

**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 ***

di Davide Galliani **
(15 aprile 2017)

1. Il conflitto rappresenta il cuore della democrazia costituzionale pluralista. Non sappiamo se serva più del dialogo e della collaborazione. Diciamo unicamente che il conflitto, ancorché limitato, come ogni cosa giuridica, resta indispensabile. Vale per la società, per la politica e, ovviamente, per i giudici, che appena affermano l'importanza di consolidare un orientamento non mancano comunque di precisare che siffatta esigenza non può condurre al monolitismo giurisprudenziale.

2. Come sempre, a questo proposito, la Corte di Strasburgo stupisce. E come sempre, nel bene e nel male. Fin qui niente di nuovo. A volte, tuttavia, i casi della vita lasciano i commentatori letteralmente senza parole, quasi incapaci di prendere una qualche posizione. Eppure, il diritto è una scienza pratica. E i giudici non hanno il privilegio della dottrina, quello di potersi limitare a sollevare dubbi, senza scioglierli.

Il giudice quindi deve decidere o meglio dovrebbe limitarsi a rispondere a ciò che gli viene chiesto. Poi serve la conoscenza del diritto, l'imparzialità e via dicendo. Prima di tutto però il giudice deve avere contezza dei propri limiti, uno dei più rilevanti appunto il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Che è un principio la cui rilevanza non deve mai essere sottaciuta. Come ha scritto Jeremy Waldron, pronunciarsi sul chiesto significa assumere una precisa idea a fondamento dell'intero sistema giuridico, vale a dire l'idea che il diritto è un modo di governare le persone trattandole con rispetto. Del resto, è questa la stessa idea di chi vuole prendere i diritti sul serio, se è vero che alla base della riflessione di Ronald Dworkin vi è un diritto più fondamentale di tutti gli altri, assiologico, ossia l'eguale considerazione e il rispetto che meritano tutti gli esseri umani.

E' questa in fin dei conti anche la funzione più recondita dell'obbligo di motivazione, il rendere palese che il giudice tratta la persona come un essere umano, dando direttamente dignità alla propria funzione e indirettamente allo stesso destinatario della sua pronuncia. Motivare significa ritenere capaci le persone di interloquire, porsi sullo stesso piano. Poi seguono le altre funzioni – rispetto all'impugnazione, alla responsabilità verso la collettività, al limitare l'errore giudiziario – ma il nocciolo duro dell'obbligo di motivazione ruota attorno al concetto di dignità nello svolgimento della funzione giurisdizionale, che significa anche dignità delle persone che vi sono sottoposte. E se nell'attuale momento vi sono due aspetti sui quali sarebbe opportuno insistere, rinsaldarne o scoprirne le basi costituzionali, questi sono proprio l'obbligo di motivazione e il chiesto-pronunciato, tutto tranne che meri aspetti procedurali.

3. Tuttavia, almeno nel mondo del diritto, non esistono istituti o concetti che non abbiano dei limiti. Non sarebbero giuridici, non apparterebbero al diritto, che è limite. Allora, così come l'obbligo di motivazione, anche il chiesto-pronunciato incontra delle limitazioni. Che non sono la "voglia" del giudice di decidere piuttosto che rispondere, che non sono le "esternazioni" delle quali sono piene le sentenze (e non importa siano condivisibili), ma dipendono da altri fattori, alcuni virtuosi. Tra questi, uno importa mettere in risalto: l'umanità insita in ciascun essere umano. Non è il senso di giustizia, poiché questo deve cedere di fronte alla certezza. E' qualcosa di diverso, di più profondo: sono "solo" quei casi straordinari ed eccezionali che permettono a volte alla giustizia di avere la

* Scritto sottoposto a *referee*.

prevalenza sulla certezza. Non esistono confini stabili, quello che appare importante è sottolineare che in casi eccezionali l'umanità può addirittura "sconfiggere" il chiesto-pronunciato, pur essendo questo interpretabile proprio a garanzia di ogni essere umano.

4. Esattamente così è accaduto in *Nagmetov v. Russia* deciso dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo il 30 marzo 2017. Il signor Nagmetov ricorre a Strasburgo perché suo figlio Murad, durante una manifestazione in Russia, è stato ucciso dal lancio di un lacrimogeno da parte della polizia. A livello interno non è stata fatta alcuna chiarezza sull'accaduto. Le attività investigative sono state aperte e chiuse più di una volta e a un certo punto si è messa la parola fine poiché era sparito il lacrimogeno che aveva causato la morte. La Corte di Strasburgo prende una chiarissima posizione, identica sia nel giudizio della Prima Sezione sia nella decisione della Grande Camera. All'unanimità i giudici riscontrano una violazione, procedurale e sostanziale, dell'art. 2 della Convenzione. Fino a qui, tutto bene. Questa è la Corte di Strasburgo!

Il problema è un altro. Il ricorrente non ha mai quantificato l'ammontare del risarcimento per i danni *non-pecuniary*, nonostante la Corte durante la procedura abbia invece chiesto di specificarlo. Perché il ricorrente non ha mai avanzato una somma anche indicativa, che poi la Corte poteva meglio considerare, riservando attenzione all'opinione della parte resistente?

La risposta è incredibile, sconcertante e allo stesso tempo semplice: non è stato possibile in alcun modo quantificare, in termini monetari, la perdita del proprio figlio. Così ha sostenuto il signor Nagmetov. La Camera all'unanimità decide di corrispondere 50.000 euro come risarcimento. La Grande Camera (il *referral* è stato chiesto dal Governo), quattordici voti contro tre, conferma la scelta della Camera. Tra i giudici dissenzienti, il Presidente della Corte.

5. Ecco sparsi solo alcuni dei problemi che una tale decisione implica.

A) Il mancato rispetto del principio di corrispondenza, che la Corte chiama il *ne ultra petitum*. Attenzione però: se vi è una corte al mondo entro la quale non hanno alcuna cittadinanza i dogmi questa è la Corte di Strasburgo, quindi serve ricordare che questa Corte può riquilibrare una doglianza, al fine di assicurare giusta giustizia. Comunque sia, nel caso di specie, sul risarcimento non vi è "rimodellamento": in *Nagmetov* non vi è alcun chiesto e il motivo lo abbiamo detto. Si parte da zero, dal niente, da un non chiesto. La Corte, pertanto, almeno da un punto di vista formale, si pronuncia letteralmente su qualcosa che non è stato chiesto.

B) La ragionevole durata del processo. La congiunta opinione dissenziente stima in circa dodici-diciotto mesi il tempo necessario per una ponderata valutazione riguardante l'ammontare del risarcimento nel caso in cui si debba partire da zero. Non solo. Dovendosi *de facto* spezzare in due la decisione, una sulla violazione e una sul risarcimento, il rischio è anche di dover utilizzare risorse che potrebbero invero essere utilizzate per lo "smaltimento" dell'arretrato. In ogni caso, sostengono i tre giudici dissenzienti, tra i quali ripetiamo il Presidente, il Bilancio della Corte non è certo illimitato.

Aggiungiamo solo una chiosa a queste argomentazioni. La Grande Europa, come la Piccola Europa, a volte sono utili per difendersi dall'erompere delle logiche economicistiche ed efficientistiche proprie di altre culture giuridiche, altre volte, invece, non fanno altro che inglobarle, le esprimono, ne sono addirittura i "campioni", con tutte le conseguenze del caso. In pochissime parole: cosa ci restituirà l'abito che indossiamo con troppa disinvoltura, grazie al quale parametrano in termini quantitativi ciò che abbiamo fino a poco tempo fa valutato in senso qualitativo? Dopo le leggi, è arrivato il momento delle sentenze, da intendersi al pari di "prodotti" di una procedura che deve soddisfare anche requisiti di efficientismo. Una catena di montaggio che rischia di radere al suolo non poche garanzie conquistate nel tempo a difesa principalmente delle persone poco

facoltose. Il neoliberalismo applicato alla giustizia sta avendo effetti devastanti, come dimostrato in modo chiarissimo da Antoine Garapon.

C) Il valore dei precedenti, in un duplice senso, guardando al passato e al futuro. Nel primo senso, la giurisprudenza maggioritaria precedente della Corte aveva assunto una posizione chiara sui ricorsi nei quali non vi era indicazione di alcun ammontare del risarcimento: se non è chiesto, non vi è pronuncia. E' vero però che non sono mancate soluzioni differenti, basate sulle circostanze eccezionali dei casi: si è ritenuto sufficiente ad esempio che il ricorrente si esprimesse nel senso di desiderare un risarcimento, anche senza quantificarlo (fermo ovviamente il nesso causale tra violazione e risarcimento). Da questo punto di vista, il problema principale è il seguente: l'esclusione del contraddittorio con la parte resistente e più in generale l'assenza di contraddittorio nella procedura. Di norma, il ricorrente quantifica il risarcimento, la parte resistente ne è informata, formula le proprie valutazioni, la Corte infine decide. Nel caso di assenza di quantificazione, vi è anche assenza di contraddittorio. Se la Corte decide *motu proprio*, il contraddittorio è inesistente. In effetti, in *Nagmetov* il problema è evidente: che questo caso non sia in perfetta linea con i precedenti è fuori discussione. Quanto al futuro di *Nagmetov*, che la Corte sia in grado o possa confermarlo è sicuramente dubbio. Dipenderà da molti aspetti, soprattutto dal verificarsi di un caso particolarmente "utile" per ritornare sulla questione, che avrà certamente una prospettiva di consolidamento molto complicata, come quasi sempre del resto quando si ragiona della Corte di Strasburgo.

Ecco quindi un altro aspetto che questa decisione permette di evidenziare: tra tutti i modi con i quali regolare il traffico giurisprudenziale sull'asse Strasburgo-Italia, in effetti, il riferimento alla giurisprudenza consolidata è forse quello che appare meno persuasivo, di certo aiuta poco se lo scopo è quello di fare un poco di ordine, scopo che a nessuno può apparire oggi di secondaria importanza.

D) Vi è poi una complicazione riguardante i poteri della stessa Corte. A oggi, l'unica corte internazionale che può decidere *motu proprio* di accordare il risarcimento è la Corte penale internazionale e questo però avviene pur sempre basandosi su un'esplicita e dettagliata previsione del suo Statuto (art. 75). A questo riguardo, serve anche aggiungere che la Corte di Strasburgo è invece l'unica corte internazionale che può autonomamente adottare e modificare le proprie Regole di procedura. In effetti, il "rimprovero" alla maggioranza da parte dei giudici dissenzienti non è irragionevole: se si vogliono modificare le *Rules*, il luogo adatto non è una sentenza, ma la *plenary* della Corte. Non diciassette ma quarantasette giudici, dopo attenta e calibrata valutazione, sganciata dal caso da decidere. Una sorta di difesa della procedura al quadrato: di quella prevista nelle *Rules* e di quella per modificarle.

E) Che dire della certezza del diritto? L'eguaglianza, con quanto deciso in *Nagmetov*, è sotto una pressione incredibile. Non sarebbe certo facile immaginare delle "tabelle" utili al giudice di Strasburgo per garantire maggiore certezza. I casi sono talmente diversi tra loro che siffatta ipotetica tabella difficilmente potrebbe mai vedere la luce, fermo che, sempre la si voglia adottare, non risolverebbe il fondo del problema, poiché la vera questione è l'assenza di richiesta e non tanto la maggiore o minore entità del risarcimento.

F) Infine, il tema dell'importanza delle regole di procedura, in altri termini del valore delle procedure rispetto alla sostanza. Se sulla procedura bisogna essere inflessibili, per poter essere flessibili sulla sostanza, allora questo caso è particolarmente complicato. La sostanza è la conoscenza del diritto, l'imparzialità, in una parola la capacità (come sostiene Aharon Barak) di ben giudicare (di ben pronunciarsi). Implica e non esclude flessibilità, capacità di adattamento, di comprensione, di individualizzazione. La procedura invece è altro. Non è il merito, è il metodo e deve essere inflessibile, poiché è l'unica garanzia per giungere a una decisione relativamente giusta. Vero che procedura e sostanza non sono due cose nettamente distinguibili, ma una decisione adottata al di fuori delle regole procedurali non potrà mai essere giusta. Poi dipenderà dalla bontà delle

regole, ovvio. Ma una volta poste, certo non mancano gli spazi per fare giustizia, nel rispetto delle regole.

6. Torniamo quindi alla domanda posta nel titolo di queste riflessioni. Esiste un diritto che non sia umano? Si può sostenere, come fanno i giudici dissenzienti in *Nagmetov*, che da un punto di vista umano sono d'accordo con il risarcimento ma da un punto di vista giuridico invece no?

Questo è il cuore del problema, in un caso che davvero non sembra avere una sola soluzione nonostante si sia alla presenza di regole. Aiuta l'eccezionalità del caso specifico per garantire la "vittoria" dell'umanità sul diritto? Come dare torto al ricorrente quando sostiene che la vita di suo figlio non è quantificabile in termini monetari e per questo non ha chiesto il risarcimento? Possiamo sostenere che allora per questo al ricorrente è giusto non accordarlo? O, invece, il giudice lo comprende, ne capisce la sincerità e - pur andando oltre il chiesto-pronunciato, creando incertezza e possibile futura diseguaglianza, correndo i rischi di accrescere l'arretrato di casi e via dicendo - e decide per lui quanto non è stato in grado di chiedere? Un caso del genere è in grado di attirare una quantità non indifferente di questioni problematiche. Alla fine, tuttavia, sarebbe questa la domanda alla quale si dovrebbe tentare di rispondere: esiste un diritto che non sia umano?

7. L'esperienza potrebbe contribuire a diradare almeno qualche problema. Esperienza intesa come storia, insegnamento che il passato recapita al presente. E allora: sono proprio i casi nei quali si vuole rendere giustizia a tutti i costi quelli che sono poi "facilmente" dimenticati perché sovrastati da altri nei quali le soluzioni sono più "in linea" con le previsioni scritte. Se rimangono "in piedi" è proprio perché sono davvero eccezionali. Di norma, sono invece "schiacciati" dallo scorrere della giurisprudenza che giustamente deve applicare una legge, anche se conduce a ingiustizia. Se rimangono "in piedi", comunque, servono a ricordare che progresso in definitiva verso un mondo migliore dipende certamente dall'eguaglianza, dalla certezza, dalla prevedibilità, ma anche in alcune circostanze dal coraggio e dall'intraprendenza di chi è andato contro ogni regola pur di garantire giustizia in un caso eccezionale. In definitiva, l'esperienza insegna pertanto di utilizzare cautela, particolare cautela, la famosa *giuris-prudenza*.

Il giudice, non di meno, ha connotato nella sua funzione oneri e onori. Il dover decidere (il dover rispondere) è questo: un onere e un onore. Nel caso del quale abbiamo discusso ha deciso di decidere. Non difficile immaginare che altre corti si sarebbero trincerate dietro alla "maledetta" e "utilissima" procedura, decidendo di non decidere. Alla Corte di Strasburgo di conseguenza va riconosciuto almeno il coraggio. Ma non basta, anche a voler aggiungere la duplice constatazione unanime di violazione dell'art. 2 della Convenzione. Il problema è il risarcimento, vale a dire la possibilità di scindere la considerazione sull'umanità della scelta di accordarlo da quella sulla sua legalità.

Possiamo terminare le nostre riflessioni limitandoci a sollevare dubbi? Forse dovremmo, ma il giudice e le parti di un processo dialogano con la dottrina. Anche quando non lo fanno, ne sono comunque influenzati. Se non si scorda che in una vera democrazia pluralista nessuno ha il diritto di avere l'ultima parola, allora si tratta di meglio considerare che la dottrina serve non solo per sollevare dubbi, ma anche per prospettare soluzioni.

Il signor Nagmetov, rivolgendosi alla Corte di Strasburgo, ha fatto quello che molti avrebbero fatto. Non tutti, ma molti. Ha compiuto semplicemente un atto umano. Non trovando alcuna soddisfazione interna, ha cercato il famoso giudice di Berlino, trovandolo a Strasburgo. Questo giudice non sappiamo se abbia veramente appagato il ricorrente. Forse sarebbe bastata la dichiarazione di violazione, forse no. Difficilissimo dire il senso dei 50.000 euro. E' questa però l'ottica giusta per guardare alla decisione della Corte di Strasburgo: ha risposto, sostanzialmente, a quanto gli è stato chiesto? Sì.

Quando il ricorrente dice di non sapere come quantificare in termini monetari la perdita del proprio figlio, in fin dei conti, sta dicendo ai giudici: “pensateci voi, questo è ciò che vi chiedo”. La Corte all’unanimità ha dichiarato la violazione. Ad ampia maggioranza ha valutato lei quello che il ricorrente non è stato in grado di quantificare. Ha piegato a fin di bene i suoi precedenti, ha molto forzato, per giungere all’obiettivo, chiare regole procedurali, ha messo a futuro repentaglio, sempre con cognizione di causa, il suo Bilancio e lo “smaltimento” dell’arretrato e quanto altro, pur di garantire un qualche soddisfacimento al ricorrente.

8. Soprattutto la decisione della Corte ci ha ricordato che un diritto non umano è una contraddizione in termini e che l’unico modo ancora oggi possibile per rispondere è l’argomentazione e quindi per un giudice la motivazione delle decisioni, nelle quali si può pur sempre scrivere solo ciò che è dicibile, appunto che, in alcuni casi eccezionali, può essere l’umanità a prevalere, se si vuole la giusta giustizia, che tanta ne ha diffusa la Corte di Strasburgo, verrebbe da dire, a proposito, costi quel che costi. Poi si potrà discutere sulla “solita storia” del governo dei giudici, sul pendolo che si è spostato dalla parte dei giudici e altro ancora. Tuttavia, i diritti sono diritti e se le autorità russe invece di far sparire il lacrimogeno avessero fatto il loro mestiere magari non avremmo nemmeno scritto una riga sul potere dei giudici. Ben vengano più voci. La democrazia ne esce vittoriosa.

Non esiste un’unica soluzione ai formidabili problemi che questo caso solleva, ma di certo il nostro signor Nagmetov chiedeva che qualcuno potesse comprendere il suo strazio. Chiedeva una cosa elementare, all’ultimo organo in Europa che lo avrebbe potuto comprendere. A volte si rimane fermi ai dogmi “sacri”, come se il diritto fosse veramente una cosa diversa dal fatto, come se esistesse uno *ius constitutionis* a parte rispetto allo *ius litigatoris*, come se il giudizio astratto fosse realmente distaccato da quello concreto. In modo provocatorio, potremmo domandarci chi racconta queste artificiali distinzioni al signor Nagmetov...

Tutto al giorno d’oggi è misurabile quantitativamente, poco è rimasto al valutare qualitativamente. Non sono importanti i 50.000 euro accordati al ricorrente, questo è evidentissimo. I primi a saperlo sono i giudici di Strasburgo. Che quindi hanno voluto comunicare qualche cosa di diverso: infiliamo gli uni le scarpe degli altri, impariamo a camminare con le scarpe altrui. Hanno dato fiato al principio più universale che possa esistere: essere noi stessi il cambiamento del mondo che vorremmo vedere. Poi ci si può (anzi ci si deve) interrogare, serve riflettere, discutere di certezza e giustizia, di prevedibilità, di rispondere e di decidere, del senso sempre più umano e quindi costituzionale e convenzionale che deve assumere l’obbligo di motivazione, dell’importanza del consolidamento giurisprudenziale. Ma intanto il mondo avanza, grazie ai giudici, a quelli coraggiosi, a quelli di questa Europa che sembra oramai vada stretta a chiunque, ben disposto a discorrere di controlimiti, quasi propenso a sostenere che in fondo a noi “italiani” della Corte di Strasburgo interessano solo i casi che riguardano il “nostro” paese e via dicendo, con una sfilza di egoismi che altro non sono in effetti ciò che contraddistingue la società, la politica, il nostro tempo. Stiamo quasi arrivando a dire ai giudici europei di essere più italiani, quando è evidente che dovrebbe essere il contrario.

9. Uno dei precedenti più interessanti con il quale confrontare *Nagmetov* è sicuramente *Lallement v. Francia*, deciso dalla Terza Sezione nel merito l’11 aprile 2002, mentre sull’equa soddisfazione il 12 giugno 2003. Riteniamo rappresentativa della complessità del problema affrontato in questo scritto la posizione assunta da Jean-Paul Costa, che vota con la maggioranza (in entrambi i casi), anche se, nella sua opinione concorrente nella decisione sul merito, fa perfettamente intendere le sue perplessità, che alla fine “vince” con questa affermazione:

«tenendo conto dell'aspetto umano della vicenda, mi è sembrato allora che l'aggravio imposto al signor Lallement e alla sua famiglia, anche per la natura non negoziabile dell'indennizzo percepito, possa essere qualificato esorbitante – e in fin dei conti non mi turba (*choque*, ndr) affatto che una corte dei diritti dell'uomo non faccia unicamente del diritto "puro"».

Aveva ragione quello che sarebbe diventato il Presidente della Corte. Non può sconvolgere se una corte dei diritti umani ogni tanto afferma che non esiste un diritto che non sia umano.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Milano (davide.galliani@unimi.it)

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali