentenza) accostano al bellissimo sostantivo *sentenza*, che denota il mestiere del giudice, quello sinistro di *prodotto*, vocabolo tipicamente aziendalistico. In modo non dissimile, ci siamo abituati in Università a chiamare i nostri *libri e articoli* come *prodotti*<sup>35</sup>.

---

strada percorribile e vantaggiosa, non va confusa con la possibilità di presentare interventi di parti terze. Il punto è molto rilevante. Il modello processuale convenzionale *attualmente* vigente implica che sia lo Stato parte resistente a rappresentare nel suo complesso ogni organo/potere pubblico statale. Non mi sembra percorribile la strada di ritenere possibile l'intervento di parti terze al fine di estendere la platea degli attori statali che possono esporre le proprie argomentazioni dinanzi alla Corte. Le parti terze sono altri Stati parti della Convenzione, qualificate ONG, un insieme di studiosi che la Corte può ammettere per aumentare le conoscenze generali del sistema oggetto del ricorso. Gli organi e i poteri statali sono rappresentati sempre e comunque dallo Stato resistente ed è quindi entro la rappresentanza dello Stato che si può riflettere attorno a strumenti di coordinamento con attori ulteriori e diversi da quelli abitualmente dediti alla difesa statale. Del resto, è quanto già avviene in riferimento a Stati diversi dall'Italia, ad esempio il Regno Unito, il quale, a fronte di casi di particolare rilevanza, sovente integra l'abituale rappresentanza con figure di primo piano della giustizia inglese. A mio modo di vedere, non si può risolvere il problema delle parti terze con l'attuale sistema convenzionale e, pertanto, o gli Stati lo modificano oppure consentono la riapertura interna, con tutta una serie di garanzie e precauzioni a favore delle parti terze. Chi lo deve fare? Non vale rispondere solo il legislatore, poiché anche il giudice è soggetto agli obblighi internazionali. Nel medio periodo i moniti rivolti al primo, se non porteranno ad alcuna scelta, non è difficile prevedere che si dovranno tramutare in prese di posizione più decise.

<sup>33</sup> Sono destinati a sopravvivere i verdetti immotivati della giuria? Da un lato, la maggiore importanza oggi dei fatti significa anche necessità di motivare quando si decide sui fatti. Dall'altro lato, è proprio il contesto europeo a spingere in senso avverso ai verdetti immotivati della giuria. Si consideri *Lhermitte v. Belgio*, G.C., 29 settembre 2016. Dopo una spaccatura in Camera (4 vs 3 per la non violazione), la frattura si riproduce in Grande Camera: 10 giudici sono per la non violazione, 7, tra i quali il Presidente della Corte, per la violazione. Oggetto del contendere a Strasburgo appunto il verdetto senza motivazione della giuria e la sua compatibilità con l'art. 6. Il problema di fondo esiste ed è gigantesco: assicura il *fair trial* la condanna decisa senza rendere motivazione? Aggiunto un altro spunto. Piuttosto che ritornare sopra una distinzione ostica (la motivazione è procedura o sostanza?), proviamo a riflettere sopra una nuovissima questione: non è forse vero che, nel contesto europeo, si potrebbe ottenere una *fiducia reciproca* tra Stati con una sorta di primo ravvicinamento delle legislazioni in materia di motivazione? L'Unione Europea, entro la quale esiste un obbligo di motivazione degli atti giuridici adottati dalle sue istituzioni (art. 253 TCE, ora art. 296 TFUE), ha già adottato fondamentali direttive a garanzia dei diritti *nel* processo. Il tema della motivazione di un provvedimento giurisdizionale non è quindi da escludere in partenza, sempre si consideri la motivazione un diritto fondamentale delle persone, che forma un sistema unitario con il diritto di difesa e il diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale. Sull'obbligo di motivazione di un atto dell'Unione quale principio fondamentale del diritto comunitario, che serve anche a garantire l'eguaglianza delle parti dinanzi alla Corte di Giustizia, si veda la storica sentenza del 12 dicembre del 2006 del Tribunale (Sezione II) nel caso T-228/02, in merito ad una decisione di congelamento di fondi. Le argomentazioni avanzate in questa sentenza, la prima con la quale la Corte ha annullato un atto comunitario per violazione di alcuni diritti fondamentali, tra i quali l'obbligo di motivazione, sembrano davvero (e a maggior ragione) estendibili anche all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. Ringrazio Roberto Bin per lo spunto sull'obbligo di motivazione degli atti europei.

<sup>34</sup> Una rassegna aggiornata delle più diverse invenzioni a proposito realizzate dal legislatore e dalla giurisprudenza in C. RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione cd.* collage, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2016, 205 ss.

<sup>35</sup> Nella lingua inglese, grazie alle sue uniche regole grammaticali, è ancora più evidente il collegamento tra il giudice e la sentenza, impiegandosi per la seconda (*judgement*) un derivato dal primo (*judge*), così come del resto

In secondo luogo, è necessario adottare veramente un approccio *antropocentrico*, che significa materialmente costituzionale e convenzionale<sup>36</sup>. Quando *ogni* giudice motiva deve mettersi nei panni dell'essere umano che subisce una pena, una misura di prevenzione, una sanzione pecuniaria, una interdizione, una confisca. Lo *stupendo* comma 3 dell'art. 27 Cost. inizia con un *plurale* (le pene) per terminare con un *singolare* (il condannato), anticipando di decenni i famigerati criteri *Engel*. Bisogna che *ogni* giudice scriva una motivazione come se fosse il destinatario di quanto decide.

Quando infatti sosteniamo che motivare è un principio di civiltà intendiamo dire che motivare *in un certo modo* è un principio di civiltà. Questo modo è l'empatia, il mettersi nei panni altrui, convincersi finalmente che la sentenza è il frutto non solo della mente illuminata del giudice, ma del travaglio del processo al quale partecipano orizzontalmente uomini in carne e ossa, giudice compreso<sup>37</sup>.

Infine, in terzo luogo, è obbligatorio andare oltre l'idea che possa esistere, in una democrazia pluralista, un qualche diritto di avere l'*ultima* parola. Se è difficile anche solo immaginarlo quando si riflette attorno al problema del rapporto tra ordinamenti (così non la pensano i sostenitori dei controlimiti), oramai diviene complicato anche limitandosi al singolo caso concreto nel quale si *denega* giustizia.

A parte una delle scelte più felici che hanno fatto i nostri costituenti, ossia la costituzionalizzazione dell'errore giudiziario – che serve a ricordarci che i giudici sono prima di tutto esseri umani, che possono dare vita a diverse ricostruzioni dei fatti oggettivamente incompatibili – è sufficiente con Ronald Dworkin mettersi nei panni di una persona che ritiene non sia stata fatta giusta giustizia. Al cui caso magari un giudice ha dedicato poco tempo, schiacciato dalla impressionante mole di motivazioni che deve scrivere in una giornata, passato spesso molto tempo dalla camera di consiglio che ha deciso il dispositivo<sup>38</sup>.

---

avviene in riferimento al *lawyer*, l'avvocato, che rende verbo il *law*, il diritto. Le Sezioni Unite civili della Cassazione descrivono il sistema giustizia come un servizio per la collettività che ha come parametro l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del "prodotto-sentenza" (n. 24883, 23 settembre 2008).

<sup>36</sup> Ha scritto C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* (1979), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 77 ss. che tutelare la Costituzione significa anche adottare una visione antropocentrica.

<sup>37</sup> Ho cercato di spiegare questo modo di procedere in particolare della Corte di Strasburgo, con osservazioni generalizzabili a qualsiasi giudice, in un commento ad un caso davvero significativo: cfr. D. GALLIANI, *La libertà di religione in un'aula di giustizia: istruzioni per l'uso dalla Corte di Strasburgo*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2018. In questa sede mi limito a sottolineare un fatto che mi ha sempre colpito, vale a dire la capacità dei giudici appartenenti alla tradizione anglosassone di utilizzare la motivazione dandole non un significato fisso una volta per sempre, ma adattabile a seconda dei casi. Ad esempio, in *Brown v. Plata* (3 maggio 2011) della Corte Suprema degli Stati Uniti, i cinque giudici della maggioranza hanno deciso di allegare alla *Opinion of the Court* tre foto che ritraevano la condizione dei penitenziari della California. Quasi per giustificare, anche in questo modo, la loro fortissima decisione, che confermava l'ordine impartito allo Stato di far uscire dai penitenziari un detenuto ogni quattro, 37.000 su 150.000, per via delle condizioni *cruel and unusual*. Mi sono rifatto a *Brown v. Plata* in D. GALLIANI, *Una pena clemente. Qualche riflessione in materia di umanità penitenziaria*, in *Questione Giustizia*, 8 marzo 2018. E' chiaro che sul modo di procedere dei giudici anglosassoni influisce in modo determinante il generale disvalore della possibilità di appello, tuttavia l'esempio delle foto allegate ad una sentenza mi sembra utile per ragionare attorno ad un determinato approccio al mestiere del giudice, indipendentemente dal sistema nel quale si colloca. Si è detto nel testo dell'approccio empatico, il quale non di meno ha come premessa la necessità, propria di ogni giudice, di prendere sul serio i fatti del caso concreto. Il fatto, cacciato nel fondo scala dal positivismo-legalista e dal conseguente concettualismo, si sta oggi riprendendo le sue meritate rivincite, che poi significa anche un nuovo approccio *rights oriented* più che *law oriented* (il lavoro di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008 si conclude proprio nel senso di un ripensamento del posto del fatto rispetto al diritto).

<sup>38</sup> Devo a Roberto Bin una semplice e allo stesso tempo profonda domanda: cosa è meglio per una persona ad esempio al carcere duro che decide di rivolgersi ad un giudice, che il giudice decida bene impiegando il tempo necessario oppure che decida presto impiegando il tempo a sua disposizione? Essendo convinto che non esistano casi identici e casi facili, resto persuaso che la soluzione migliore sia la prima, per la persona che ha fatto affidamento al giudice e per il sistema nel suo complesso. Il punto di partenza che adottato può essere radicalmente contestato, anche se penso non sia facile farlo: la durata ragionevole di un processo non potrà mai essere *da sola* alla base della sua *fairness* (cfr. G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*). Se un giudice

Per questa persona avere più giudici è positivo. Non è negativo. Più lunga la ghirlanda giurisprudenziale<sup>39</sup> più riuscirà a dimostrare le sue ragioni, che, indisponibilità di tempo dei giudici a parte, non devono correre il rischio di rimanere confuse e ingabbiate nelle soluzioni poco giuridiche e molto diplomatiche alle quali spesso i giudici ricorrono, come l'assenza di rime obbligate (per il versante interno, che, invece di fare giustizia, anche giustizia costituzionale, spende moniti e auspici rivolti ad un legislatore non più aggettivabile) e come il margine di apprezzamento (per il versante alsaziano, *margin of appreciation* che costituisce gioia e dolore del sogno europeo dei diritti umani). Sia concessa una battuta: meno moniti e margini, più giustizia, costituzionale e convenzionale.

Potrei anche sostenere che molte sentenze rese da Strasburgo potevano anche non vedere la luce se solo i *nostri* giudici avessero avuto più coraggio (di questo si tratta) nel procedere con un'interpretazione costituzionalmente orientata. Come si fa a negare, a questo punto, che è meglio avere uno o più giudici a Berlino, nel momento in cui si fa ancora troppa fatica a rendere viva e concreta – tutti i giorni, in tutti i casi – la Costituzione più bella del mondo?

Gli esempi sono decine e decine. Ne faccio solo uno. Per quale motivo il signor Torreggiani ha dovuto attendere che fosse il giudice di Strasburgo a sostenere che costituiva un trattamento *inumano e degradante* stare di giorno in cella avendo a disposizione meno di tre metri quadrati e dormire di notte al terzo piano di un letto a castello, non potendo sollevare le ginocchia perché altrimenti sbattevano contro il soffitto della cella? Forse il giudice italiano è in grado di sostenere che un trattamento contrario al *senso di umanità* costituisce qualcosa di diverso?

## 6. Il post [De Tommaso](#).

Riprendendo il filo del discorso e quindi tornando per un momento alle misure di prevenzione, pertanto alla [De Tommaso](#), la reazione giurisprudenziale italiana è stata a macchia di leopardo. In inglese si dice anche *peppered*, con richiamo al noto effetto eccitante e infiammante del peperoncino<sup>40</sup>.

---

(da solo) scrive in un anno più di 500 sentenze – come avviene nella Cassazione italiana (come tutte le medie, anche questa va presa con cautela, poiché esistono picchi di motivazioni stese da alcuni giudici, molto lontani dai numeri più limitati, per diversi motivi, di altri) – non penso si possa sostenere che abbia avuto il tempo per dotarle tutte, senza esclusione, di una buona motivazione. Vero che molto dipende da cosa si intende con buona motivazione, però non va perso di vista il problema di fondo: non esiste alcuna garanzia che 100 sentenze invece di 500 siano corredate da una buona motivazione, tuttavia esistono *forti* indizi per supporre un rapporto inversamente proporzionale tra il numero di sentenze che si devono scrivere e la loro qualità motivazionale. E' innegabile che il numero di ricorsi con il quale si confronta la Cassazione italiana è un *unicum* nel panorama addirittura mondiale. Tuttavia, oltre a ribadire quanto detto in precedenza (nota 17), mi sembra importante sottolineare che, quando i problemi sono così complessi, è inutile cercare una sola causa. In altri termini, non scordiamo che, oltre al numero di avvocati (e di giudici) presenti nel nostro paese ed oltre a tanti altri aspetti che influenzano in modo rilevante il numero di ricorsi, conta moltissimo anche la (scarsa?) qualità della nostra legislazione, forse anche in questo caso un *unicum* nel panorama mondiale. Non solo nel merito. Un esempio, tra i moltissimi. Il 6 marzo 2018 è entrato in vigore il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, approvato in attuazione di una delega contenuta in una legge già assai nota, la legge 23 giugno 2017, n. 103 (la legge Orlando, approvata con la questione di fiducia, composta dal solito articolo unico e da un centinaio di commi e contenente plurime deleghe con plurime scadenze). Il d.lgs. n. 11 del 2018 introduce nuovi limiti alla possibilità di appello in materia penale. Questi nuovi limiti varranno per gli appelli non ancora presentati, ma *niente* si dice a proposito del destino di quelli già proposti. Il merito come sempre si può discutere, ma è concepibile l'assenza di un qualsiasi regime transitorio? Anche ad un legislatore del genere si devono imputare i problemi della giustizia italiana riguardante il numero di ricorsi.

<sup>39</sup> Faccio mio in parte il titolo del noto volume, vincitore del premio Pulitzer, di D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante* (1979), Adelphi, Milano, 1984.

<sup>40</sup> Decisa dalla Grande Camera il 23 febbraio 2017, dopo che il 25 novembre 2014 la Camera della Seconda Sezione aveva deciso per il *relinquish*, la [De Tommaso](#) merita di essere ricordata anche perché è il primo caso nella storia della Corte nel quale la parte resistente (il Governo italiano...) domanda alla Grande Camera di *strike out* una parte delle doglianze.

Non è questa la sede per esprimere giudizi nel merito. Mi limito ad un diligente resoconto. Abbiamo avuto due mesi turbolenti in Cassazione: 1) una pronuncia delle Sezioni Unite che disapplica il vivere onestamente e rispettare le leggi, non ritenendolo più in grado di integrare alcun reato, ma capace solo di aggravare la misura (*Paternò*, 5.9.17); 2) una q.l.c. sollevata dalla Sezione II sul medesimo problema risolto dalle Sezioni Unite (*Sorresso*, 25.10.17); e 3) un rifiuto di sollevare la q.l.c. da parte della Sezione I, sul presupposto che esistono, nella giurisprudenza di legittimità, degli spunti tassativizzanti non pienamente valorizzati da Strasburgo (*Bosco*, 30.11.17, che sviluppa il cammino iniziato con *Scagliarini*, 24.3.2015)<sup>41</sup>.

Si devono poi aggiungere una moltitudine di orientamenti dei giudici comuni, che hanno adottato praticamente tutte le soluzioni astrattamente ipotizzabili. Dal sollevamento a loro volta della q.l.c. (Napoli, 14.3.2017) al rigetto della q.l.c. (Milano, 30.11.2017), dalla messa da parte della *De Tommaso* (Milano, 7.3.2017, Palermo, 28.3.2017) a scelte che si sono limitate nel dispositivo a prescrivere di vivere onestamente e di rispettare le leggi (Monza, 15.5.2017).

Lo scenario post *De Tommaso* è normale, fa parte della democrazia pluralista che si nutre anche di conflitti giurisprudenziali? Certo, il panorama appena descritto è popolato di motivazioni adeguate, rinforzate, non succinte, non coincise, non semplificate.

### 7. Morale della favola.

Rimane un aspetto, la famosa morale (relativa) della favola. Il nostro ordinamento, lo capisce chiunque, legislatore a parte, è affollato di disposizioni che gridano scandalo. Uno scandalo prima di tutto costituzionale<sup>42</sup>.

Le interdittive antimafia non *pienamente* giurisdizionalizzate. Le pene accessorie *automatiche*, ad esempio la perdita automatica della responsabilità genitoriale per tutti i condannati alla pena dell'ergastolo. Le *draconiane* sanzioni amministrative pecuniarie. Fino alle confische estese che devono essere *sempre* disposte *salvo* prova contraria.

Per non dire delle disposizioni legislative *ricattatorie* (ometto volutamente le virgolette): se una persona si avvale del diritto di stare in silenzio può ostacolare le funzioni di vigilanza della CONSOB o della Banca d'Italia e per questo essere sanzionato pecuniariamente, così come può, sempre avvalendosi del diritto di stare in silenzio, non accedere *mai* ad alcuna misura alternativa alla detenzione, che significa uscire dal carcere solo il giorno della propria morte<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Solo una chiosa rispetto alla *Sorresso*. Non meraviglia che una Sezione si ribelli alle Sezioni Unite. Così come appare quanto meno dubbia la rilevanza della q.l.c., dato che vi è stato un cambiamento del diritto vivente proprio grazie alle Sezioni Unite. Quello che però si poteva fare era attaccare il cuore del problema. L'abrogazione giurisprudenziale del reato – di cui all'art. 75, II comma, del Codice antimafia – non consente l'incisione del giudicato. E' qui che si poteva stimolare nuovamente la Corte costituzionale, ritornando a domandare se la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione possa o meno includersi tra le fonti del diritto, insieme all'abrogazione legislativa, alla dichiarazione di incostituzionalità e alle sentenze della Corte di Giustizia. Con la [sentenza n. 230 del 2012](#) la questione era stata ritenuta infondata, ma forse era il caso di tornare sul punto, anche sottolineando i diversi sforzi congiunti del legislatore e della giurisprudenza per disegnare un nuovo volto delle Sezioni Unite.

<sup>42</sup> Quanto al legislatore, è da almeno un decennio (molto) impegnato a cercare in qualche misura di introdurre nel nostro ordinamento degli abbozzi di *stare decisis*. In questo modo, sembra non comprendere che la tenuta del precedente è prima di tutto un problema culturale. Inoltre, sempre attuale il celebre passo di Fulgosio, secondo cui chi avesse citato il testo giustiniano contro la Glossa si sarebbe sentito rispondere: “credi forse che la Glossa non abbia veduto il testo e non lo abbia capito quanto te?” (vedilo riportato in L. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, 6). Se manca la cultura del precedente, non è difficile immaginare che finiscano per essere interpretate *in un certo modo* anche le disposizioni che cercano di imporla per legge.

<sup>43</sup> Se la pena è perpetua. Magari la persona è entrata in carcere pochi giorni dopo il compimento della maggiore età. Se avesse compiuto il *gravissimo* reato qualche giorno prima, nemmeno poteva essere condannato all'ergastolo, ma la sorte ha voluto che, commettendolo da maggiorenne, è stato condannato non solo alla pena perpetua, ma alla variante più contraria al senso di umanità, l'ergastolo ostativo. Voglio peraltro evidenziare che il diritto al silenzio mi sembra essere una norma internazionale generalmente riconosciuta, la quale potrebbe fare ingresso nel nostro ordinamento dalla

Gli esempi potrebbero essere anche in questo caso innumerevoli, risultando una singolare (ed esplosiva) miscela legislativa, che si nutre di opposti: mancanza di *tassatività* della previsione e *automatismo* legislativo, in entrambi i casi con buona pace della separazione dei poteri. Detto altrimenti: il legislatore con l'automatismo toglie la parola al giudice oppure gliene lascia troppa per l'assenza di tassatività, in questo modo contribuendo (ovviamente inconsciamente) alla nascita di due prototipi di giudice – il giudice muto e il giudice ciarliero – che non dovrebbero esistere in nessun paese al mondo, essendo il mestiere del giudice collocabile esattamente a metà tra il dire niente e il dire troppo<sup>44</sup>.

Non voglio sostenere niente di particolarmente nuovo. Il problema dell'esecuzione delle sentenze di Strasburgo potrebbe *s drammatizzarsi* se si riuscisse a comprendere che, da una parte, è sbagliato culturalmente affrontare i problemi della nostra legislazione immaginando di dover intervenire perché chiestoci da Strasburgo; dall'altra parte, se procedessimo correttamente, non solo faremmo un indiretto piacere alla stessa Corte di Strasburgo, che ha un arretrato (oggi sempre più turco) non indifferente, ma potremmo anche ottenere una maggiore considerazione di quella Corte per il problema che più dovrebbe stargli a cuore, l'esecuzione delle sue sentenze<sup>45</sup>.

I giudici italiani – quali *primi* giudici della Costituzione o quali giudici *comuni europei* della Convenzione – devono addossarsi il compito di levare dal nostro ordinamento delle disposizioni legislative senza senso, avendo peraltro la possibilità di fondare il loro convincimento sopra disposizioni normative (costituzionali e convenzionali) non identiche ma simili, caratterizzate certamente da un *background* comune.

Così facendo – ovviamente ciascuno utilizzando gli arnesi a propria disposizione – i giudici italiani potrebbero anche indurre la Corte di Strasburgo ad avere più fiducia, visto che in moltissime occasioni non prende posizione in materia di esecuzione perché teme di esporsi troppo. Troppe volte il caso si chiude senza dire alcunché sull'esecuzione, limitandosi ad accordare il risarcimento economico. In effetti, se la Corte dovesse indicare una misura individuale (ad esempio, il rilascio del ricorrente detenuto) e poi lo Stato restare immobile, il rischio sarebbe il classico effetto *boomerang*: lo Stato resistente non esegue, un altro Stato in un altro caso copia il primo e altri Stati

---

porta dell'art. 10, I comma, Cost., il che significa anche la possibilità di sollevare la q.l.c. sull'ergastolo ostativo anche per contrasto con l'art. 117, I comma, Cost., nel momento in cui la Convenzione (art. 6), così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. Il dubbio di costituzionalità riguarderebbe pertanto la violazione di un articolo convenzionale che ricomprende un principio generale del diritto internazionale generalmente riconosciuto. In questo modo, altro non si farebbe che dare seguito a quanto disse la Corte costituzionale prima con la sent. [n. 311 del 2009](#) e dopo con la [sent. n. 317 del 2009](#). Ad ogni modo, sull'ergastolo ostativo, da ultimo, si vedano gli atti del seminario di studi del 16 novembre 2017, promosso presso l'Università degli Studi di Milano da Gian Luigi Gatta e Barbara Randazzo, ora pubblicati nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2017, 1495 ss., con interventi di G. L. Gatta, E. Dolcini, G. M. Flick, G. Neppi Modona, M. Chiavario, L. Eusebi, A. Pugiotto, D. Galliani, M. Bontempelli. Tra gli atti preparatori del seminario milanese rientrava anche un articolo nel quale è stato riprodotto un *amicus curiae* presentato alla Corte di Strasburgo in materia di ergastolo ostativo: cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 56.

<sup>44</sup> L'ultima decisione della Corte costituzionale *contro* gli automatismi legislativi riguarda non il ruolo del giudice ma quello del prefetto, al momento della revoca della patente di guida, a dimostrazione in fondo che il diritto è prima di tutto un fenomeno argomentativo (si veda la [sentenza n. 22 del 2018](#) della Corte costituzionale, che fa salva la retroattività della revoca ma non la sua automaticità, che contrasta con l'art. 3 Cost.).

<sup>45</sup> Probabilmente molte corti hanno problemi di arretrato, ma quello della Corte di Strasburgo sconta la possibilità di ricorrervi (di norma) solo dopo aver esaurito di rimedi interni. Da qui scelte che hanno forzato il testo convenzionale (cfr. D. GALLIANI, *“E' più difficile perdonare un amico che un nemico”*. *La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in Paulo Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. Galliani, prefazione di P. Bilancia, Giappichelli, Torino, 2016, in specie, 15 ss.). La situazione non è migliorata, nonostante una recentissima riforma, peraltro cauta (cfr. D. GALLIANI, G. UBERTIS, *Il giudice unico e la motivazione di irricevibilità*, in [laCostituzione.info](#), 5 giugno 2017 e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 8 giugno 2017).

sono lì pronti a seguire i cattivi esempi, con il risultato che la Convenzione *europea* al massimo potrebbe valere in alcuni Stati e non in altri<sup>46</sup>.

Questo quindi il punto: se i giudici italiani limitassero le violazioni dei diritti *hic et nunc* potrebbero indurre la Corte di Strasburgo ad utilizzare con maggiore *cautela* il margine di apprezzamento in materia di esecuzione delle sue sentenze.

Corte europea dei diritti dell'uomo che ha bisogno di essere sostenuta, non tanto (e non solo) economicamente, ma da un punto di vista giuridico-politico<sup>47</sup>.

Sono i segnali che dobbiamo avvertire. Quando diverrà a tutti chiaro, non si avrà più il tempo di rimediare<sup>48</sup>. Sta diventando inarrestabile l'idea che si possa fare a meno della Corte europea dei

---

<sup>46</sup> La Corte ha affermato *per la prima volta* un obbligo di fare in *Assanidze v. Georgia*, G.C., 8 aprile 2004. In modo unanime, i giudici scrissero nel § 14 del dispositivo questa storica frase: “*the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date*”. Devo lo spunto a diverse conversazioni con Vladimiro Zagrebelsky. E penso che l'effetto *boomerang* possa estendersi anche alle misure generali e non solo alle misure individuali. Vale la pena ad ogni modo rilevare che gli obblighi di fare in capo agli Stati possono essere indicati dalla Corte anche nella parte motivazionale. Si pensi prima a *Cestaro* e dopo a *Cirino e Renne* riguardanti i fatti del G8 di Genova. La Corte ha sostenuto con fermezza (in motivazione) che *devono* (e non *dovrebbero*) essere sospesi dal servizio (*from the duty*), durante le indagini e l'eventuale processo, gli appartenenti alle forze dell'ordine accusati di *ill-treatments*. Da questa parte motiva della sentenza sorge un preciso obbligo di fare in capo agli Stati, per così dire sganciato dalla successiva scelta della Corte di limitarsi a dichiarare la violazione o invece accordare anche il risarcimento. Diviene interessante, a mio parere, valutare a questo punto la possibilità di una q.l.c. rispetto alle previsioni riguardanti le sanzioni disciplinari per la polizia penitenziaria. L'art. 9 del d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 449 prevede che, quando un agente è sottoposto, per gli stessi fatti, a procedimento disciplinare e penale, il primo deve essere sospeso fino alla definizione (con sentenza passata in giudicato) del secondo. Mi sembra *esattamente* il contrario di quanto chiede la Corte di Strasburgo, che pretende la sospensione, uno dei possibili esiti del procedimento disciplinare, subito durante le indagini e a maggior ragione successivamente nel caso di processo. Qui non voglio discutere di quale sia la soluzione migliore, nel senso di più garantista. Dipende da che parte si guarda la questione, se dalla parte della persona presunta innocente o dello Stato nel suo complesso. Quello che invece mi sembra importante è *taking Convention seriously*, soprattutto perché il rispetto degli obblighi internazionali ha fondamento costituzionale.

<sup>47</sup> Da un lato, il Consiglio d'Europa attribuisce 70 milioni di euro del suo bilancio alla Corte di Strasburgo, vale a dire un sesto del bilancio della Corte di Giustizia, che è di 400 milioni, poco meno di tutto il bilancio del Consiglio d'Europa (l'Unione spende per la “sua” corte lo 0,2% del bilancio, mentre il Consiglio d'Europa per la Corte di Strasburgo il 15%). Dall'altro lato, stanno diventando sempre più frequenti le crisi dovute al mancato pagamento del contributo finanziario al Consiglio d'Europa da parte di alcuni Stati, *in primis* (ma purtroppo non isolata) la Russia. Anche se nella speditezza di una nota, non posso però non aggiungere una sottolineatura. Dalla scarsa disponibilità di risorse economiche derivano conseguenze fondamentali per quanto riguarda il funzionamento della Corte di Strasburgo. In particolare, l'immenso problema linguistico, dal quale deriva una *desolante* procedura in fase di ammissibilità (ricordo che il 95% dei ricorsi è dichiarato inammissibile). Esistono due regole fondamentali: i ricorsi alla Corte possono essere redatti in qualsiasi lingua di ciascuno Stato parte della Convenzione e il giudice unico, al quale oramai spettano la maggioranza delle decisioni sull'ammissibilità, non può essere il giudice eletto per lo Stato dal quale proviene il ricorso. Come è possibile, a questo punto, che, per fare un esempio, il giudice eletto per la Norvegia possa leggere e comprendere un ricorso presentato da un azerbaigiano, scritto in azerbaigiano? La soluzione è nota: per stare al nostro esempio, saranno i giuristi di lingua azerbaigiana presenti alla Corte che “istruiranno” il caso al giudice norvegese, utilizzando una delle due lingue di lavoro, inglese o francese. Per ripensare questo sistema, sul quale non è difficile esprimere fondate perplessità, possono seguirsi diverse strade. Ne indico due. Si elimina la regola generale in base alla quale a decidere sull'ammissibilità non può essere il giudice eletto per lo Stato dal quale il ricorso proviene o si dota la Corte di un più cospicuo bilancio, grazie al quale tradurre nelle due lingue di lavoro *tutti* i ricorsi presentati alla Corte. La prima possibilità è rischiosa, anche se non impensabile, visto che, una volta superata la fase dell'ammissibilità, sia in Camera sia in Grande Camera è sempre obbligatoria la presenza del giudice eletto dallo Stato dal quale il ricorso è presentato. La seconda strada sarebbe quella più ragionevole, ma non sembra ad oggi molto realistica (come non facile è immaginare che si possa andare oltre il 15% del bilancio del Consiglio d'Europa oggi è disposto a favore della Corte). Di certo vi è una cosa: chi osserva la Corte da oltreoceano non ha tutti i torti quando sottolinea la sua eccessiva burocratizzazione (cfr. P. L. MCKASKLE, *The European Court of Human Rights: What It is, How It Works, and Its Future*, in *University of San Francisco Law Review*, 40, 2005, in specie, 26 ss.).

<sup>48</sup> Non è solo nell'Unione che si è attivata per la prima volta la opzione nucleare, come noto in riferimento alla Polonia. Anche nel sistema convenzionale è successo. Per la prima volta nella sua storia, il Comitato dei Ministri, il 5 dicembre 2017, ha attivato la procedura *ex art. 46 § 4* della Convenzione, domandando alla Corte se lo Stato ha adempiuto all'obbligo di conformarsi ad una sentenza definitiva della stessa Corte. Si attende quindi la sentenza della Grande Camera. Indipendentemente dal caso specifico, il segnale a me pare evidente: quello che rischia di essere messo a repentaglio è il sistema convenzionale nel suo complesso, quella *greater unity (...) by a common understanding and*

diritti dell'uomo, come dimostra il *draft* della dichiarazione di Copenaghen che sarà adottata nella IV conferenza sulla riforma della Corte (12-13 aprile 2018). Un'idea da contrastare, a parere di chi scrive, in modo energico e convinto, prima di tutto prendendo sul serio il sistema convenzionale, che poi significa *criticare onestamente* le sentenze di Strasburgo quando si ritengono sbagliate e, soprattutto, prendere sul serio i diritti, impegnandosi in quella interpretazione sistematica e vivente della quale discutono le due opinioni parzialmente dissenzienti in [De Tommaso](#).

La prima, del giudice Kuris, il quale fa intendere perfettamente che il problema delle misure di prevenzione non può essere solo la limitazione alla libertà di movimento, non fosse altro perché il Protocollo 4 (che la prevede) non è stato ratificato dal Regno Unito, dalla Turchia, dalla Svizzera e dalla Grecia. La seconda, del giudice Pinto, il quale ha cercato di discutere in sé, rispetto all'art. 5 e all'art. 6, la legittimità delle misure di prevenzione. L'opinione del giudice Pinto si chiude con il richiamo a uno dei più importanti *landmark cases* decisi a Strasburgo, *Tyler* del 1978. E' stata una delle prime volte nelle quali la Corte ha discusso della Convenzione come di un *living instrument* ed è stata la prima volta in assoluto nella quale è stata estrapolata la dignità umana dal testo convenzionale, agganciandola all'art. 3. La dignità umana da *Tyler* è entrata a far parte del sistema convenzionale<sup>49</sup>.

Che forse la dignità umana riguardi solo Strasburgo? No. Dobbiamo discutere senza timore di dignità umana anche quando affrontiamo il tema delle misure di prevenzione. Non si dica che la traiettoria della dignità umana è impervia: non esistono percorsi lineari da seguire quando parliamo di diritto e di esseri umani<sup>50</sup>.

In conclusione. Paolo Barile nel 1967 sostenne che la compatibilità costituzionale delle misure di prevenzione era il problema più grave che si doveva affrontare in quello scorcio di ventesimo

---

*observance* della quale si parla nel Preambolo della Convenzione, ancora più chiara nella versione francese, ove si discute di *une union plus étroite entre ses membres*.

<sup>49</sup> Il caso era il seguente. Un adolescente aveva portato a scuola delle bevande alcoliche. Era stato punito, *come prevedeva la legge*, uscita indenne da un *referendum*, con una pena da medioevo: accompagnato in commissariato, era stato frustato. Lo Stato resistente non poteva che essere lo Stato europeo meno europeo che esista, il Regno Unito. Invito a non soffermarsi solo sulla pena, a fronte della quale probabilmente ci sarebbe ne poco da discutere. *Tyler* è davvero un *landmark case* perché la Corte si scaglia con coraggio contro una previsione legislativa chiarissima, la cui vigenza era stata confermata da un referendum. Non solo. Sostengono i giudici di Strasburgo: il trattamento riservato al ragazzino andava considerato inumano e degradante, contrario quindi alla dignità umana, per come *lui* lo aveva percepito, non contando niente altro che questo. I giudici pertanto si mettono nei panni del ragazzino, frustato. Oltre al merito, è il metodo che deve essere evidenziato, un metodo empatico, l'unico in grado di spiegare il motivo per il quale una volta ammesso un ricorso, il che avviene molto di rado, in nove casi su dieci la Corte constata la violazione di almeno un articolo convenzionale.

<sup>50</sup> Il discorso giuridico impostato attorno ai diritti incontra sicuramente notevoli problemi. Mi sembra però che sia inevitabile. Si pensi alla pena di morte negli Stati Uniti. Il dibattito in Oklahoma è da sempre (e anche oggi) dominato dai critici dei *rights discourses*. E' recentissima la notizia che lo *State General Attorney* e il direttore dei penitenziari statali hanno raggiunto un accordo a proposito del metodo da utilizzare per le esecuzioni capitali: "*We can no longer sit on the sidelines and wait on the drugs (...) Using nitrogen will be effective, simple to administer, easy to obtain and requires no complex medical procedures*". Meglio tradurre: "*Non possiamo più stare a bordo campo aspettando i composti per le iniezioni (...) Utilizzare l'azoto sarà efficace, semplice da gestire, facile da ottenere e richiederà procedure mediche non complesse*". Questa la dichiarazione del 15 marzo 2018 riportata da *Associated Press*. E' evidente che i critici dei discorsi *rights oriented* possono essere i più agguerriti sostenitori dell'abolizionismo, così come saranno sicuramente i primi a combattere contro la introduzione dell'azoto. Tuttavia mi chiedo se non sia *ineluttabile* ad un certo momento fare delle scelte e schierarsi a favore dei diritti, utilizzando la bussola della dignità umana. Discutendo del rapporto tra legge e giudici, il tema della pena di morte è sicuramente, da un punto di vista teorico-concettuale, uno dei più drammatici. Certo, vi è sempre la possibilità che un giudice decida di dimettersi piuttosto che condannare a morte. Tuttavia, non è questo il problema di fondo, che invece è un altro. Siamo pronti a sostenere la pratica delle sentenze "suicide", vale a dire quelle nelle quali il giudice rispetta la legge ma allo stesso tempo fa chiaramente intendere che la sua è una decisione sbagliata? Per evitare che la motivazione diventi qualcosa di diverso da quello che deve essere, a me sembra che l'unica possibilità sia la teoria dei diritti, il discorso giuridico orientato ai diritti, anche perché è profondamente sbagliato che siano i giudici a portarsi sulle spalle presso l'opinione pubblica il peso delle leggi ingiuste, che ovviamente non sono solo quelle riguardanti la pena capitale.

secolo<sup>51</sup>. Oggi non è più così. I problemi riguardanti le misure di prevenzione non hanno fatto altro che accrescersi, in modo speculare al numero di persone sorvegliate. Tuttavia, si sono sommate *altre e non meno gravi* questioni (costituzionali e convenzionali) da affrontare urgentemente. Molto spesso hanno a che fare con i poveri cristi abbandonati dalla società: disoccupati, tossicodipendenti, immigrati e ovviamente detenuti, questi ultimi in buona misura disoccupati, tossicodipendenti, immigrati.

I problemi gravi sono quindi aumentati. Non è cambiata la necessità di batterci affinché un essere umano sia considerato – da chiunque (legislatore, giudice, pubblica amministrazione) – prima di tutto per quello che è. Un essere umano. Dobbiamo trovare il tempo per questa battaglia, costi quel che costi, poiché ledere la dignità umana non ha mai alcuna giustificazione, il bilanciamento è escluso in partenza. L'eguale considerazione e rispetto si devono a tutti. Da qui conviene ripartire<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, in I.S.A.P., *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 48.

<sup>52</sup> L'attuale condizione della società europea è così lontana dal potersi considerare ai margini della condizione umana? Non stiamo assistendo ad una riformulazione di senso della vita umana? Ogni diverso è nemico. Questo non è più un dogma inespresso, ma premessa maggiore (sempre più esplicita) di diversi sillogismi, che tutti finiscono per ridurre l'essere umano a cosa, a strumento, a mezzo. E' quindi il caso di ripartire dalla dignità umana, che, con tutte le difficoltà inutili da nascondere, potrebbe contribuire a spezzare la catena, al cui termine vi è il *Lager*, come scrisse esattamente sessanta anni fa Primo Levi, il cui libro non si intitolava con una domanda, ma con un'affermazione. A ricordarci che, finché quella concezione del mondo sussiste ("ogni straniero è nemico"), le conseguenze ci minacciano. L'ultima frase della *Prefazione a Se questo è un uomo* appare incredibilmente attuale: "Mi pare superfluo aggiungere che nessuno dei fatti è inventato". Oggi basta guardarsi intorno per comprendere che il diverso è considerato nemico e che, pertanto, ad essere in discussione è l'essenza dell'essere umano in quanto tale, la sua dignità. Il bilanciamento è importante, ma non riguarda la dignità di ogni essere umano.