

**ANNUARIO  
DI DIRITTO COMPARATO  
E DI  
STUDI LEGISLATIVI**

**2015**



**Edizioni Scientifiche Italiane**

Anno 2015, vol. VI

Edito con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio e con gli auspici del Dipartimento di Diritto comune patrimoniale dell'Università degli Studi di Napoli «Federico II», del Dipartimento di Scienze Giuridiche «C. Mortati» dell'Università della Calabria e del Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze.

DIREZIONE

Gianmaria Ajani, Domenico Amirante, Luisa Antonioli, Vittoria Barsotti, Gian Antonio Benacchio, Mauro Bussani, Albina Candian, Felice Casucci, Giovanni Comandè, Gabriele Crespi Reghizzi, Barbara De Donno, Rocco Favale, Andrea Fusaro, Antonio Gambaro, Elisabetta Grande, Michele Graziadei, Andrea Guaccero, Luigi Moccia, Maurizio Oliviero, Cristoforo Osti, Massimo Papa, Lucio Pegoraro, Gian Maria Piccinelli, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Mario Serio, Marina Timoteo, Francesco Paolo Traisci, Vincenzo Varano, Mauro Volpi, Fabio Emilio Ziccardi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Rodolfo Sacco (Presidente), Jürgen Basedow, Horatia Muir-Watt, Jacques Vanderlinden, François Terré

COMITATO EDITORIALE

Katia Fiorenza (coordinatore), Veronica Caporrino, Adele Pastena, Patrizia Saccomanno, Mariacristina Zarro

Registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 62 del 28 settembre 2009 Responsabile: Angela Del Grosso

Accettazione dei contributi inviati all'*Annuario di diritto comparato* - Procedura di *peer review*  
L'*Annuario di diritto comparato* pubblica contributi scientifici che sono soggetti a una procedura di *peer review* a doppio cieco. Gli articoli e gli altri contributi inviati all'*Annuario* sono preliminarmente valutati dalla Direzione. Se sono ritenuti potenzialmente adatti alla pubblicazione, la Direzione nomina due revisori. I revisori sono selezionati in base alle conoscenze richieste per valutare il contributo. I revisori valutano il contributo senza conoscere l'identità dell'autore e l'autore non conosce l'identità dei revisori. Al termine della procedura di valutazione, la Direzione può domandare all'autore di apportare modifiche al proprio contributo. I contributi valutati positivamente dai revisori sono accettati per la pubblicazione. I contributi pubblicati dall'*Annuario* sono di regola selezionati su invito.

Publishing with the *Annuario di diritto comparato* - Peer review policy

The *Annuario di diritto comparato* publishes scholarly contributions that are subject to a double blind peer review process. The articles and other contributions submitted to the *Annuario* undergo a preliminary assessment by the Editorial Board. If they are potentially suitable for publication, the Editorial Board will appoint two referees. The referees are selected on the basis of their expertise. The referees do not know the authors' identity nor does the author know the identity of the referees. At the end of the peer review process, the Editorial Board may ask the author to revise her or his contribution, on the basis of the referees' comments. The contributions which receive a positive assessment by the referees will be accepted for publication. Contributions to the *Annuario* are generally solicited by invitation.

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78

## INDICE

### PARTE I

#### *Professori e giudici*

*(I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)*

#### Sezione I

##### *Dialoghi espressi, dialoghi muti:*

##### *l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza*

- L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo* 5
- M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese* 25
- U. PAGALLO, M.T. SAGRI, P. ROSSI, *I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati* 43

#### Sezione II

##### *L'influenza «muta» della dottrina sulla giurisprudenza*

- P. PASSAGLIA, S. RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna* 63
- R. DE CARIA, S. MONTALDO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee* 89
- JIANG JIE, *A Study of Effect and Impact of Scholarly Opinions on Judgments in the Spc of P. R. China* 123

### Sezione III

#### *Il dialogo planetario tra corti e dottrina*

- G. SMORTO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nel common law americano* 143
- V. FEDERICO, *Sudafrica e India: l'uso della dottrina in ordinamenti giuridici complessi e stratificati* 165
- M. NICOLINI, *Sovversione del paradigma eurocentrico e formante dottrinale nella giurisprudenza dell'Africa australe* 209
- J. STULAKOVA, *L'uso della dottrina nelle pronunce della Corte costituzionale ceca* 239
- M.C. LOCCHI, M. OLIVIERO, *La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza delle Corti costituzionali dei paesi arabi: il caso libanese* 259
- F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo «vivente» in Germania e Austria* 285

### Sezione IV

#### *Citare molto, citare tutti: cases studies sull'America latina*

- G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina, los diccionarios y las enciclopedias en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana (2001-2012)* 315
- S. BAGNI, *Le citazioni dottrinarie nelle sentenze della Corte costituzionale dell'Ecuador, tra funzione creativa e dialogo inter-formanti* 359
- L. ESTUPIÑÁN ACHURY, O.E. HERRERA BEDOYA, *La circulación de la doctrina en las «sentencias herejes» de la Corte constitucional colombiana* 397

### PARTE II

#### *L'intervista*

- VITTORIA BARSOTTI (a cura di), *Intervista a Enzo Cheli* 429

PARTE III

*Studi*

- J.-G. BELLEY, *Langues et pluralismes juridiques au Québec: un regard historique et sociolinguistique* 443
- M. GRAZIADEI, *The many voices of the law in a globalised world legal monism, legal pluralism, and the new tasks of comparative law* 485
- M. VIEZZI, *Linguistic Pluralism, Multilingualism and Plurilingualism in the EU* 503
- L. PEGORARO, *Diritto costituzionale e resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)* 521
- R. PETRUSO, *L'Intentional Infliction of Harm secondo la Supreme Court del Regno Unito* 535
- A. PASTENA, *Sport and competition law in the European Union* 577
- A. FUSARO, *L'insegnamento del diritto comparato* 605
- G. GIAIMO, *Il diritto di morire naturalmente nel confronto tra la giurisprudenza inglese ed italiana* 615

PARTE IV

*Itinerari bibliografici, recensioni ed eventi*

- L. GIACOMELLI, *Dal diritto della tradizione al diritto della ragione: matrimonio same-sex e gay rights nel rapporto tra democrazia e diritti* 649
- La sfida della sostenibilità. Il buen vivir andino*, a cura di S. Baldin e M. Zago, Filodiritto, Bologna, 2014; *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, a cura di S. Bagni, Filodiritto, Bologna, 2012 [MICHAEL NUÑEZ TORRES] 657
- V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, vol. I, Torino, 2015<sup>5</sup> [MARIO SERIO] 665

V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, <i>Italian constitutional justice in global context</i> , Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. XV-287+ indici [MICHELE GRAZIADEI]	669
<i>Note sugli autori</i>	673

RICCARDO DE CARIA, STEFANO MONTALDO\*

## L'INFLUENZA DELLA DOTTRINA SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 2.1. Premessa metodologica. – 2.2. Le linee di tendenza individuate. – 2.3. Due pronunce particolarmente rilevanti: *Kono-nov e Korbely*. – 2.4. La Corte EDU come corte silente, ma... – 3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3.1. Delimitazione dell'indagine e premesse metodologiche. – 3.2. Le risultanze quantitative della raccolta dei dati. – 3.3. I fattori che influenzano le citazioni e la loro valutazione qualitativa. – La Corte di giustizia fra “silenzio e sussurri”: i fattori che concorrono ad incidere sulla rilevanza (tacita) della dottrina nella giurisprudenza di Lussemburgo. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il presente lavoro analizza l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle due Corti europee di vertice, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea. Si tratta di un tema evidentemente vasto, che può essere analizzato su più livelli: la dottrina influenza infatti le corti sia in modo diretto, quando esse operano un richiamo espresso ad un autore per illuminare un tratto del percorso argomentativo, sia in modo indiretto.

Questa influenza indiretta transita per diverse vie, come ad esempio la nomina di professori di materie giuridiche a giudici (o avvocati generali) o, all'inverso, attraverso la redazione di opere di letteratura da parte dei membri delle corti. L'influenza indiretta è assai più complessa

\* Il presente lavoro si inserisce nell'ambito della Ricerca Scientifica di Rilevante Interesse Nazionale “Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice”. Riccardo de Caria è autore del paragrafo 2 sulla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Stefano Montaldo ha redatto il paragrafo 3 sulla Corte di giustizia; i paragrafi 1 e 4 sono stati redatti congiuntamente dai due autori. Gli autori ringraziano vivamente, per i preziosi contributi di riflessione, i Proff. Roberto Caranta, Ugo Pagallo, Elisabetta Palici di Suni, Ornella Porchia, Vladimiro Zagrebelsky; i Dott. Daniel Bosioc e Stefano Saluzzo per l'aiuto nella ricerca dei casi; nonché tutti i partecipanti al convegno “Le Alte Corti fra dottrina e circolazione dei modelli” svoltosi a Torino il 27 marzo 2015, in occasione del quale questo scritto è stato presentato la prima volta.

da percepire e ancor più da misurare, perché non emerge quasi mai dal testo delle sentenze, ma corre sotto traccia, e talvolta sfugge anche ad analisi approfondite, restando nel chiuso della camera di consiglio, negli *interna corporis* della corte, se non nel privato della coscienza del giudice stesso.

Anche per questa ragione, nella presente analisi ci concentreremo sul primo versante, ovvero sui dati empiricamente valutabili: considereremo cioè le citazioni espresse di opere di letteratura giuridica contenute all'interno delle pronunce della Corte EDU e – come si vedrà – nelle (sole) conclusioni degli Avvocati generali presso la Corte di giustizia dell'UE.

All'esito di questa indagine, trarremo poi alcune conclusioni per ciascuna delle due istituzioni considerate. Cercheremo così di gettare luce sul più generale tema dell'impatto del formante dottrinale su quello giurisprudenziale: un'influenza che prende come detto molte forme, spesso nascoste e di difficile lettura, ma che va in ogni caso ben al di là del richiamo espresso ad opere specifiche. Ci è parso però che lo studio della "parte emersa" e misurabile dell'incidenza della letteratura giuridica sugli orientamenti giurisprudenziali potesse fornire alcuni dati oggettivi, che rappresentano l'ineludibile punto di partenza per qualunque ulteriore indagine sull'argomento.

2.1. Prima di affrontare gli esiti dell'analisi svolta sulle sentenze della Corte EDU, occorre dar conto di un dato di metodo: il campione analizzato, che era quello delle sentenze pubblicate negli anni tra il 2008 e il 2013 compresi, è insieme troppo vasto e troppo esiguo. Troppo vasto per un'analisi sentenza per sentenza: il totale di pronunce raggiunge infatti circa 10 mila unità, per cui si è necessariamente proceduto con una ricerca nel database HUDOC<sup>1</sup> per parole chiave, arricchita da un'indagine mirata su alcune pronunce di particolare rilievo. Al contempo, però, stante, come vedremo, la netta tendenza della Corte EDU a non citare la dottrina, la selezione che ne risulta consta di un numero di pronunce troppo ristretto perché possa essere effettuata con qualche significato un'analisi di tipo statistico, ad esempio sulla ricorrenza e sul numero di occorrenze degli autori citati, o sulla nazionalità dei giudici autori delle citazioni.

<sup>1</sup> Accessibile all'indirizzo internet [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int).

Ciò non toglie che la ricerca abbia comunque fornito indicazioni di rilievo, che in via generale confermano quanto emerso negli studi che si sono sin qui concentrati sulla materia, e che essenzialmente sono racchiusi negli atti del convegno intitolato “*La Cour Européenne des Droits de l’Homme et la Doctrine*”, svoltosi a Strasburgo nel maggio 2012, i cui lavori sono stati pubblicati l’anno successivo, in un importante volume che è stato un riferimento fondamentale per questa analisi<sup>2</sup>.

Rispetto a tale indagine, comunque, il presente studio va leggermente oltre da un punto di vista cronologico, coprendo anche le pronunce del 2013, e cerca altresì di fornire qualche considerazione aggiuntiva soprattutto in relazione alla natura ibrida di tale Corte, che – come del resto la Corte di giustizia – è composta da giudici che provengono da ordinamenti sia di *common law* sia di *civil law*, il che ha dei riflessi anche sullo specifico tema qui esaminato, riflessi che non vengono affrontati in modo espresso nel volume poco sopra menzionato<sup>3</sup>.

2.2. In primo luogo, così come la Corte Suprema degli Stati Uniti cita Bob Dylan<sup>4</sup>, di tanto in tanto anche nelle sentenze della Corte EDU compaiono alcune citazioni “di colore”, non giuridiche, a testi letterari o ad altri documenti riconducibili a quella che il Prof. Popescu nel suo intervento nel volume ricordato ha chiamato la «*non-doctrine*»<sup>5</sup>. Con questa espressione, egli si riferiva per la verità ai richiami effettuati (dai ricorrenti) alla dottrina giuridica nazionale, alla dottrina comparatistica, e alla dottrina non giuridica. Probabilmente, non è inappropriato ricomprendere in quest’ultimo gruppo anche i richiami per l’appunto let-

<sup>2</sup> *La Cour Européenne des Droits de l’Homme et la Doctrine. Actes du colloque des 10 et 11 mai 2012* a cura di S. Touzé, Paris, 2013. Nei suoi *Propos introductifs* a questo volume (pp. 9-28), Touzé afferma che «3% maximum des arrêts entre 1999 et 2011 font explicitement mention à des références doctrinales» (p. 13).

<sup>3</sup> V. però, per alcune considerazioni sparse, C.-L. POPESCU, *La place de la doctrine dans les argumentaires des requérants*, in *La Cour Européenne* a cura di S. Touzé, cit., pp. 33-60, *passim*.

<sup>4</sup> Ciò è avvenuto in due diverse sentenze, ad opera di due diversi giudici: il Chief Justice Roberts nel suo dissent nel caso *Sprint Communications Co. v. APCC Services, Inc.*, 554 U.S. 269 (2008) («“When you got nothing, you got nothing to lose.” Bob Dylan, Like A Rolling Stone, on Highway 61 Revisited (Columbia Records 1965)»), e pur menzionando solo il titolo di un suo album e della canzone eponima, il giudice Scalia nel suo *concurrent* in *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746 (2010) («*The-times-they-are-a-changin’ is a feeble excuse for disregard of duty*»).

<sup>5</sup> C.-L. POPESCU, *La place de la doctrine*, cit., p. 57.

terari o di costume. Tra questi, segnaliamo l'opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque, di gran lunga il più incline alle citazioni tra i giudici di Strasburgo, nel caso *Herrmann v. Germany*<sup>6</sup>: in ben 60 note a piè di pagina trovano spazio, oltre a numerosi riferimenti giurisprudenziali anche a opere giuridiche, principalmente di lingua tedesca, richiami, nell'ordine, a Kundera, Rousseau, Voltaire, Bentham, Schopenhauer e Russell.

Ma al di là di tali richiami ad autori non giuridici, comunque contenuti, così come per i ricordati richiami a Bob Dylan nella Corte Suprema degli Stati Uniti, in opinioni separate, le citazioni in senso stretto di dottrina (giuridica) da parte della Corte EDU possono essere essenzialmente suddivise in due gruppi<sup>7</sup>. Una prima categoria è quella delle molte sentenze in cui i richiami sono effettuati al fine di ricostruire il diritto interno dello Stato interessato; una seconda riguarda invece le citazioni che servono a corroborare la tesi sostenuta dal giudice che sceglie di farvi ricorso. Esaminiamole entrambe, riservando poi ad un momento successivo una breve analisi di due pronunce particolarmente importanti, che costituiscono una categoria a sé stante.

In primo luogo, vi è dunque una serie di pronunce che contengono riferimenti dottrinali utili a chiarire meglio il contesto giuridico dello Stato convenuto davanti alla Corte<sup>8</sup>. In effetti, com'è noto, la Corte ri-

<sup>6</sup> Corte EDU, Grand Chamber, sentenza del 26 giugno 2012, *Herrmann v. Germany*, ricorso n. 9300/07.

<sup>7</sup> Tralasciamo le molte (troppo numerose per poter essere elencate tutte) sentenze e decisioni dove alla dottrina si fa solo un riferimento generico, senza un richiamo a precisi autori-opere, dal momento che in nessuno dei casi rientranti in questa categoria si è dato ravvisare un'influenza rilevante sul dispositivo e sul percorso argomentativo della motivazione; tralasciamo parimenti, perché meno rilevanti, le pronunce dove la dottrina emerge indirettamente solo perché risultante dalle argomentazioni delle parti che vengono ricostruite dai giudici, ma senza avere impatto particolare sull'esito (ricordiamo, a questo proposito, le seguenti pronunce: *Kearns c. France* (35991/04, sez. III); *N.N. et T.A. c. Belgique* (65097/01, sez. II); *Carabulea v. Romania* (45661/99, sez. III). Sul tema, vedi in generale, *La Cour Européenne* a cura di S. Touzé, cit., gli interventi di C.-L. POPESCU, *La place de la doctrine*, cit., e D. SZYMCAK, *La place de la doctrine dans les argumentaires des tiers intervenants*, pp. 61-73); infine, tralasciamo altresì i rari casi di sentenze dove le citazioni di dottrina compaiono solo in quanto è la sentenza interna oggetto di ricorso, di cui vengono riportati dei passi, a contenerle, come nel caso di *Schwizgebel v. Switzerland* (45661/99, sez. III), o comunque sono state effettuate nel corso del procedimento interno e vengono solo riportate dalla Corte senza particolari conseguenze, come in *Lagardère v. France* (18851/07, sez. V).

<sup>8</sup> L'analisi ha consentito di reperire le seguenti pronunce: *Tarik c. Roumanie* (75849/01,

costruisce nella parte in fatto il diritto interno pertinente, ma in un contesto così variegato come quello degli Stati membri del Consiglio d'Europa, spesso questa opera di ricostruzione può rivelarsi complessa. Pertanto, i giudici europei scelgono in talune occasioni di ricorrere espressamente all'aiuto interpretativo di un autore dell'ordinamento di volta in volta considerato.

Tale prassi fa sì che, sul piano formale, la Corte EDU non possa essere qualificata tra quelle completamente silenti sul piano delle citazioni dottrinali. In effetti, tali riferimenti compaiono nel corpo dell'opinione della maggioranza e sono richiami espressi a specifici autori e a specifiche opere.

Tuttavia, la rilevanza di tale fenomeno non sembra poter essere so-

sez. III); *Samoil, et Cionca* (33065/03, sez. III); *Kemp et autres c. Luxembourg* (17140/05, sez. I); *Marchiani c. France* (30392/03, sez. V); *Vally et autre c. France* (39141/04, sez. V); *Lamarche c. Roumanie* (21472/03, sez. III); *K.T. v. Norway* (26664/03, sez. I); *Bacso c. Roumanie* (9293/03, sez. III); *Moroiianu et autres c. Roumanie* (2508/05, sez. III); *Orr v. Norway* (31283/04, sez. I); *Andrita c. Roumanie* (67708/01, sez. III); *Daniel et Niculina Georgescu c. Roumanie* (2367/04, sez. III); *Ileana Laz, r c. Roumanie* (5647/02, sez. III); *Toma c. Roumanie* (42716/02, sez. III); *S, vulescu et autres c. Roumanie* (71838/01, sez. III); *Dan Cristian Ionescu c. Roumanie* (17782/02, sez. III); *Becksei c. Roumanie* (8266/05, sez. III); *Stagno c. Belgique* (1062/07, sez. II); *Anea et Nitescu c. Roumanie* (45924/06, sez. III); *Mutishev et autres c. Bulgarie* (18967/03, sez. V); *Finger v. Bulgaria* (37346/05, sez. V); *Marariu c. Roumanie* (23957/03, sez. III); *Milasinovic v. Croatia*, 26659/08, sez. I); *VusiÊ v. Croatia* (48101/07, sez. I); *I.L. V. c. Roumanie* (4901/04, sez. III); *Athanasiu Marshall c. Roumanie* (21305/05, sez. III); *Rafiq Aliyev v. Azerbaijan* (45875/06, sez. I); *Pyrobatys, A.S. V Restrukturalizacii v. Slovakia* (40050/06, sez. III); *Jacques Mitre c. France* (43918/09, sez. V); *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* (14902/04, sez. I); *Thanopoulou c. Grèce* (65155/09, sez. I); *Fix c. Grèce* (1001/09, sez. I); *Association Les Témoins de Jéhovah c. France* (8916/05, sez. V); *Konstas v. Grèce* (53466/07, sez. I); *Finger v. Bulgaria* (37346/05, sez. IV); *Antunes Rodrigues c. Portugal* (18070/08, sez. II); *Steulet c. Suisse* (31351/06, sez. II); *Kasabova v. Bulgaria* (22385/03, sez. IV); *RTBF v. Belgium* (50084/06, sez. II); *Korosidou c. Grèce* (9957/08, sez. I); *Haxhishabani c. Luxembourg* (52131/07, sez. I); *Ferencikova v. Slovakia* (39912/09, sez. III); *Robathin v. Austria* (30457/06, sez. I); *Dritan Dalipi c. Grèce* (51588/08, sez. I); *Serghe-Gheorghe-Ioan Morariu et 58 autres requêtes c. Roumanie* (32247/08, sez. III); *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom* (24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, sez. IV); *Jubas – uriÊ v. Serbia* (48155/06, sez. II); *Tourisme d'affaires c. France* (17814/10, sez. V); *Alimuçaj v. Albania* (20134/05, sez. IV); *Tsitsiriggos c. Grèce* (29747/09, sez. I); *Garnaga v. Ukraine* (20390/07, sez. V); *Rimantas Savickas v. Lithuania* (66365/09, sez. II); *VeliÊkoviÊ v. Serbia* (36158/10, sez. II); *Vinter amd Others v. The United Kingdom* (66069/09, 130/10 e 3896/10, Grand Chamber); *Niculescu-Dellakeza c. Roumaine* (5393/04, sez. III); *Vladan MijailoviÊ v. Serbia* (14366/08, sez. II); *Zolotas c. Grèce (No 2)* (66610/09, sez. I).

vrastimata. In effetti, se si prova a valutare l'impatto di tali citazioni sull'esito della decisione<sup>9</sup>, esso appare in ampia misura irrilevante. In effetti, l'influenza sulla decisione di tali riferimenti può essere al più indiretta, nel senso che contribuisce a tratteggiare con maggior precisione il quadro del diritto interno rilevante, che spesso può essere l'oggetto stesso della questione portata davanti alla Corte, ma ciò è indipendente dal modo in cui i giudici decideranno poi tale questione e dal conseguente esito del giudizio.

Si tratta, in effetti, per lo più di citazioni singole, ad un solo articolo o testo monografico o manualistico, o a commentari, che servono in linea di massima a chiarire uno specifico punto che necessita di approfondimento. In questo contesto, si osserva la ricorrenza di citazioni ad uno stesso autore in diverse sentenze, il che denota una certa *path-dependence* dei giudici della Corte EDU nel tornare regolarmente a riferirsi ad uno stesso studioso o allo stesso ristretto gruppo di studiosi per interpretare il diritto di un determinato Paese.

È il caso ad esempio della Romania, di cui cinque autori vengono citati in maniera ricorrente e più frequente degli altri: Gabriel Boroï viene citato con due diverse opere in *Bacso* e *I.L.V.*; Viorel Mihai Ciobanu e le sue opere in materia di procedura civile e esecuzione forzata compaiono in *Moroianu*, *Dan Cristian Ionescu*, *Becksei*, *Anea et Nitescu* e *I.L. V.*; il trattato di procedura civile di Ion Deleanu viene menzionato in *Moroianu*, *Becksei*, *Anea et Nitescu*, *Marariu*, *I.L. V.* e *Athanasii Marshall*; il testo di procedura penale di Ion Neagu figura invece tra le fonti di *Samoil*, *et Cionca*, *Lamarche* e *Niculescu-Dellakeza*; infine Liviu Pop viene citato con due opere in ambito privatistico in *Andrita*, *Toma* e *Săvulescu*<sup>10</sup>.

A questo proposito, tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come la frequenza di citazioni in questo ambito dipenda da circostanze per molti versi contingenti: più sono frequenti le violazioni contestate e accertate da parte di un determinato Stato, maggiori saranno le possibilità

<sup>9</sup> In generale, misurare in modo soddisfacente l'impatto della dottrina sulle pronunce della Corte è un compito difficilissimo, pari alla «quadratura del cerchio» secondo D. SZYMCAK, *La place de la doctrine*, cit., p. 72: «*En se plaçant sous un angle qualitatif, on peut enfin se demander quel impact la doctrine exerce réellement sur la solution retenue par la Cour dans une affaire donnée. Tenter de répondre à une telle question relève cependant de la quadrature du cercle*».

<sup>10</sup> Per i riferimenti di tali casi, vedi alla nota 8; in *Becksei* e *Anea et Nitescu* il paragrafo con le citazioni ha il medesimo testo.

per gli studiosi di quello Stato di ricevere un riferimento nella ricostruzione del diritto interno (in effetti la ricordata Romania è ad es. attualmente quarta nella classifica degli Stati per numero di violazioni totali accertate da quando esiste la Corte, o da quando uno Stato ha accettato la sua giurisdizione<sup>11</sup>); inoltre, l'area giuridica in cui un dato autore è maggiormente esperto e di cui si occupa con più frequenza influenzerà anche in modo rilevante le sue possibilità di citazione, essendo il diritto e la procedura penale, e in misura minore il diritto e la procedura civile, le materie di cui la Corte è più spesso investita; ancora, minore è la competenza da parte dei giudici e dei loro collaboratori sul diritto di un dato ordinamento, maggiore sarà la necessità di ricorrere ad ausili interpretativi specifici, con la conseguenza che gli autori di ordinamenti più familiari ai giudici, come tipicamente quello francese, inglese e tedesco, avranno meno spazio in questo tipo di citazioni, che invece saranno più frequenti per ordinamenti tradizionalmente meno studiati dalle indagini comparatistiche.

Tutti questi elementi concorrono a concludere che questa prima categoria di citazioni debba certamente essere registrata in un'analisi, come quella svolta, sull'influenza della dottrina sulle corti di vertice; tuttavia, paiono essere assai più significative le citazioni a sostegno di una data tesi. Muoviamo dunque a considerare tale secondo gruppo di citazioni.

Nell'ambito di questa categoria, l'analisi ha consentito di confermare un dato già affermato in diversi interventi al ricordato convegno di Strasburgo del 2012, ovvero il fatto che le citazioni a sostegno sono assai nettamente più frequenti nelle opinioni cosiddette separate, ovvero concorrenti e soprattutto dissenzienti, rispetto alle opinioni di maggioranza<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> V. le statistiche sul sito della Corte, attualmente su [www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf) (28 aprile 2015).

<sup>12</sup> L'elenco delle pronunce registrate nel periodo oggetto d'indagine è il seguente: *E.B. c. France* (43546/02, Grande Chambre); si tratta in questo caso di un'autocitazione ad opera del giudice Zupančič; *Hasan Rüzgar c. Turquie* (28489/04, sez. II); *N. c. Royaume-Uni* (26565/05, Grande Chambre); *Zubayrayev v. Russia* (67797/01, sez. I); *Yumak and Sadak v. Turkey* (10226/03, Grand Chamber); *Andrejeva v. Latvia* (55707/00, Grand Chamber); *Guiso-Gallisay v. Italy* (58858/00, Grand Chamber); *Syngelidis v. Greece* (24895/07, sez. I); *Gäfgen c. Allemagne* (22978/05, Grande Chambre); *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (30696/09, Grande Chambre); *Lalmahomed v. The Netherlands* (26036/08, sez. III); *Trévalec c. Belgique* (30812/07, sez. II); *Stummer v. Austria* (37452/02, Grand Chamber); *Hidir Durmaz c. Turquie (No 2)* (26291/05, sez. II); *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* (43509/08, sez. II); *Portmann c. Suisse* (38455/06, sez. II); *Asso-*

Si trattava appunto di una constatazione già effettuata dagli studiosi che si erano già occupati dell'argomento o dai giudici ed altri addetti interni alla Corte<sup>13</sup>, che ha trovato nuovo riscontro nella presente analisi.

Occorre però interrogarsi sulle ragioni e il significato di questa tendenza. La letteratura esistente ha svolto al riguardo un ragionamento che muove dalla considerazione che a Strasburgo tende ad operare il principio del precedente: benché non sancito da nessuna disposizione della Convenzione, i giudici della Corte EDU e coloro che li assistono nello studio dei casi e nella redazione delle sentenze lavorano tenendo presente prima e più di tutto la giurisprudenza esistente, e a cercare in essa le risposte per affrontare casi nuovi o questioni giuridiche non ancora risolte, discostandosi abbastanza raramente dal solco già tracciato (i *revirement* sono piuttosto rari a Strasburgo)<sup>14</sup>.

In questo senso, la dottrina non ha semplicemente spazio perché di

*ciation Rhino et Autres c. Suisse* (48848/07, sez. II); *Vedjeland and Others v. Sweden* (1813/07, sez. V); *Antwi and Others v. Norway* (26940/10, sez. I); *Hirsi Jamaa et Autres c. Italie* (27765/09, Grande Chambre); *Konstantin Markin v. Russia* (30078/06, Grand Chamber); *Van der Heijden v. The Netherlands* (42857/05, Grand Chamber); *Boulois c. Luxembourg* (37575/04, Grande Chambre); la già citata *Herrmann; Ciesielczyk v. Poland* (12484/05, sez. IV); *B. c. Belgique* (4320/11, sez. II); *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* (16354/06, Grand Chamber); *Ketreb c. France* (38447/09, sez. V); *Faber v. Hungary* (40721/08, sez. II); *Nada c. Suisse* (10593/08, Grande Chambre); *Buckland v. The United Kingdom* (40060/08, sez. IV); *Catan and Others v. Moldova and Russia* (43370/04, 8252/05 e 18454/06, Grand Chamber); *Ali iË and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (60642/08, sez. IV); *Shala c. Suisse* (52873/09, sez. II); *Özmen c. Turquie* (28110/08, sez. II); *De Souza Ribeiro v. France* (22689/07, Grand Chamber); *Fabris c. France* (16574/08, Grande Chambre); *X et Autres c. Autriche* (19010/07, Grande Chambre); *S.H. and Others v. Austria* (57813/00, Grand Chamber); *Maktouf et DamjanoviË c. Bosnie-Herzégovine* (2312/08 e 34179/08, Grande Chambre); *Janowiec and Others v. Russia* (55508/07 e 29520/09, Grand Chamber); *Vallianatos and Others v. Greece* (29381/09 e 32684/09, Grand Chamber); *Shmushkovych v. Ukraine* (3276/10, sez. V); *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (5809/08, sez. II); *Perinçek v. Switzerland* (27510/08, sez. II).

<sup>13</sup> V. in particolare, nel già citato volume del 2013, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La doctrine et les débats doctrinaux dans les opinions séparées des juges*, pp. 111-120.

<sup>14</sup> Addirittura, diventano un riferimento costante, facendo in certo qual modo anch'esse giurisprudenza, le stesse opinioni individuali dei giudici: così S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine – Propos introductifs*, cit., p. 27: «L'opinion individuelle devient la référence doctrinale interne de principe et sert soit à maintenir pour le juge une interprétation déjà développée antérieurement soit, pour un autre juge, à se rallier à une interprétation défendue par un collègue antérieurement».

essa non si avverte la necessità: ciò che occorre ai giudici per decidere un caso è – al di là di una ricostruzione accurata del diritto interno pertinente, il che può portare alle citazioni del primo gruppo – un precedente che orienti il lavoro, e ad esso sarà sufficiente fare riferimento per motivare e giustificare se si è ravvisata o meno una violazione della Convenzione.

In un simile quadro, ben si comprende come l'unico incentivo al richiamo all'autorevolezza dottrinale per far da contraltare all'autorità giurisdizionale è quando non si condividono in tutto o in parte gli esiti cui conduce quest'ultima. In altri termini, salve eccezioni (su cui v. alla seguente lettera c.), saranno in via generale solo i giudici autori di opinioni concorrenti e ancor più dissenzienti ad avvertire la necessità di trovare un fondamento per giustificare rispettivamente una diversa argomentazione a sostegno della tesi raggiunta dalla maggioranza, o proprio una conclusione opposta. L'auspicio sarà così che l'argomentazione dottrinale – e in questo caso i riferimenti sono in maggioranza a dottrina internazionalistica in senso stretto – possa costituire il nucleo di un futuro mutamento di giurisprudenza: mentre ora l'orientamento che si fonda su riferimenti dottrinali è proprio di una minoranza di giudici, che sono o in accordo con la maggioranza sull'esito, ma non sul percorso motivazionale, o più facilmente in disaccordo a tutto tondo, i giudici che citano tendenzialmente mirano a che tali riferimenti rafforzino il proprio punto di vista, aiutandolo a diventare col tempo opinione maggioritaria<sup>15</sup>. A quel punto, esso non avrà più bisogno di essere sostenuto dalle argomentazioni della dottrina, perché vivrà *ratione auctoritatis* oltre che *auctoritate rationis*.

Se questo è lo scenario, come detto, abbastanza condiviso del ricorso alla dottrina nelle pronunce della Corte EDU, c'è un'ulteriore conclusione che sembra potersi trarre dall'analisi della sua giurisprudenza. L'ipotesi interpretativa qui avanzata è che la prassi descritta dei giudici di Strasburgo in materia di citazioni della dottrina sia legata al particolare carattere ibrido di questa Corte. In effetti, i suoi giudici hanno com'è noto provenienza e formazione eterogenee, e in particolare racchiudono

<sup>15</sup> Anche se ciò non è affatto un esito scontato: le opinioni dissenzienti «*ont certes une grande importance, et il peut arriver que la jurisprudence évolue dans la direction qu'elles indiquent, mais ce n'est pas du tout systématique et des opinions dissidentes de grande qualité et d'un grand intérêt doctrinal n'ont pas nécessairement donné lieu à des changements jurisprudentiels*».

al loro interno molti giudici di formazione continentale e *civilian*, ma anche una minoranza più avvezzata alla tradizione giuridica anglosassone: ciò sembra riflettersi anche sulla questione che ci occupa<sup>16</sup>.

In particolare, tra gli ordinamenti che hanno influenzato e influenzano lo sviluppo della giurisprudenza della Corte, il rifiuto della citazione è una caratteristica essenzialmente francofona<sup>17</sup>: lo stile della sentenza francese, improntato all'asciutta e sintetica sequenza di *attendu que*, riflette la celebre centralità della legge e del Parlamento come fonte primaria del diritto. Chiaramente, lo stile di Strasburgo è estremamente diverso, ma permane in qualche misura la tendenza a concentrarsi sul "diritto" interno di uno Stato, inteso come insieme di disposizioni scritte, per l'interpretazione delle quali è sì utile avvalersi di esperti che da quello Stato provengono o che vi si sono formati, ma che non lasciano spazio alla dottrina al di fuori di questo limitato aspetto.

D'altro canto, l'impronta anglosassone si ravvisa proprio nel ricordato orientamento all'applicazione del precedente, se pur non vincolante o rigido, ma comunque primario criterio guida per l'evoluzione e lo sviluppo del diritto convenzionale, nonché nella presenza di opinioni concordanti e dissenzienti firmate dai singoli giudici, che quindi prendono individualmente posizione sulle questioni oggetto del giudizio. A differenza degli ordinamenti anglosassoni, invece, la Corte EDU tende a citare solo nelle opinioni separate, mentre se uno considera ad esempio le sentenze della Corte Suprema americana noterà che non vi è una distinzione così netta tra assenza di citazioni nell'opinione unanime o di maggioranza, e presenza nelle opinioni separate<sup>18</sup>.

Da questa combinazione di influenze, che ha tratti comuni a quanto si riscontra nella Corte di giustizia, nasce la particolare giurisprudenza della Corte EDU, che tendenzialmente non cita la dottrina così come da tradizione francese, ma che si fonda sul richiamo tipico del *common*

<sup>16</sup> In effetti, come osserva S. TOUZÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine – Propos introductifs*, cit., p. 17, «Il est à relever que la doctrine francophone et anglophone semble être statistiquement la plus usitée par la Cour. En plus d'être les deux langues de travail de la Cour, il apparaît que les écrits juridiques dans ces deux langues sont plus aisément consultables par les juges».

<sup>17</sup> V. ampiamente, nel presente volume, il contributo che precede il nostro, di P. Passaglia e S. Ragone, *Francia, Belgio, Spagna*.

<sup>18</sup> Per un approfondito studio empirico relativo alla Corte Suprema degli Usa, v. L. PETHERBRIDGE, D.L. SCHWARTZ, *An Empirical Assessment of the Supreme Court's Use of Legal Scholarship*, 106(3) *Nw. U. L. Rev.* 995 (2015).

*law* al precedente e contempla altresì l'espressione di opinioni concorrenti e dissenzienti, dove la dottrina può trovare invece tutt'altro spazio, per le ragioni sopra esposte. Pur essendo appunto alcuni tratti comuni alla Corte del Lussemburgo, i particolari caratteri della Corte EDU ne fanno un'esperienza unica, senza riscontri analoghi in altri organi giudiziari sovranazionali, e a maggior ragione in corti di vertice nazionali.

2.3. L'analisi svolta descrive la generalità delle sentenze e decisioni della Corte EDU, ma vanno segnalate in modo a sé stante alcune pronunce di particolare significato, che costituiscono per così dire un'eccezione che conferma la regola.

In primo luogo, merita dar conto del caso *Kononov*<sup>19</sup>, nato da un ricorso di un cittadino russo contro la condanna subita nel 2004 in Lituania per crimini di guerra, fondata sulla sua partecipazione ad una spedizione militare punitiva durante la Seconda Guerra Mondiale. Il signor Kononov lamentava che tale condanna violasse il principio di irretroattività della legge penale, stabilito dall'Articolo 7 della Convenzione, e in primo grado i giudici di Strasburgo accolsero il suo ricorso. La maggioranza fu però di un solo voto, 4-3, e i giudici soccombenti firmarono un'articolata opinione dissenziente, sostenendo che a loro avviso la condanna non avesse violato l'art. 7 della Convenzione, perché questa disposizione, al paragrafo 2, fa salva la possibilità di processare e punire «una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

A parere dei giudici dissenzienti, la Corte si era limitata a considerare il divieto generale del paragrafo 1, ma la condotta delle autorità lituane doveva ritenersi legittima ai sensi della clausola di salvaguardia del paragrafo seguente. Nel sostenere la propria argomentazione, i tre giudici fecero ampio ricorso alla dottrina internazionalistica, nel tentativo di dimostrare che gli atti compiuti dal signor Kononov dovevano considerarsi un crimine secondo i principi generali di diritto dell'epoca in cui furono compiuti.

Sin qui, rimaniamo in linea con il *pattern* descritto poco fa, *sub* b.; ma la sentenza della Grande Camera, cui la questione fu rinviata dopo la pronuncia della III sezione, fa categoria a sé. I giudici ribaltarono in-

<sup>19</sup> *Kononov v. Latvia* (36376/04, ex sez. III, e poi Grand Chamber).

fatti il verdetto e ritennero per 14 voti a 3 che la condanna irrogata al signor Kononov da parte della Lituania non avesse violato il principio di irretroattività di cui all'art. 7, e in realtà che fosse proprio il § 1 a non esser stato violato, senza che vi fosse quindi la necessità di valutare l'applicabilità della clausola di salvaguardia del § 2. Come i giudici dissenzienti del primo grado, così i giudici di maggioranza della Grande Camera compiono un'elaborata ricostruzione del diritto internazionale applicabile, e lo fanno attraverso il contributo fondamentale di autorevole dottrina sul tema. Da un lato, i riferimenti servono ai giudici per ricostruire il diritto e la pratica internazionali applicabili (un autore citato qui, Cherif Bassiouni, era già stato citato dai dissenzienti del primo grado<sup>20</sup>), dall'altro lato diversi riferimenti importanti ai fini della decisione sono contenuti nella parte in diritto ed hanno un impatto di particolare rilievo sulla decisione.

Dal canto loro, infine, i giudici di minoranza della sentenza della Grande Camera fanno anch'essi un importante richiamo a un'opera di dottrina, curiosamente contenuta nello stesso volume da cui era tratto il saggio di Bassiouni citato dalla maggioranza<sup>21</sup>.

In conclusione, *Kononov* mostra come il ruolo della dottrina possa essere determinante a Strasburgo là dove le questioni di diritto internazionale poste siano, come in questo caso, attinenti alla ricostruzione di un quadro normativo basato su norme passate, e talora consuetudinarie. A questo proposito, occorre ricordare l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, che stabilisce che la Corte debba decidere applicando come fonte anche «le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche». Non esiste una disposizione analoga per la Corte EDU, tuttavia emerge da questa vicenda che anche la Corte EDU tende ad «applicare» la dottrina nel «determinare» le norme giuridiche applicabili ad un caso che si trovi a dover risolvere, per il quale le altre fonti non siano sufficienti.

Una conferma viene anche dalla sentenza *Korbely*<sup>22</sup>, relativa ad un

<sup>20</sup> In primo grado era stata citata la sua *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, New York, 2003, mentre qui viene citato un articolo in un volume collettaneo, *L'expérience des Premières Juridictions Pénales Internationales*, in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit International Pénal*, Paris, 2000, pp. 635-659.

<sup>21</sup> G. ABI-SAAB, R. ABI-SAAB, *Les crimes de guerre*, in *Droit International Pénal* a cura di H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Paris, 2000, pp. 240 ss.

<sup>22</sup> *Korbely c. Hongrie* (9174/02, Grand Chamber).

caso piuttosto simile. In questo caso, il ricorrente, un militare ungherese, era stato condannato a distanza di molti decenni per atti compiuti nel 1956, durante lo scoppio della rivoluzione nel suo Paese. La questione fondamentale affrontata dai giudici di Strasburgo era sostanzialmente analoga a quella di *Kononov*: la sua condanna violava il principio di irretroattività della legge penale? In questo caso, i giudici hanno ritenuto di sì.

Per arrivare a questa conclusione, essi hanno svolto un'analisi approfondita del diritto vigente all'epoca dei fatti (e delle leggi più recenti che escludevano l'operatività della prescrizione per determinati fatti commessi durante la rivoluzione del 1956). E anche in questo caso, la ricostruzione del diritto applicabile si è avvalsa in maniera determinante di alcuni autorevoli contributi di dottrina (tra cui uno del già citato Bassiouni<sup>23</sup>), dottrina che funge così da fonte determinante per la decisione (anche se i giudici dissenzienti, dal canto loro, fanno leva su altre opinioni per arrivare a concludere che non vi sia stata violazione)<sup>24</sup>.

2.4. In conclusione, lo spoglio delle sentenze 2008-2013 della Corte EDU ha consentito di individuare un primo blocco di pronunce in cui compaiono citazioni di dottrina funzionali alla ricostruzione del diritto interno, ed un altro dove citazioni compaiono invece in opinioni separate, concorrenti o dissenzienti; inoltre, abbiamo isolato due sentenze particolari, su vicende relative a crimini di guerra che hanno determinato condanne a molti decenni di distanza dai fatti, dove la dottrina è

<sup>23</sup> Si tratta di una terza opera rispetto alle due citate in *Kononov* (v. *supra*, nt. 19), ovvero *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague, 1999)

<sup>24</sup> Un caso per certi versi simile è *Harkins and Edwards v. The United Kingdom* (9146/07 e 32650/07, sez. IV, 17.1.2012). Questa pronuncia riguardava il caso di un britannico e un americano che lamentavano che la richiesta di estradizione nei loro confronti da parte degli Stati Uniti al Regno Unito fosse in violazione del divieto di torture o trattamenti inumani e degradanti (Art. 3 della Convenzione), per il rischio di subire la pena di morte o l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale. Qui i giudici, che concludono all'unanimità che l'estradizione sarebbe stata invece legittima, dedicano uno spazio rilevante a ricostruire il diritto internazionale e comparato in materia di ergastolo (e sanzioni «estremamente sproporzionate»), e nel farlo fanno anche due riferimenti di dottrina. Non si tratta in questo caso di citazioni riconducibili al gruppo relativo alle parti di ricostruzione del diritto interno, ma neppure le citazioni giungono ad avere l'importanza che hanno in *Kononov* e *Korbely*, collocandosi per così dire a livello intermedio per quanto riguarda l'impatto sulla decisione.

stata centrale nel ricostruire il diritto vigente all'epoca in cui questi ultimi furono compiuti.

Abbiamo poi posto in relazione questo andamento delle citazioni dottrinali nelle pronunce della Corte EDU con la natura, il *modus operandi* e la struttura stessa di questo organo, suggerendo che il fatto che le citazioni compaiano (quasi) solo per ricostruire il diritto interno o nelle opinioni separate dipenda dal carattere eclettico della Corte di Strasburgo, che combina prassi e membri di origine *civilian* e di *common law* in un *unicum* dalle caratteristiche sue proprie.

Qui, aggiungiamo soltanto un'ulteriore considerazione a proposito delle citazioni nelle opinioni concorrenti: fermo restando che la maggior parte di queste si devono al recordman delle citazioni, il già ricordato giudice Pinto de Albuquerque<sup>25</sup>, è interessante che tali riferimenti, anche quando a sostegno della conclusione assunta dalla maggioranza, compaiano solo nelle opinioni separate, e – a parte *Kononov* e *Korbely* – non nella parte in diritto, ovvero nella motivazione della deliberazione della maggioranza.

Questo ci dice qualcosa sul modo di intendere il diritto prevalente alla Corte di Strasburgo, che in ciò si dimostra tributaria del diritto francese più che di quello anglosassone: a Strasburgo il diritto in senso stretto si gioca tra formante legislativo e interpretazione proveniente dal formante giurisprudenziale, mentre la dottrina, salvo le ricordate eccezioni, che si spiegano nella logica propria del diritto internazionale, non è fonte in senso proprio<sup>26</sup>, e dunque può trovare spazio solo

<sup>25</sup> Per la precisione, questo giudice ha redatto opinioni concorrenti con (ampie) citazioni di dottrina, oltre che nel già ricordato *Herrmann*, nei seguenti casi: *Trévalec*, *Hidir Durmaz* (N° 2) (opinione in parte concorrente e in parte dissidente), *Konstantin Markin* (opinione in parte concorrente e in parte dissenziente), *Maktouf et Damjanović* e *De Souza Ribeiro*. Le altre citazioni in opinioni concorrenti (in genere assai meno numerose) compaiono nei seguenti casi: *Gäfgen* (opinione parzialmente concorrente), *Lalmahomed*, *Vejdeland*, *B. c. Belgique*, *Nada*, *Özmen*, *Shmushkovych*; Pinto de Albuquerque ha inoltre redatto opinioni puramente dissenzienti (con citazioni) in: *A. Menarini Diagnostics S.R.L.*, *Mouvement Raëlien Suisse* e *Perinçek* (opinione in parte dissenziente, firmata anche dal giudice Vučinić). Dopo il giudice portoghese, si segnala come abbastanza incline alle citazioni nelle opinioni separate anche la giudice belga Françoise Tulkens.

<sup>26</sup> Secondo P. DOURNEAU-JOSETTE, *La place de la doctrine dans le travail du greffe*, in *La Cour Européenne* a cura di S. Touzé, cit., pp. 93-104, a p. 100, ciò contribuirebbe a spiegare la reticenza della Corte EDU nel citare espressamente opere di dottrina: «*La place très réduite qu'occupe la doctrine dans les projets rédigés par le Greffe, et donc*

in un'opinione separata, che è sì formalmente parte integrante della pronuncia<sup>27</sup>, ma di fatto è qualcosa di autonomo e a sé stante. Sarà interessante continuare a monitorare la situazione per verificare se tale prassi rimarrà costante, o se la circolazione dei modelli porterà alla lunga dei cambiamenti, magari anche per fatti contingenti come la presenza di giudici particolarmente inclini alla citazione per via della loro formazione giuridica, come il portoghese Pinto de Albuquerque, o perché inviti, come quello dell'ex Presidente Jean-Paul Costa, a non essere una «corte d'avorio»<sup>28</sup>, condurranno ad una maggiore apertura alla scienza giuridica anche nella parte in diritto delle opinioni di maggioranza.

3.1. La ricerca relativa alla presenza di citazioni di dottrina nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed alla loro influenza sull'operato del Giudice UE ha interessato il quinquennio 2009-2013. L'attività ha preso le mosse dalla consapevolezza che, almeno a prima vista, l'operato della Corte in questione è impermeabile ad espressi richiami dottrinali. Invero, l'unica pronuncia nella quale è dato riscontrare un pur generico riferimento alla «dottrina» è il caso *Algera* del 1957<sup>29</sup>, che, sebbene alquanto risalente, è rimasto un esempio isolato. Allo stesso tempo, sarebbe in tutta evidenza ingenuo ritenere che la Corte sia esente da influenze dottrinali, di talché si è inteso superare il suo formale «silenzio», allo scopo di individuare alcune delle fonti processuali che possano offrire un contributo conoscitivo sugli orientamenti della letteratura giuridica rispetto alle problematiche da essa affrontate.

In questa prospettiva, nel contesto della sua competenza contenziosa, il Giudice dell'Unione trae senz'altro utili sollecitazioni dalle memorie scritte delle parti in causa, così come dalle loro esposizioni in sede di

*dans les décisions et arrêts de la Cour, s'explique avant tout par la volonté de cette dernière d'asseoir son raisonnement non sur une analyse doctrinale du droit, mais sur le droit lui-même».*

<sup>27</sup> «Comme on le sait, les opinions séparées font partie intégrante de la motivation des arrêts de la Cour»: così J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La doctrine et les débats doctrinaux*, cit., p. 111.

<sup>28</sup> V. ad es. J.P. COSTA, *Préface*, in *La Cour Européenne*, cit. a cura di S. Touzé, pp. 5-8, a p. 8; in francese, il gioco di parole, tra «*Cour d'ivoire*» e *tour d'ivoire*, è ancor più riuscito.

<sup>29</sup> Sentenza del 12 luglio 1957, cause riunite 7/56, 3/57 e 7/57, *Algera e a. c. Assemblée comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, ECLI:EU:C:1957:7.

discussione orale<sup>30</sup>. Nell'ambito del rinvio *ex art. 267 TFUE*, inoltre, al contributo delle parti nel giudizio nazionale si affianca altresì la ricostruzione proposta dall'autorità giurisdizionale rimettente, che non di rado presenta alla Corte *ad quem* un dotto approfondimento delle questioni pregiudiziali ad essa sollevate<sup>31</sup>. Da ultimo, il rito dinnanzi alla Corte prevede la possibilità che anche soggetti terzi formulino in udienza le proprie argomentazioni, così ampliando ulteriormente il panorama di opinioni e suggestioni presentato al Giudicante<sup>32</sup>.

La Corte stessa, dal canto suo, dimostra usualmente di prendere in carico le ricostruzioni fattuali e teoriche ad essa sottoposte: la struttura delle sue pronunce si caratterizza invero per un espresso riferimento agli «argomenti delle parti», i profili più qualificanti o rilevanti dei quali sono riportati in sintesi, in un paragrafo a ciò espressamente dedicato. In senso ulteriore, lo sviluppo dell'argomentazione giuridica del Collegio è non di rado debitore dei contributi delle parti e dei terzi intervenienti, richiamati ora *ad adiuvandum*, ora al solo scopo di confutarne la fondatezza.

In linea generale, pertanto, le parti ed i terzi offrono un variegato scenario di impostazioni dogmatiche a supporto delle proprie tesi, così come utili notazioni possono giungere dai giudici nazionali che elaborano quesiti pregiudiziali. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, sarebbe risultato alquanto arduo verificare in maniera sistematica la quantità e la qualità dei riferimenti dottrinali presentati in questo modo alla Corte e la loro influenza sulla formazione del convincimento di quest'ultima, poiché i relativi atti processuali sono in via di principio indisponibili e solo in maniera occasionale ed estemporanea possono essere consultati, ad esempio ove volontariamente diffusi.

L'indagine ha dunque volto l'attenzione all'operato degli Avvocati generali, istituto peculiare del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, che la dottrina talora accosta in parte alla figura del Procuratore gene-

<sup>30</sup> Cfr. l'art. 20 dello Statuto della Corte, di cui al Protocollo n. 3 allegato ai Trattati. V. altresì il regolamento della Corte di giustizia, del 25 settembre 2012, in GU L 265, del 29 settembre 2012, p. 1, come modificato il 18 giugno 2013, GU L 173, del 26 giugno 2013, p. 65.

<sup>31</sup> In dottrina v., *ex multis*, M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2010, in particolare pp. 295-320.

<sup>32</sup> Cfr. l'art. 24, par. 2, dello Statuto, che prevede la possibilità per la Corte di «richiedere agli Stati membri e alle istituzioni, agli organi o agli organismi che non siano parti in causa tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo».

rale presso la Corte di Cassazione italiana o al *Commissaire du gouvernement* al *Conseil d'Etat* francese<sup>33</sup>. Secondo la disciplina del Trattato, gli Avvocati generali assistono la Corte di giustizia, presentando pubblicamente conclusioni motivate nelle cause che richiedano il loro intervento<sup>34</sup>. Nel coadiuvare la Corte, pertanto, essi elaborano possibili soluzioni alle questioni giuridiche sollevate da una causa, enucleando altresì il ragionamento giuridico che dovrebbe supportare tale esito. Al riguardo, sin dalle prime fasi orientative della ricerca, si è avuto modo di riscontrare come in un novero non secondario di casi l'*iter* argomentativo alla base delle conclusioni sia arricchito da numerosi e precisi approfondimenti sui filoni dottrinali rilevanti per l'inquadramento delle questioni affrontate. Questa circostanza ha dunque suggerito di focalizzare l'indagine sui richiami alla letteratura giuridica operati dagli Avvocati generali, così da ovviare al già evocato "silenzio" della Corte. La scelta di metodo ha comportato due conseguenze di rilievo sullo spettro d'azione della ricerca nella fase di raccolta dei dati e nella loro successiva valutazione, delle quali occorre rendere conto.

In primo luogo, come noto, la Corte di giustizia dell'Unione europea si configura come un'istituzione complessa, in quanto ripartita al suo interno in Corte di giustizia, Tribunale e Tribunali specializzati, l'unico esempio dei quali è attualmente il Tribunale per la funzione pubblica<sup>35</sup>. In questo contesto, solo la Corte di giustizia annovera in via ordinaria la presenza degli Avvocati generali, che è invece del tutto esclusa nell'organigramma dei Tribunali specializzati e risulta ad oggi meramente eventuale per il Tribunale. L'art. 254 TFUE prevede infatti la possibilità che lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea – di cui al

<sup>33</sup> La prima indicazione è suggerita da R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 250. Il secondo accostamento è invece proposto da M. BORRACCETTI, *L'Avvocato generale nella giurisdizione dell'Unione europea*, Napoli, 2011. Per una presentazione generale del ruolo e dell'operato degli Avvocati generali si veda quest'ultima opera, nonché M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 33-37.

<sup>34</sup> L'art. 19, par. 2, TUE si limita a puntualizzare che la Corte di giustizia è «assistita da Avvocati generali». Tale disposizione è integrata dall'art. 252 TFUE, che delinea con maggiore puntualità l'inquadramento istituzionale e funzionale di questo organo.

<sup>35</sup> Cfr. l'art. 19, par. 1, TUE. Sulle prospettive legate alla compiuta inclusione nel sistema istituzionale dell'UE del tribunale unificato per la tutela brevettuale, v. i contributi in *Luci ed ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale* a cura di C. Honorati, Torino, 2014.

Protocollo n. 3 allegato ai Trattati – estenda questo istituto anche al Tribunale, su base casistica; parimenti, gli artt. 30 e 31 del nuovo regolamento di procedura del Tribunale dispongono che un Giudice del Tribunale stesso possa essere designato *ad hoc* come Avvocato generale<sup>36</sup>: tale nomina può avvenire previa deliberazione della conferenza plenaria, adottata su richiesta di una sezione che lo ritenga necessario a motivo della «difficoltà in diritto» o «complessità in fatto» della causa<sup>37</sup>. Nondimeno, tale facoltà è stata esercitata solo in rare occasioni, agli albori dell'istituzione del Tribunale stesso. Ciò ha determinato l'esigenza di concentrare la ricerca sulle sole cause presentate alla Corte di giustizia, con un indiretto coinvolgimento del Tribunale esclusivamente nelle ipotesi di impugnazione di sentenze da quest'ultimo emesse in prima istanza<sup>38</sup>.

In secondo luogo, a differenza di quanto avveniva in passato, in particolare sino alla riforma dei Trattati approvata a Nizza nel 2001, l'intervento dell'Avvocato generale non è previsto in ogni causa. Sul punto, mentre il Trattato opera un generico richiamo alle cause che «richiedano» tale intervento, l'art. 20, par. 5, dello Statuto precisa che la Corte, previa consultazione con l'Avvocato generale assegnatario, può decidere che una causa venga giudicata senza conclusioni, se «non solleva nuove questioni di diritto». L'analisi ha pertanto interessato le sole cause nelle quali si è riscontrata la pubblicazione di conclusioni motivate o di prese di posizione emesse nell'ambito di un rinvio pre-

<sup>36</sup> Cfr. il regolamento di procedura del Tribunale, in GU L 105, del 23 aprile 2015, p. 1. Per un primo commento sulla riforma del regolamento di procedura v. C. AMALFITANO, *Publicato in GUUE il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione*, in <http://www.eurojus.it/publicato-in-guue-il-nuovo-regolamento-di-procedura-del-tribunale-dell'unione-in-vigore-dal-prossimo-1-luglio-2015/> (29 aprile 2015), nonché C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *federalismi.it* del 28 aprile 2015 (29 aprile 2015).

<sup>37</sup> Gli artt. 30 e 31 del nuovo regolamento in ampia misura riprendono il testo dei precedenti artt. 18 e 19. Non è invece stato riproposto il disposto dell'art. 17, che prevedeva l'automatica convocazione dell'Avvocato generale nell'ipotesi di sedute plenarie del Tribunale.

<sup>38</sup> Il primo Avvocato generale, inoltre, nell'ipotesi di sentenze emesse dal Tribunale all'esito di impugnazione di una pronuncia del Tribunale specializzato, ai sensi dell'art. 62 dello Statuto, «allorché ritiene che esista un grave rischio per l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione, può proporre alla Corte di giustizia di riesaminare la decisione del Tribunale», in via eccezionale.

giudiziale d'urgenza<sup>39</sup>. Ciò ha determinato giocoforza un ulteriore restringimento del campo di indagine. In particolare, come si può evincere dalla tabella riassuntiva che segue, a fronte di 1666 sentenze emesse dalla Corte di giustizia nel quinquennio considerato, si sono potute registrare 1065 conclusioni e 24 prese di posizione. In linea generale, dunque, circa 2 cause giudicate con sentenza su 3 sono state caratterizzate dall'intervento dell'Avvocato generale, secondo un rapporto sostanzialmente costante per ciascuna annata:

	Sentenze	Conclusioni	Prese di posizione
2009	303	201	3
2010	353	222	9
2011	330	212	3
2012	316	202	7
2013	364	228	2
<i>Totale</i>	<i>1666</i>	<i>1065</i>	<i>24</i>

3.2. Le conclusioni degli Avvocati generali sono strutturate come relazioni motivate, che spesso recano dunque in calce un novero alquanto significativo di note, ora finalizzate ad approfondire un determinato tema ancillare rispetto all'argomentazione principale, ora destinate ad accogliere i riferimenti dottrinali e – più spesso – giurisprudenziali avvalorati per lo sviluppo del ragionamento giuridico. La ricerca si è pertanto sostanziata nella consultazione di ciascuna conclusione e presa di posizione relativa al quinquennio 2009-2013. Fra tutti i documenti oggetto di analisi, in 289 di essi è stato possibile individuare una o più citazioni di dottrina, come da tabella di seguito riportata. In termini complessivi, dunque, la ricerca ha consentito di rilevare come circa 1 conclusione o

<sup>39</sup> Sulle caratteristiche e le condizioni per l'applicazione di questa procedura v. C. HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625. Per un'analisi delle principali problematiche applicative v. A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: un premier bilan et nouvelles questions*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 107. Sul ruolo degli Avvocati generali in questa procedura: M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII edizione, Torino 9-10 ottobre 2009* a cura di A. Oddenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, L. Mola, L. Poli e F. Costamagna, Torino, 2010, p. 99.

presa di posizione su 4 annoveri un diretto richiamo alla letteratura giuridica, anche in questo caso senza evidenti variazioni su base annua. Appaiono d'altra parte meritevoli di segnalazione i dati relativi al 2011, anno in cui si è evidenziato il numero più elevato di documenti corredati da citazioni, a fronte di un insieme relativamente contenuto di conclusioni e prese di posizione.

	Conclusioni e prese di posizione	Documenti con citazioni
2009	204	48
2010	231	61
2011	215	68
2012	209	58
2013	230	54
<i>Totale</i>	<i>1089</i>	<i>289</i>

Nel complesso, dalle conclusioni e prese di posizione selezionate è stato possibile estrapolare 853 citazioni, campione relativamente risolutivo dal punto di vista statistico, ma sufficientemente elevato da rendere possibili alcune notazioni generali sulle risultanze dell'opera di catalogazione.

Va anzitutto precisato che nell'ammontare complessivo non figurano le pur frequenti citazioni letterarie o *lato sensu* culturali. Sotto questo profilo, a titolo di breve parentesi preliminare nel contesto più ampio della ricerca, l'indagine ha consentito di rilevare la maggiore – e forse per certi aspetti curiosa – propensione di alcuni Avvocati generali a dedicare l'*incipit* delle proprie conclusioni o prese di posizione a digressioni metagiuridiche o dichiaratamente avulse dall'analisi tecnica delle questioni di diritto. Si distingue al proposito l'Avvocato generale spagnolo Ruiz-Jarabo Colomer, particolarmente assiduo nel manifestare la sua predilezione per la tessitura di principi generali del diritto espressi in filigrana negli scritti di Miguel de Cervantes e nelle vicende dei suoi noti personaggi Don Chisciotte, Sancho Panza e Dulcinea del Toboso<sup>40</sup>; merita altresì una menzione l'Avvocato generale tedesco Kokott, la quale,

<sup>40</sup> Cfr., ad esempio, le conclusioni del 20 ottobre 2009, causa C-265/08, *Federutility e a. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, ECLI:EU:C:2009:640. Tra il 2003 ed il 2009 si riscontrano ben 21 citazioni della celebre opera di Miguel de Cervantes, operate dall'Avvocato generale in questione.

fra gli altri esempi rilevanti, in occasione di una controversia sulla tassazione di alcune bevande alcoliche destinate all'impiego in cucina<sup>41</sup>, si è esibita in un'erudita introduzione sul «buongustaio romano Marcus Gavius Apicius», ritenuto autore di uno dei primi ricettari della storia, il *De arte coquinaria*, nel quale l'antesignano dei moderni *chefs* ricorreva con frequenza al dono di Bacco per la preparazione di molti piatti.

A parte questi aspetti ancillari, un primo elemento interessante riguarda le tipologie di procedimento che in misura più significativa sollecitano la valorizzazione della dottrina. Delle 289 conclusioni e prese di posizione accompagnate da citazioni, ben 235 sono state pubblicate nel contesto di un rinvio pregiudiziale. Sono invece in numero sensibilmente inferiore i ricorsi per annullamento, pari a 37, e le 17 procedure di inadempimento, alle quali si aggiunge una sola azione di danni. Questo divario si spiega anzitutto con il fatto che i rinvii *ex art. 267* TFUE costituiscono la parte preponderante del carico di lavoro della Corte<sup>42</sup>; inoltre, essi paiono prestarsi in maggior grado al contributo conoscitivo della dottrina, poiché strutturalmente incentrati sulla soluzione di un dubbio interpretativo o di validità su una norma UE.

Tra le materie interessate, si evidenzia la netta preponderanza di citazioni riguardanti le libertà di circolazione nel mercato interno, unitamente a questioni attinenti alla cittadinanza dell'Unione europea e alle prerogative ad essa collegate. Parimenti, molte delle citazioni catalogate rimandano al *genus* dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ambito disciplinato al Titolo V TFUE che ricomprende l'immigrazione ed la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale<sup>43</sup>. Settori disciplinari di carattere spiccatamente tecnico manifestano invece la tendenza ad una minor apertura all'apporto della dottrina, se non in relazione all'esigenza

<sup>41</sup> Cfr. le conclusioni del 15 luglio 2010, causa C-163/09, *Repertoire culinaire*, ECLI:EU:C:2010:434.

<sup>42</sup> Questa tendenza, costante nel tempo, è confermata dalla relazione provvisoria relativa all'anno 2014, consultabile all'indirizzo [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/it\\_ecj\\_annual\\_report\\_2014\\_pr1.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/it_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf) (22 aprile 2015). Nell'anno di riferimento, si sono registrati 476 rinvii pregiudiziali, 157 impugnazioni e 76 ricorsi diretti.

<sup>43</sup> Le ricorrenti citazioni dottrinali possono trovare riscontro ulteriore nel fatto che l'art. 3 TUE, così come riformato dal Trattato di Lisbona, individua la creazione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia quale obiettivo prioritario dell'Unione: questo traguardo ha per la prima volta sopravanzato la realizzazione del mercato l'interno all'apice delle finalità generali dell'organizzazione.

di ricostruire le caratteristiche dell'ordinamento nazionale o la declinazione di uno specifico istituto nel sistema giuridico di uno Stato membro<sup>44</sup>. Un elemento tuttavia accomuna l'attività degli Avvocati generali in ogni politica UE: indipendentemente dal settore preso in considerazione, i *leading cases* si contraddistinguono usualmente per la presenza di riferimenti alla letteratura rilevante. Questa circostanza è stata talora segnalata in relazione ad alcune pietre miliari dell'operato della Corte e dell'ordinamento dell'Unione nel complesso, come la giurisprudenza sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, sul primato, sull'efficacia diretta delle fonti europee e sulla portata di principi generali quali il divieto di discriminazione o la proporzionalità<sup>45</sup>. Ad una visione di insieme, nondimeno, l'analisi condotta permette di estendere tale considerazione a tutte le cause che si distinguono per importanza in un determinato settore disciplinare.

Un dato di sicuro interesse riguarda poi la nazionalità dei commentatori citati dagli Avvocati generali. Anzitutto, delle 853 citazioni registrate solamente 19 sono ascrivibili ad autori provenienti da Paesi terzi, segnatamente Svizzera (7 citazioni in 5 conclusioni), Stati Uniti (11 citazioni in 10 conclusioni) e Canada (1 citazione). Questo dato è indicativo di una tendenziale autoreferenzialità della giurisdizione europea, che valorizza in via elettiva la dottrina continentale, anche in settori strettamente connessi con varie branche del diritto internazionale, come la disciplina del commercio a livello globale o le misure di contrasto al terrorismo. Si rileva dunque come, quanto meno idealmente, l'autonomia, l'uniformità e la coerenza dell'ordinamento europeo predicate a più riprese dal Giudice dell'Unione si riverberino altresì nelle letture prese in considerazione dagli Avvocati generali, nonostante le molte occasioni in cui utili riflessioni possono giungere da autori, istituti di ricerca o riviste non radicati nel vecchio continente<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> È questo il caso, ad esempio, della politica agricola comune, della fiscalità, del tema dei dazi doganali alle frontiere esterne, di molti profili del diritto ambientale.

<sup>45</sup> Il ruolo della dottrina in queste importanti vicende giurisprudenziali viene analizzato da F. PICOD, *Doctrine et le pouvoir juridictionnel*, in *Doctrine et droit de l'Union européenne* a cura di F. Picod, Bruxelles, 2009, p. 145.

<sup>46</sup> In senso ulteriore, è stato analizzato il rapporto tra l'emergente dottrina di diritto comunitario e gli autori di altre branche del diritto, agli albori e nei primi anni di sviluppo del processo di integrazione, fenomeno nuovo e di non agevole lettura: A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur la doctrine du droit de l'Union européenne: les "communautaristes" et les autres*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 225.

Quanto al restante ed assai prevalente insieme di citazioni, l'analisi della nazionalità degli studiosi menzionati, riassunta schematicamente nella tabella che segue, offre una chiara immagine – anch'essa sotto più profili alquanto emblematica – degli Stati membri più rappresentati e, specularmente, delle aree geografiche relegate ad un piano secondario.

Stato	Citazioni	Conclusioni
Germania	308	156
Francia	137	104
Regno Unito	96	80
Spagna	79	65
Italia	49	38
Belgio	40	36
Paesi Bassi	36	32
Grecia	24	24
Austria	18	16
Danimarca	10	10
Finlandia	10	9
Irlanda	8	8
Repubblica Ceca	7	7
Lussemburgo	4	4
Svezia	3	3
Portogallo	2	2
Ungheria	2	2
Slovenia	1	1
Romania	1	1

Dal punto di vista strettamente quantitativo, la tabella conferma una sorta di profezia autoavverante, ossia la maggiore incidenza degli Stati membri demograficamente ed economicamente più rilevanti, con la sola eccezione della Polonia, con ogni probabilità non agevolata dalla barriera linguistica. In particolare, la “classifica” segna la netta prevalenza della dottrina tedesca, valorizzata in oltre la metà delle conclusioni o prese di posizione nella quali si riscontrano riferimenti dottrinali espressi. La supremazia è ancora più evidente se si considera il divario rispetto agli autori francesi, che ottengono la “medaglia d'argento” grazie ad un novero di citazioni inferiore di oltre la metà rispetto ai richiami alla dottrina tedesca. Appare invece ampiamente sottorappresentata, se non del tutto negletta, l'Europa dell'Est, quasi a riproporre una versione moderna e certamente meno problematica della cortina che alcuni decenni

or sono divideva il continente. Merita altresì una sottolineatura il dato relativo all'Italia, che risulta invero *icto oculi* deficitario rispetto all'*élite* degli Stati membri. Sebbene, come si avrà modo di considerare nel prosieguo dell'analisi, le evidenze numeriche celino molteplici chiavi di lettura e non appaiano sempre risolutive, resta un'evidente frattura rispetto alla dottrina tedesca, britannica e francese, solo in parte spiegabile con la presenza ostacoli linguistici. Il dato italiano può infatti rappresentare un possibile campanello d'allarme sulla decresciuta autorevolezza e diffusione delle ricerche e riflessioni accademiche patrie, in passato a più riprese annoverate tra i principali contributi propulsivi al processo di integrazione europea delle origini ed ai momenti salienti della sua evoluzione<sup>47</sup>.

Un ultimo aspetto che si ritiene opportuno porre in risalto riguarda gli autori più richiamati. Da questo punto di vista l'approccio degli Avvocati generali può essere definito "ecumenico", nel senso che, forse anche per la considerevole varietà delle questioni giuridiche affrontate, i riferimenti coinvolgono un novero alquanto significativo di studiosi e non si riscontrano commentatori sensibilmente più citati di altri. Allo stesso tempo, è possibile individuare un ristretto gruppo di studiosi le cui opere ricorrono più frequentemente: Koen Lenaerts (12), Hans Dieter Jarass (9), Juliane Kokott (8), Denys Simon e Jan Basedow (7), Jurgen Schwarze (6), Thomas von Danwitz, Takis Tridimas, Catherine Barnard e Frédéric Sudre (5). Questo breve elenco conferma a prima vista il ruolo centrale degli autori tedeschi e quello ancillare riservato alla dottrina italiana, ma pone in evidenza altresì il fatto che gli Avvocati generali, in molte occasioni, quasi a creare un "club ad accesso riservato", citano scritti di membri della Corte, come nei casi di Koen Lenaerts, Juliane Kokott o Thomas von Danwitz.

3.3. Le risultanze quantitative della ricerca e le riflessioni che se ne possono trarre devono essere contemperate con alcune variabili capaci di influenzare in misura non secondaria la quantità e la natura dei rife-

<sup>47</sup> V. in questo senso le riflessioni di G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 411. Merita inoltre precisare che molte delle citazioni italiane non interessano gli studiosi più autorevoli, bensì si esauriscono in richiami a commenti puntuali su istituti molto specifici, non di rado funzionali alla piena comprensione del regime normativo italiano in una determinata materia.

rimenti dottrinali. In un tentativo di sistematizzazione, queste variabili, pur reciprocamente interconnesse, possono essere distinte in fattori istituzionali e individuali.

Tra i fattori istituzionali, un dato di rilievo riguarda il numero e la provenienza degli Avvocati generali. A differenza di quanto avviene per i Giudici, il cui novero è pari a quello degli Stati membri, l'art. 252, par. 1, TFUE precisa che gli Avvocati generali sono 8, fatta salva la possibilità di un aumento, previa deliberazione unanime del Consiglio, adottata su richiesta della Corte stessa<sup>48</sup>. Sul punto, l'opportunità offerta dal Trattato e ribadita alla Dichiarazione n. 38 ad esso allegata è stata esercitata dal Consiglio, con decisione 2013/336/UE, che ha condotto all'attribuzione di un seggio permanente alla Polonia e all'introduzione di due ulteriori Avvocati generali, a decorrere dal mese di ottobre del 2015<sup>49</sup>. Occorre inoltre puntualizzare come la distribuzione degli Avvocati generali fra gli Stati membri rappresenti un compromesso tra l'esigenza di riflettere la differente importanza demografica di questi ultimi e la necessità di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza: 6 Avvocati generali sono dunque nominati dai governi degli Stati di "maggior peso", ovverosia Francia, Germania, Italia, Polonia, Regno Unito e Spagna, mentre i restanti – da ottobre 5 – competono agli altri 22 Stati, sulla base di un sistema di rotazione paritario incentrato sul criterio alfabetico. Ciò comporta che la maggioranza degli Stati membri non esprime un Avvocato generale, se non in occasione del mandato determinato dal sistema di turnazione. Questa circostanza può rafforzare le barriere all'accesso alle opere di dottrina elaborate in Stati non rappresentati ed alimenta altresì gli ostacoli linguistici, particolarmente difficili da superare nel caso delle lingue dell'Est europeo o di alfabeti peculiari come quello greco<sup>50</sup>. Analoga considerazione può peraltro essere formulata per

<sup>48</sup> In origine, gli Avvocati generali erano solamente 2, ma l'incremento della compagine degli Stati membri ha determinato la progressiva introduzione di nuove figure. Al contempo, tuttavia, a differenza di quanto avvenuto per i Giudici, il novero degli Avvocati generali non era stato aumentato a seguito degli allargamenti dell'UE a 12 nuovi Stati, verificatisi fra il 2004 ed il 2007.

<sup>49</sup> Decisione del Consiglio 2013/336/UE, del 25 giugno 2013, recante aumento del numero degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea, in GUUE L 179, del 29 giugno 2013, p. 92.

<sup>50</sup> Le ricadute pratiche del multilinguismo nell'Unione europea sono peraltro molteplici, come testimoniato ad esempio dall'esigenza di traslitterare i nomi espressi in dif-

il *cabinet* di referendari e collaboratori di ciascun Avvocato generale, la cui composizione, peraltro, non sempre *in toto* conoscibile ad un osservatore esterno, è in larga parte definita per cooptazione e privilegia gli Stati di maggior rilievo<sup>51</sup>.

Specularmente, questo sistema di nomina incide sui fattori individuali, poiché agevola la valorizzazione degli autori delle aree geografiche di provenienza degli Avvocati generali, anche in ragione delle influenze derivanti dalla loro formazione giuridica. Come evidenziato da molteplici studi, infatti, la peculiare composizione della Corte implica la convergenza di diverse tradizioni giuridiche e, in senso ulteriore, di molteplici modelli di formazione, che possono implicare una maggiore propensione ad un espresso confronto con le argomentazioni della dottrina o uno stile redazionale più sobrio ed essenziale<sup>52</sup>. Tale differente attitudine può altresì derivare dal *background* professionale del singolo Avvocato generale: alcuni di essi hanno già svolto l'ufficio di Giudici del Tribunale, altri sono accademici, altri ancora provengono dalla magistratura nazionale o dalla professione forense e si registrano altresì casi di Avvocati generali che hanno rivestito cariche politiche di rilievo nell'amministrazione locale o nazionale<sup>53</sup>.

Da ultimo, l'attività di catalogazione delle citazioni ha consentito di rilevare il diverso approccio di ciascun Avvocato generale alla propria funzione: alcuni di essi focalizzano le proprie argomentazioni sulle sole questioni rilevanti per il caso di specie, mentre altri approfondiscono in maniera quasi didattica la teoria generale degli istituti coinvolti, corredando le conclusioni di numerose citazioni manualistiche o di ampio respiro. Un esempio emblematico è rappresentato da Verica Trstenjak, Avvocato generale per la Slovenia dal 2006 al 2012 e Professoressa di diritto dell'UE presso l'Università di Vienna: la maggior parte delle conclusioni a sua firma contiene numerosi riferimenti dottrinali, che manifestano una spiccata predilezione per opere di contenuto generale di au-

ferenti alfabeti: su questi profili v. ad esempio *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo* a cura di C. Honorati, Milano, 2010.

<sup>51</sup> L'incidenza della provenienza degli Avvocati generali sugli autori citati può trovare conferma, ad esempio, nell'operato di Nilo Jaaskinen, al quale si riconducono quasi tutte le citazioni di accademici finlandesi, suoi connazionali.

<sup>52</sup> V., *ex multis*, G. CONWAY, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, 2012, in particolare da p. 158.

<sup>53</sup> Basti pensare a Melchior Wathelet, Avvocato generale belga, avvocato e più volte ministro.

tori tedeschi o austriaci, usualmente menzionate a titolo di mero approfondimento teorico e senza dunque riflessi pratici sullo svolgimento dell'argomentazione giuridica. L'operato di questo Avvocato generale evidenzia dunque una maggiore attitudine al ricorso alla dottrina, sebbene molto spesso a titolo di mero approfondimento teorico suggerito al lettore<sup>54</sup>.

3.4. Come già precisato, la ricchezza di citazioni dottrinali evidenziata nelle conclusioni degli Avvocati generali non si riscontra anche nell'operato della Corte di giustizia, che non effettua mai richiami espressi alla letteratura giuridica. Le motivazioni di questa impostazione sono molteplici e spaziano da un prudente *self-restraint* istituzionale del Collegio – che si astiene dunque dal valorizzare una certa dottrina o scuola a discapito di altre<sup>55</sup>, in un panorama ampio e frammentato come quello europeo – allo stile redazionale essenziale che tradizionalmente caratterizza le pronunce di Lussemburgo. Ad una visione di insieme, secondo la più recente dottrina, l'attività del Giudice europeo si caratterizza invero per l'elaborato tentativo di combinare elementi dell'approccio discorsivo della tradizione di *common law* con le più rigorose forme espressive delle corti di *civil law*, in origine senz'altro prevalenti, in ragione della minor complessità e varietà della compagine degli Stati membri. Dagli anni '70, la Corte ha avviato un progressivo percorso di revisione del proprio modello giurisprudenziale<sup>56</sup>, adattando il mai rinnegato «*criptic, Cartesian style*» di estrazione francese, che ancora oggi ispira ed influenza in misura decisiva l'architettura delle pronunce<sup>57</sup>, ad una più accentuata cura per l'espo-

<sup>54</sup> Questa circostanza può a sua volta incidere, specularmente, sulla minor presenza di citazioni di autori di altre nazionalità. Basti pensare al caso dell'Avvocato generale italiano Paolo Mengozzi, che raramente ricorre ad espressi riferimenti di dottrina.

<sup>55</sup> Va ricordato che molti Giudici ed Avvocati generali sono Professori di diritto dell'Unione europea presso prestigiose università europee.

<sup>56</sup> Questo mutamento di prospettiva è altresì evidenziato da una serie di scelte operative, come la pubblicazione delle conclusioni degli avvocati generali nella Raccolta al momento della loro presentazione e non unitamente alla sentenza, come avveniva in origine. Allo stesso modo, la Corte di giustizia ha modificato l'iniziale impostazione delle proprie pronunce, suddivise tra esposizione dei fatti e dei motivi di diritto.

<sup>57</sup> Cfr. H. SCHEPEL, E. BLANKENBURG, *Mobilizing the European Court of Justice*, in *The European Court of Justice* a cura di G. de Burca e J.H.H. Weiler, Oxford, 2001, p. 73.

sizione delle motivazioni<sup>58</sup>. Un'attenzione dettata, da un lato, dalla necessità di assicurare trasparenza e chiarezza delle motivazioni in favore degli altri interlocutori istituzionali a livello europeo e statale; dall'altro lato, rispondente all'esigenza di rafforzare in qualche grado la legittimazione argomentativa delle pronunce, a beneficio della piena applicazione del diritto UE in sede nazionale<sup>59</sup>. Nonostante questa evoluzione, il contributo della dottrina all'argomentare della Corte, seppur capace di innervare di fatto le pronunce, è rimasto dietro le quinte del palcoscenico di Lussemburgo.

Perciò, nonostante l'importanza della letteratura giuridica nell'attività del Giudice dell'Unione sia un dato incontestabile, è cionondimeno arduo "misurarne" l'effettiva incidenza. Oltre alle peculiarità dell'argomentare della Corte ora brevemente richiamate, occorre evidenziare alcuni fattori ulteriori, nel complesso capaci di occultare agli occhi dell'osservatore esterno il grado di influenza della dottrina – e, *a fortiori*, di quale e quanta dottrina, soprattutto se già citata dagli Avvocati generali – sulla giurisprudenza di Lussemburgo. A questo proposito, le considerazioni poc'anzi svolte in merito alla differente formazione giuridica, alla provenienza geografica ed alla variegata esperienza professionale degli Avvocati generali valgono parimenti per i Giudici, che sono per di più in numero maggiore. Tali elementi, nel complesso, ben possono incidere sulla propensione dei membri della Corte ad avvalersi del contributo della dottrina. A differenza di quanto accade per la Corte

<sup>58</sup> Cfr. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of justice of the EU*, Oxford, 2013, in particolare la prima parte.

<sup>59</sup> M. LASSER, *Anticipating three models of judicial control, debate and legitimacy: the European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, Jean Monnet Working Paper n. 1/03, p. 12. Peraltro, la via di mezzo eletta dal Collegio di Lussemburgo ha consentito di individuare un opportuno bilanciamento fra le due esperienze, conservando i pregi del fluire logico ed efficace delle motivazioni e non indulgendo agli eccessi argomentativi che talora affliggono le corti americane ed anglosassoni. In molte situazioni, in effetti, l'approccio proprio della tradizione di *common law* si espone al rischio che un copioso apporto argomentativo alimenti critiche e opinioni divergenti, in un costante e non sempre controllato binomio fra auto-legittimazione della sentenza e critica esterna – o interna, ad opera dei giudici in minoranza – della medesima: «*In fact, the characteristic American argumentative integration generates constantly conflicting interpretative pressures and thus perpetually simmering discursive distrust [...] American judicial discourse is thus perpetually divided against itself, with each side persistently displaying its distrust by publicly critiquing – and thus policing – the other*».

europea di Diritti dell'Uomo, inoltre, lo Statuto della Corte di giustizia prevede che essa statuisca unitariamente: la deliberazione è dunque adottata a maggioranza, ma eventuali opinioni separate – siano esse concorrenti o dissenzienti, in entrambi i casi dimora elettiva di riferimenti ad autori che possano supportare tali letture – sono *in toto* precluse<sup>60</sup>. Inoltre, le conclusioni degli Avvocati generali non vincolano in alcun modo il Giudice dell'Unione, che è dunque libero di sviluppare un'autonoma elaborazione giuridica, discostandosi dal pensiero dell'Avvocato generale stesso e senza obbligo di specifica motivazione sul punto. Da ultimo, il Giudice dell'Unione trova la principale fonte di conoscenza nella propria giurisprudenza: se infatti non si rilevano richiami alla letteratura giuridica, le pronunce della Corte sono immancabilmente costellate di citazioni di precedenti, che concorrono a delineare un "diritto giurisprudenziale" dal quale la Corte di rado si discosta apertamente<sup>61</sup>.

Proprio la centralità del formante giurisprudenziale appare dunque non di rado decisiva nella costruzione dell'argomentare della Corte, talora anche a discapito di diffuse e convincenti tesi dottrinali. Al proposito, un recente esempio è costituito dal parere contrario all'adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>62</sup>, espresso dalla Corte di giustizia nel conte-

<sup>60</sup> Questa impostazione non è peraltro esente da dibattiti. V. ad esempio lo studio commissionato dal Parlamento europeo al fine di verificare l'applicazione di questo istituto nelle Corti di vertice degli Stati membri: R. RAFFAELLI, *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*, 2012, reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf> (22 aprile 2015).

<sup>61</sup> Alla base dell'approccio della Corte persiste dunque l'impostazione sillogistica e spesso essenziale del modello francese, mentre il contributo della tradizione di *common law*, oltre che, in linea generale, nel più approfondito sforzo argomentativo, si ritrova principalmente nell'approccio ai precedenti giurisprudenziali e nella sperimentazione del cd. *distinguishing*. Secondo la dottrina, l'approccio della Corte ai propri precedenti è altresì influenzato da ulteriori fattori, come il riconosciuto carattere quasi-normativo delle sentenze del Giudice dell'Unione e l'accresciuto volume di pronunce susseguitesisi nel tempo. Il valore dei precedenti giurisprudenziali era stato espressamente riconosciuto dagli Stati membri ed inserito all'art. IV-438, par. 4, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, a mente del quale l'*acquis* della Corte, *mutatis mutandis*, continuava a rappresentare una fonte elettiva per l'interpretazione delle norme di diritto primario. V. ad esempio G. BECK, *The legal reasoning of the Court of justice*, cit., in particolare da p. 91.

<sup>62</sup> Cfr. il parere 2/13 della Corte di giustizia, del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. Per i primi commenti al parere e la sintesi dei profili di incom-

sto della sua competenza consultiva rispetto alla conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione ed alla loro compatibilità con l'*acquis communautaire*<sup>63</sup>. In questa occasione, la Corte di Lussemburgo ha opposto numerosi rilievi di carattere istituzionale, sostanziale e procedurale<sup>64</sup>, ponendo al nucleo del parere l'esigenza di assicurare l'autonomia, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione, potenzialmente posti sotto pressione dall'introduzione di una forma di controllo esterno in materia di diritti fondamentali sull'operato dell'organizza-

patibilità ravvisati dalla Corte v., fra gli altri, L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, e S. VEZZANI, "Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": *la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, entrambi in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/> (29 aprile 2015); I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it) (29 aprile 2015); S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in <http://eu-lawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (29 aprile 2015).

<sup>63</sup> Cfr. l'art. 218, par. 11, TFUE, a mente del quale il parere negativo della Corte preclude la possibilità che l'accordo in questione entri in vigore, a meno che non venga modificato o intervenga una revisione dei Trattati.

<sup>64</sup> La Corte ha in effetti rilevato il mancato coordinamento fra rinvio pregiudiziale e ricorsi diretti dinanzi alla Corte EDU, censurando il meccanismo del *co-respondent* prospettato dal *Draft Accession Agreement*. Sono stati poi lamentati ulteriori profili di incompatibilità, primo dei quali il mancato coordinamento fra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Mentre il primo qualifica la CEDU come standard minimo di tutela dei diritti dell'individuo ed accorda agli Stati la possibilità di riconoscere garanzie ulteriori o rafforzate, il secondo – così come interpretato dalla Corte di giustizia – non può giustificare regimi nazionali che, pur elevando le tutele individuali, limitino il primato e l'effettività del diritto UE. Alla luce di ciò, «le valutazioni della Corte [di giustizia] relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU». Cfr. il parere 2/13, punto 185. La Corte ha poi rilevato che la possibilità di ricorsi interstatali assicurata dal sistema della CEDU potrebbe minare la fiducia reciproca fra gli Stati nelle materie oggetto di competenza dell'UE; sempre in relazione ai ricorsi interstatali di cui all'art. 33 della Convenzione, è stata poi rilevata la violazione dell'art. 344 TFUE, che prevede l'obbligo per gli Stati di non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati ad un modo di composizione diverso da quello previsto da questi ultimi: l'instaurazione di tale procedura in caso di controversie fra Stati membri o fra questi e l'Unione potrebbe sottrarre alla – esclusiva ed obbligatoria – giurisdizione della Corte di Lussemburgo tali situazioni. Allo stesso modo, a causa dell'attuale assenza di rimedi giurisdizionali nel contesto della PESC, l'adesione comporterebbe la totale devoluzione delle controversie eventualmente sorte in materia alla giurisdizione della CEDU, a danno dell'autonomia dell'ordinamento UE.

zione<sup>65</sup>. Benché in larga parte ispirato alla consolidata giurisprudenza di Lussemburgo volta a ribadire la centralità di questi principi nella sistematica dell'ordinamento dell'Unione<sup>66</sup>, il parere si pone in patente contrapposizione con le opinioni espresse in dottrina<sup>67</sup>, in maniera pressoché unanime imperniata sull'opportunità di procedere all'attesa ed a lungo auspicata adesione dell'Unione alla CEDU, non considerata in letteratura come un possibile *vulnus* all'autonomia dell'ordinamento UE ed al primato del suo diritto sulle norme degli Stati membri, bensì un'opportunità per il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali<sup>68</sup>. Sebbene ai fini della presente analisi occorra rimandare ad altri scritti per più approfondite riflessioni sul merito di questa dibattuta materia, la vicenda brevemente sintetizzata ben esemplifica le complesse e non sempre fruttuose dinamiche fra contributo della dottrina ed attività della Corte di giustizia. Per quanto forte possa parlare la prima, la disponibilità all'ascolto non è sempre la regola.

#### 4. In definitiva, nella peculiare prospettiva della presente indagine,

<sup>65</sup> Cfr. le riflessioni critiche di V. ZAGREBELSKY, *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 125.

<sup>66</sup> V. da ultimo, proprio in riferimento al tema della tutela dei diritti fondamentali, la sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>67</sup> Merita peraltro precisare come, sempre in tema di diritti fondamentali, la Corte abbia al contrario abbracciato le argomentazioni della dottrina favorevole ad una lettura estensiva dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, a discapito della posizione minoritaria, che propendeva per la limitazione della portata di tale strumento. Nelle conclusioni alla causa Melloni, citata nella nota precedente, l'Avvocato generale Bot ha in effetti menzionato il principale fautore della tesi restrittiva, allo scopo di confutarne l'impostazione, seguendo un *iter* argomentativo a sua volta accolto e fatto proprio dalla Corte. La tesi minoritaria in questione è espressa in B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, *Jean Monnet Working Paper* n. 4/01.

<sup>68</sup> V. ad esempio N. O'MEARA, "A More Secure Europe of Rights?" *The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1824; T. LOCK, *Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1315; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 487.

tanto la Corte europea dei Diritti dell'Uomo quanto la Corte di giustizia sono a prima vista Corti silenziose: ma in entrambi i casi si tratta di un silenzio che, ad un ascolto più attento, rivela l'ormai assai variegato ed ampio spettro di voci della dottrina. Nel caso della Corte EDU, si registrano in effetti diverse citazioni espresse, in alcuni – pur limitati – casi anche nella parte della motivazione, con un impatto significativo sulla decisione; nel caso della Corte di giustizia dell'UE, invece, per via della tecnica redazionale stessa delle sue sentenze, non si riscontrano citazioni, ma in compenso queste figurano in maniera non episodica nelle opinioni degli Avvocati generali, influenzando anche in questo caso sulle decisioni della Corte – se pur in modo indiretto – forse più spesso di quanto non sia comunemente apprezzato.

Ma al di là di questo dato empirico, che non modifica la sostanziale difficoltà di valutazione “quantitativa” dell'impatto della scienza giuridica su entrambe le Corti considerate, l'analisi svolta ha fornito diverse suggestioni anche per ciò che attiene alla struttura delle due Corti europee ed al loro *modus operandi*. In entrambi i casi, è risultata evidente la commistione tra influenze *civilian* e di *common law*, che produce soluzioni tra loro diverse, ma comunque in grado di combinare in modo efficace radici continentali e anglosassoni. Da Strasburgo e da Lussemburgo passa certamente la produzione di uno *ius commune europaeum* in continua evoluzione: ma prima e dopo Strasburgo e Lussemburgo questo processo fa una tappa immancabile, spesso dichiarata – come si è visto – in modo esplicito, presso “*la doctrine*”: la dottrina, da cui del resto molti giudici provengono, viene ascoltata prima di decidere, e a sua volta essa esprime *ex post* le proprie posizioni sulle decisioni prese, contribuendo a rafforzarle o all'inverso a solleccitarne il ripensamento, in un dialogo che costruisce e dà forma ad una cultura giuridica europea dai tratti originali<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Per una riflessione a più voci sulle relazioni tra scienza giuridica nazionale, in particolare tedesca, e costruzione di un'identità (giuridica) europea, v. lo scambio di riflessioni ospitato nel luglio 2009 dall'*International Journal of Constitutional Law* (volume 7, fascicolo 3), con interventi di A. von Bogdandy, M. Kumm, R.C. Post (quest'ultimo in realtà dedicato alla dottrina costituzionalistica americana), A. Somek, e introduzione di M. Rosenfeld; v. anche, sempre di A. VON BOGDANDY, *National Legal Scholarship in the European legal area – A manifesto*, in 10(3) *Int. J. Con. L.* 614. Cfr. anche, con specifico riferimento alla Corte EDU, P. MAHONEY, *La consolidation du droit européen des droits de l'homme: le rôle des doctrines nationales – Le point de vue de Strasbourg*, in *Les droits de l'homme ont-ils institutionnalisés le monde?* a cura di S. Hennette-Vauchez e J.-M. Sorel, Bruxelles, 2011, pp. 177-192.

Allo stesso tempo, nondimeno, pur a fronte dell'esponenziale aumento della produzione dottrinale e delle possibilità di accesso alle sue elaborazioni, l'orecchio teso alla voce della letteratura giuridica appare talvolta distratto e la prassi testimonia talora la crescente autoreferenzialità del formante giurisprudenziale rispetto alle analisi ed alle sollecitazioni dei commentatori. Le ragioni di questo approccio sono variegata e trascendono gli obiettivi della presente analisi, ma si può ritenere che entrambi gli attori sulla scena stiano contribuendo a rafforzare la tendenza. L'accresciuta mole di opere di letteratura giuridica, alimentata dalle nuove tecnologie e – quanto meno nel caso italiano – dal nuovo corso dell'ordinamento universitario, paga non di rado un caro prezzo all'approfondimento dell'analisi giuridica e, come stigmatizzato da alcuni autori, all'autorevolezza delle chiavi di lettura proposte<sup>70</sup>. D'altro canto, molte delle Corti di vertice – *in primis* quelle europee – condividono radicati problemi organizzativi e funzionali, connessi all'esigenza di fare fronte ad un considerevole arretrato ed al costante aumento del contenzioso, così che la spada di Damocle della produttività rischia di inficiare la qualità e la profondità dell'analisi giuridica, così come l'ampiezza della letteratura consultata.

Sotto questo profilo, volgendo lo sguardo al panorama italiano, i dati di entrambe le Corti pongono con evidenza il tema dell'autorevolezza dell'accademia patria. Benché, come puntualizzato nel corso dell'analisi, molteplici fattori concorrano a mitigare la portata delle informazioni raccolte, al contempo il circoscritto novero di citazioni di autori italiani – peraltro in massima parte di opere scritte nella lingua madre – sollecita interrogativi sulla capacità della “nostra” dottrina di diffondere e far circolare le proprie ricerche.

#### *Abstract*

L'articolo analizza l'influenza della dottrina sull'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalle citazioni di opere di letteratura giuridica contenute nelle loro sentenze.

<sup>70</sup> V. ad esempio la critica espressa da J.H.H. WEILER, *The Lisbon Urteil and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 505. L'autore evidenzia come molti commentatori delle più importanti pronunce di corti di vertice, spinti dall'urgenza del “*publish or perish*” ed agevolati dal fiorire degli strumenti di diffusione del pensiero *on-line*, finiscano in realtà per alimentare un approccio «giornalistico» alla ricerca nelle discipline del diritto.

Muovendo dall'analisi empirica di un ampio spettro di sentenze e ordinanze della Corte di Strasburgo e di conclusioni degli Avvocati generali presso la Corte di giustizia, relative al periodo 2008-2013, gli autori concludono che entrambe le Corti sono in linea di principio silenti, poiché raramente menzionano in maniera espressa opere di dottrina. Tuttavia, si rilevano significative eccezioni e non mancano i casi in cui i richiami alla letteratura giuridica influenzano, seppur in maniera indiretta, l'esito di una causa.

This article deals with the influence of the legal scholarship on the European highest courts, i.e. the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, as can be measured from the references to pieces of legal scholarship in their respective rulings. Drawing on an empirical analysis of a large sample of judgments and decisions from the ECtHR, and of all the opinions of the advocates general before the ECJ, in the years 2008-2013, the authors conclude that both courts are silent as a rule, namely they rarely quote legal scholarship explicitly. However, there are some significant exceptions to this picture, and in some instances a specific work of legal literature has even had a relevant, though generally only indirect, impact on the outcome of a case.