

HUMAN RIGHTS RELOADED

edited by
Mario Varvaro

HUMAN RIGHTS RELOADED

edited by
Mario Varvaro

HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY - 13

HUMAN RIGHTS RELOADED

edited by **Mario Varvaro**

Director

Mario Varvaro

Scientific Board

Christian Baldus (Heidelberg)
Licia Califano (Urbino)
Luigi Capogrossi Colognesi (Roma)
Marta Cartabia (Milano)
Sara Domianello (Messina)
Iole Fargnoli (Bern & Milano)
Luigi Ferrajoli (Roma)
Giovanni Fiandaca (Palermo)
Enrico Follieri (Foggia)
Flavia Frisone (Lecce)
Elisabetta Grande (Alessandria)
Patrizia Guarnieri (Firenze)
Soazick Kerneis (Paris)
Umberto Laffi (Pisa)
Laura Moscati (Roma)
Luca Nogler (Trento)
Annick Peters-Custot (Nantes)
Emanuela Prinzivalli (Roma)
Serena Quattrocchio (Alessandria)
Eugenio Ripepe (Pisa)
Boudewijn Sirks (Oxford)
Giusto Traina (Paris & Lecce)
Cristina Vano (Napoli)
Giovanna Visintini (Genova)
Andreas Wacke (Köln)

Editorial Board

Laura Calandriello
Rosaria Crupi
Monica De Simone
Manfredi Matassa
Veronica Virga

E-mail: hllh@unipa.it

ISSN: 2724-4857

ISBN cartaceo: 978-88-5509-609-6

ISBN online: 978-88-5509-610-2

© Copyright 2024 New Digital Frontiers srl

Via Serradifalco, 78

90145 Palermo - Italia

www.newdigitalfrontiers.com

TABLE OF CONTENTS

MARIO VARVARO HUMAN RIGHTS RELOADED IN PALERMO	1
FEDERICA D'AMORE COSTITUZIONALISMO GLOBALE E DIRITTI UMANI	5
ENRICA CIBELLA IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE NEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	19
MARTINA SARDO LA PREVENZIONE DELLA RADICALIZZAZIONE GIOVANILE IN CARCERE: I RISULTATI DEL PROGETTO SERENY	37
MANFREDI MATASSA DIRITTI SOCIALI COME DIRITTI FONDAMENTALI? QUESTIONI ANTICHE PER GUARDARE IL FUTURO	77
FRANCESCA SIRONI DE GREGORIO IL 'NUOVO' CRIMINE DI ECOCIDIO: RIFLESSIONI CRITICHE SULL'INSERIMENTO DELL'ECOCIDIO NELLO STATUTO DI ROMA	99
LAURA CALANDRIELLO L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: VECCHI PROBLEMI NEI NUOVI ORIZZONTI	115
GIORGIA PANE THE STRUGGLE OF HUMAN RIGHTS: BETWEEN POLITICISATION AND VITALITY OF INTERNATIONAL COURTS	129
PAOLO CAPRIATI DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI DIRITTI UMANI. LIMITI E PROSPETTIVE PER IL LINGUAGGIO 'DIRITTI UMANI'	145

KATHARINA STÜBINGER

THE ABSOLUTE NATURE OF THE PROHIBITION OF
TORTURE IN GERMANY. VIOLABILITY OF THE
INVOLABILITY OF HUMAN DIGNITY

159

LORENZO ACCONCIAMESSA

L'APPROCCIO DELLE TRE CORTI REGIONALI SUI
DIRITTI UMANI RISPETTO ALLE SPECIFICITÀ
NAZIONALI E ALLA VOLONTÀ DEMOCRATICAMENTE
ESPRESSA DAL POPOLO, TRA DEFERENZA E
INTRANSIGENZA

181

GIADA CASCIO

IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE: IL COMPLESSO
BILANCIAMENTO FRA CORTE EUROPA DEI DIRITTI
UMANI E IL SISTEMA ITALIANO

227

L'APPROCCIO DELLE TRE CORTI REGIONALI SUI DIRITTI UMANI RISPETTO ALLE SPECIFICITÀ NAZIONALI E ALLA VOLONTÀ DEMOCRATICAMENTE ESPRESSA DAL POPOLO, TRA DEFERENZA E INTRANSIGENZA

LORENZO ACCONCIAMESSA

Corte europea dei diritti dell'uomo*

Abstract: The chapter explores the different relevance that the three regional human rights courts attribute to national specificities – from a historical, cultural, religious and social point of view – and to the outcome of domestic democratic processes in the interpretation and application of the regional human rights conventions, notably the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the Inter-American Convention on Human Rights, and the African Charter of Human and Peoples' Rights. It shows that the European Court of Human Rights has adopted a mostly deferential approach towards national specificities and the outcomes of democratic processes; the Inter-American Court of Human Rights has adopted an intransigent approach in the interpretation and application of the regional human rights standards, which does not attribute relevance to national specificities and to the fact the domestic measures assessed may be the outcome of largely democratic processes; lastly, the African Court of Human and Peoples' Rights had adopted a flexible approach and is still finding its way to approach those issues. The chapter further assesses the reasons for those different approaches.

Parole chiave: sussidiarietà; margine di apprezzamento; revisione procedurale; controllo di convenzionalità; legittimazione democratica.

1. Introduzione: la tensione strutturale tra corti internazionali sui diritti umani, legittimazione democratica e sovranità statale

Fin dai dibattiti relativi all'istituzione della Corte europea dei diritti umani (di seguito: "Corte EDU" o "Corte europea"),¹ l'idea di corti internazionali competenti ad avere l'ultima parola sul rispetto dei diritti umani da parte delle autorità – legislative, esecutive e giu-

* Dottore di ricerca in *Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti* presso l'Università degli Studi di Palermo, e in *Diritto internazionale ed europeo* presso l'*Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*. L'autore lavora come Giurista assistente presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti umani. Il contributo riflette le opinioni dell'autore, espresse a titolo personale, e non vincola in alcun modo la Corte.

¹ Maravcsik 2000: 217.

diziarie – di Stati sovrani ha sollevato serie critiche. Una delle più forti attiene al problema della carenza di legittimazione democratica di tali istituzioni e all'assenza di responsabilità delle stesse nei confronti dei popoli degli Stati che si sottopongono alla loro giurisdizione.² Si temeva e si teme, inoltre, l'attacco che queste istituzioni avrebbero potuto e potrebbero costituire nei confronti della volontà maggioritaria democraticamente espressa da parlamenti nazionali o da autorità che comunque, in ultima analisi, sono responsabili davanti al popolo.³

Come osservato da Burgogue-Larsen, ciò implica, per tali istituzioni – la Corte EDU, la Corte interamericana dei diritti umani (di seguito: "Corte IADU" o "Corte interamericana") e la Corte africana dei diritti umani e dei popoli (di seguito: "Corte ADUP" o "Corte africana") –, la necessità di prendere seriamente in considerazione e confrontarsi con le specificità nazionali e con la volontà democraticamente espressa dalle società nazionali, allo scopo di non mettere in discussione la sovranità statale e il principio secondo cui essa appartiene, in ultima analisi, al popolo.⁴ L'analisi di Burgogue-Larsen⁵ mostra che, rispetto a tali problematiche, sono astrattamente configurabili due approcci differenti, tra loro antitetici. Da un lato, vi è l'approccio della 'deferenza' mostrata da una corte internazionale rispetto alle scelte democraticamente assunte dalle maggioranze nazionali, che manifesta sensibilità nei confronti della sovranità degli Stati e del processo di formazione della volontà statale;⁶ dall'altro lato, è riscontrabile l'approccio dell'"intransigenza", che consiste nella inflessibile imposizione degli standard di tutela dei diritti umani ritenuti imprescindibili dal giudice internazionale, anche ove ciò porti a disattendere la

2 von Bogdandy, Venzke 2012: 41: "International courts then decide in the name of states as subjects of the international legal order. In view of democratic principles for the justification of international public authority, this seems to be increasingly unsatisfactory".

3 Per un riassunto di tali critiche, Bellamy 2014: 1020 s.

4 Follesdal 2017: 359.

5 Burgogue-Larsen 2020.

6 Shirlow 2021: par. 1: "deference means that the first (deferring) actor places some weight or relevance on the decision of the second (deferred to) actor in order to reach a decision on a given matter"; Legg 2012: 17: "deference [is] the practice of assigning weight to reasons for a decision on the basis of external factors".

volontà delle maggioranze nazionali e gli esiti dei processi democratici.⁷

In estrema sintesi, due conclusioni di carattere generale possono trarsi dall'analisi di Burgorgue-Larsen rispetto al modo in cui le tre corti regionali sui diritti umani si rapportano a tale questione. La prima è che non necessariamente i due approcci sopra descritti sono mutuamente esclusivi. La giurisprudenza della Corte EDU, in particolare, mostra come sia possibile mostrarsi deferente rispetto a determinate questioni,⁸ e inflessibile rispetto ad altre, in particolare se attinenti ai caratteri essenziali dello Stato di diritto, come il fondamento democratico ed egualitario dello Stato,⁹ la separazione dei poteri e l'indipendenza della magistratura.¹⁰ La seconda attiene al fatto che l'approccio della deferenza, fondato sul margine di apprezzamento – inteso come “a doctrine that establishes whether it is a matter of national sovereignty or for [an international tribunal] to demarcate the contours of a particular human rights standard”¹¹ – sembra una creazione “tipicamente europea” che non trova equivalenti, o comunque altrettanto spazio, nella giurisprudenza degli omologhi organi istituiti nei sistemi interamericano e africano.

È su tale secondo aspetto che le riflessioni che seguono si soffermeranno. In particolare, prendendo come punto di partenza l'analisi di Burgorgue-Larsen, si esaminerà in che modo le tre corti regionali sui diritti umani si rapportano alle specificità nazionali e si pronunciano sulla compatibilità di misure frutto di processi democratici con gli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani. Si mostrerà come l'approccio

7 Dato che la giurisdizione di un tribunale internazionale si fonda sul consenso degli Stati, tale approccio viene generalmente associato all'attivismo giudiziario (Zarbiyev 2018: par. 5).

8 Ad esempio, in materia di politiche economiche e sociali (si veda, tra le tante, Corte EDU, *Savickis and others v. Latvia* [GC], ricorso n. 49270, sentenza del 9 settembre 2022, par. 184).

9 Come in materia di accesso egualitario all'elettorato passivo (Corte EDU, *Sijdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], ricorsi n. 27996/06 e 34836/06, sentenza del 22 dicembre 2009).

10 Tra le tante, *Advance Pharma sp. z.o.o. v. Poland*, ricorso n. 1469/20, sentenza del 3 febbraio 2022.

11 Legg 2012: 17. Si veda anche Benvenisti 1999: 843, secondo cui la dottrina del margine di apprezzamento “is based on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions”.

della Corte europea possa dirsi tendenzialmente deferente, quello della Corte interamericana tendenzialmente intransigente, mentre la Corte africana sembra ancora nel processo di adottare una specifica posizione al riguardo. A seguito dell'analisi separata della giurisprudenza delle tre corti, si cercherà di mettere in evidenza come la diversità di approcci sia spiegabile alla luce delle peculiari caratteristiche strutturali di tali organi giurisdizionali, del diverso contesto sociopolitico in cui essi svolgono la propria funzione di monitoraggio del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati, e del diverso grado di legittimazione ed autorità che sono riusciti a stabilire nei confronti degli stessi Stati.

2. La 'deferenza' come approccio tipicamente europeo?

Come anticipato, l'approccio della deferenza caratterizza da sempre ma in modo progressivamente più evidente negli ultimi anni l'esercizio della funzione giurisdizionale della Corte EDU. Fin dai primissimi casi decisi, in particolare il *Caso linguistico belga*,¹² del 1968, e il caso *Handyside c. Regno Unito*, del 1976, la Corte ha chiarito che essa deve tenere conto del carattere sussidiario del meccanismo di protezione istituito dalla Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU o "Convenzione europea"), e del margine di apprezzamento che quest'ultima riconosce alle autorità nazionali nell'esercizio della loro responsabilità primaria di rispettare e garantire, come previsto dall'art. 1 CEDU, i diritti in essa sanciti. Allo stesso tempo, tale margine "goes hand in hand with European supervision" esercitata dalla Corte europea.¹³

12 Corte EDU, *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* [Plenaria], cit., par. 1.B.10: "the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention".

13 Corte EDU, *Handyside v. the United Kingdom* [Plenaria], ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 9.

Il principio di sussidiarietà implica proprio il riconoscimento di un necessario grado di deferenza della Corte nei confronti delle valutazioni delle autorità interne, le quali “[b]y reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries ... are in principle in a better position than the international judge” a pronunciarsi sul corretto bilanciamento tra gli interessi contrastanti che vengono in rilievo in un caso.¹⁴ Esso opera, quindi, come un meccanismo di distribuzione delle competenze volto a “coordinating between the ECHR and national legal systems”.¹⁵ La dottrina del margine di apprezzamento determina, per sua parte, il livello di tale deferenza. L’ampiezza del margine, cui segue una maggiore o minore deferenza, “will vary according to the circumstances, the subject matter and its background”,¹⁶ inclusa la natura del diritto in questione, la sua importanza, la natura dell’interferenza statale sul godimento del diritto individuale e l’obiettivo perseguito dalla stessa.¹⁷ Tra le circostanze rilevanti vi è anche l’esistenza di un *consensus europeus*: nelle ipotesi in cui è posta di fronte a questioni interpretative o applicative nuove o eticamente o moralmente sensibili, infatti, la Corte europea realizza un’analisi comparata degli approcci degli Stati membri relativamente alla materia, allo scopo di individuare un “tacit consent”, il quale “provides an objective and transnational perspective on the process of ‘weighing’ the values to be ‘balanced’ in any dispute”.¹⁸ Il margine è più ristretto quando gli Stati abbiano adottato, o tendano verso, un approccio comune, mentre è maggiore laddove non vi sia uniformità di vedute.¹⁹ Tuttavia, a prescindere dall’esistenza di un consenso, il margine è ristretto quando l’interferenza statale riguardi gli aspetti più intimi della

14 Ivi, par. 48.

15 Rivers 2006: 182. Si veda anche Spano 2018: 484, secondo cui è “an institutional norm of power distribution between the States and the Strasbourg Court”.

16 Corte EDU, *Shalk and Kopf v. Austria*, ricorso n. 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010, par. 98.

17 Corte EDU, *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 30562/04 e 30556/04, sentenza del 4 dicembre 2008, par. 102.

18 Stone Sweet, Mathews 2019: 177.

19 Corte EDU, *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 102.

personalità dell'individuo,²⁰ mentre è più ampio ove il caso sollevi interrogativi di carattere etico o morale.²¹

Sussidiarietà e margine di apprezzamento – che incidono tanto sulla *natura* quanto sull'*intensità* dell'attività interpretativa e applicativa svolta dalla Corte europea²² – hanno assunto un ruolo sempre maggiore nella giurisprudenza della stessa, anche e soprattutto su spinta degli Stati. In particolare, nella Dichiarazione adottata a Brighton il 19-20 aprile 2012 gli Stati hanno lanciato un forte segnale alla Corte, incoraggiandola “to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments”.²³ Come è stato osservato, la Dichiarazione manifesta l'intenzione di introdurre un mutamento nell'equilibrio di poteri tra la Corte europea e le autorità nazionali.²⁴ Includendo una non molto velata intenzione di ridurre i poteri,²⁵ a Brighton sembra essere stata realizzata “a full blown-challenge to the very legitimacy and role of the [Court]”.²⁶ Il 1 agosto 2021 è poi entrato in vigore il Protocollo n. 15, con cui gli Stati hanno incluso un riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento nel Preambolo della CEDU, come criteri guida della funzione della Corte.

Nonostante una prima reazione critica,²⁷ la Corte non ha mancato di rispondere agli appelli degli Stati²⁸ e si è visibilmente impegnata in un “process of reformulation or refinement of the principle of subsidiarity, and the margin of appreciation”,²⁹ e que-

20 Corte EDU, *Evans v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007, par. 77.

21 Corte EDU, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002, par. 85; Corte EDU, *Wingrove v. the United Kingdom*, ricorso n. 17419/90, sentenza del 25 novembre 1996, par. 58.

22 Arai-Takahashi 2002: 14; Šušnjar 2010: 80; Dothan 2018: 146.

23 Conferenza sul futuro della Corte EDU, *Dichiarazione di Brighton*, 19-20 aprile 2012, par. 12. (a).

24 Madsen 2018: 200.

25 Madsen 2018: 201.

26 Arnadóttir 2018: 224.

27 Nel suo discorso alla Conferenza di Brighton, Sir N. Bratza, allora Presidente della Corte europea, aveva espresso il proprio scetticismo in merito alla spinta degli Stati a “dictate to the Court how its case-law should evolve or how it should carry out the functions conferred on it”.

28 Arnadóttir 2018: 227.

29 Spano 2014: 499; Gerards 2014: 30.

sto con riferimento al loro ruolo rispetto all'attività interpretativa e applicativa della Corte.³⁰

2.1. Il margine di apprezzamento e la rilevanza delle specificità culturali, sociali e politiche degli Stati membri

Per quanto qui rileva, il margine di apprezzamento è stato sempre più spesso utilizzato come uno strumento che la Corte EDU utilizza per prendere in considerazione la volontà della maggioranza delle popolazioni degli Stati membri, nonché le tradizioni locali e le specificità di una determinata comunità.³¹ Infatti, da un lato, il Preambolo della CEDU sancisce come questa abbia anche lo scopo produrre "greater unity" tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, i quali "are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law"; esso prevede, inoltre, che i diritti umani sono meglio tutelati tramite un "common understanding" tra gli Stati membri, con ciò inviando la Corte a sviluppare e stabilire degli standard comuni.³² Dall'altro lato, però, è stato strenuamente sostenuto che la Corte non può prescindere dal prendere in considerazione le specificità storiche, sociali, culturali ed etiche di ogni data comunità, imponendo obblighi che spazzino via tradizioni e convinzioni ben consolidate.³³ Come si vedrà di qui a poco, è tramite il margine di apprezzamento che le specificità locali possono portare ad ap-

30 Gerards 2017: 127.

31 Itzcovich 2013: 294: "the underlying idea is that the Contracting Parties have agreed upon a set of uniform but minimal standards of human rights protection, or they have agreed upon a set of vague, open-ended and flexible standards: in any case, they have not agreed upon a fixed and settled model of society".

32 Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom* [Plenaria], ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, Opinione del giudice del giudice Martens, par. 3.6.3.

33 Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], ricorso n. 30814/06, sentenza del 18 marzo 2011, Opinione concorrente del giudice Bonello, par. 1.1-1-2: "A court of human rights cannot allow itself to suffer from historical Alzheimer's. It has no right to disregard the cultural continuum of a nation's flow through time, nor to ignore what, over the centuries, has served to mould and define the profile of a people. No supranational court has any business substituting its own ethical mock-ups for those qualities that history has imprinted on the national identity. On a human rights court falls the function on protecting fundamental rights, but never ignoring that 'customs are not passing whims. They evolve over time, harden over history into cultural cement. They become defining, all important badges of identity for nations, tribes, religions, individuals. A European court should not be called upon to bankrupt centuries of European tradition'".

plicare standard diversi rispetto a quelli ‘unitari’ che sarebbero altrimenti imposti dalla Convenzione, anche in quando condivisi dalla maggioranza degli Stati membri.

Un esempio emblematico è il caso *A, B e C c. Irlanda*, relativo alla compatibilità del divieto di aborto per motivi di salute o benessere della donna con il diritto alla vita privata, garantito dall’art. 8 CEDU. La Corte europea ha riconosciuto come la maggioranza degli Stati membri riconoscesse una più ampia possibilità di accedere all’aborto rispetto a quella prevista dal diritto irlandese.³⁴ Tuttavia, ha aggiunto che “[it] does not consider that this consensus decisively narrows the broad margin of appreciation of the State”.³⁵ Al riguardo, ha osservato come la scelta fosse il frutto di “lengthy, complex and sensitive debate in Ireland”³⁶ e fosse “based on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life ... and as to the consequent protection to be afforded to the right to life of the unborn”.³⁷ La Corte ha quindi concluso che il divieto era giustificato in quanto da ritenersi rientrare nell’ampio margine di apprezzamento da riconoscere allo Stato, in ragione delle caratteristiche della propria società e dei suoi valori.³⁸

Un ragionamento simile è stato sviluppato nel caso *Lautsi e altri c. Italia*, in cui i ricorrenti, genitori e figli, lamentavano una violazione del diritto all’educazione, garantito dall’art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU, interpretato alla luce del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione di cui all’art. 9 CEDU, in ragione dell’affissione del crocifisso nelle aule delle scuole italiane. Una Camera della Corte aveva concluso che l’apposizione di un simbolo di una specifica confessione religiosa era incompatibile con il dovere di neutralità dello Stato nell’esercizio delle funzioni pubbliche, con il diritto dei genitori di educare i propri figli secondo le proprie convinzioni e con il diritto degli studenti di essere o meno credenti.³⁹ Tuttavia, la decisione è stata ribaltata dalla Grande Camera. Quest’ultima ha ammesso che il crocifisso è un simbolo primariamente religioso

34 Corte EDU, *A, B and C v. Ireland* [GC], ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010, par. 235.

35 Ivi, par. 236.

36 Ivi, par. 239.

37 Ivi, par. 241.

38 Ivi, par. 242.

39 Corte EDU, *Lautsi v. Italy*, ricorso n. 30814/06, sentenza del 3 novembre 2009, par. 58.

e che la sua affissione può risultare in contrasto con le convinzioni religiose dei genitori.⁴⁰ Tuttavia, ha condiviso le osservazioni del Governo, secondo cui l'esposizione del crocifisso, "being the result of Italy's historical development", non avrebbe una connotazione solo religiosa "but also an identity-linked one [as it] symbolised the principles and values which formed the foundation of democracy and western civilisation".⁴¹ La Grande Camera ha così ammesso che la decisione di perpetrare una tradizione rientra nel margine di apprezzamento statale e che la Corte è tenuta a prendere in considerazione le diversità culturali tra gli Stati membri.⁴² Nonostante tale scelta attribuisca maggiore visibilità alla religione maggioritaria nel Paese, ciò non sarebbe sufficiente per concludere per la violazione dell'art. 2 del Prot. 1.⁴³

Il caso *S.A.S. c. Francia*, per sua parte, riguardava il divieto di indossare il velo islamico in pubblico, ritenuto dalla ricorrente in contrasto con il diritto alla vita privata, con la libertà alla manifestazione della propria religione e delle proprie credenze, alla manifestazione del pensiero e con il diritto a non essere discriminati sulla base della religione nell'esercizio di tali libertà. Pur avendo riconosciuto come il divieto riducesse il pluralismo nella società e incidesse sulla libertà delle donne che intendessero esprimere il proprio credo indossando il velo, la Corte ha accettato l'argomento del Governo secondo cui si trattava di una scelta ragionata e fondata sull'idea di società condivisa dalla popolazione francese,⁴⁴ volta a favorire le interazioni sociali e il 'vivere insieme'.⁴⁵ Alla

40 Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], ricorso n. 30814/06, sentenza del 18 marzo 2011, par. 66.

41 Ivi, par. 67.

42 Ivi, par. 68: "the Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State. The Court must moreover take into account the fact that Europe is marked by a great diversity between the States of which it is composed, particularly in the sphere of cultural and historical development. It emphasises, however, that the reference to a tradition cannot relieve a Contracting State of its obligation to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention and its Protocols".

43 Ivi, par. 76.

44 La Corte ha enfatizzato il proprio ruolo sussidiario: "[i]n matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight" (Corte EDU, *S.A.S. v. France* [GC], ricorso n. 43835/11, sentenza del 1° luglio 2014, par. 129).

45 Ivi, par. 153: "the Government indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of «living

luce di ciò, ha ritenuto che alla Francia dovesse essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento,⁴⁶ nonostante fosse l'unico Paese europeo, insieme al Belgio, a prevedere un tale divieto.⁴⁷ La Grande Camera ha quindi concluso che la misura doveva considerarsi proporzionata rispetto allo scopo di "protezione dei diritti e delle libertà degli altri".⁴⁸

Da ultimo, il caso *Fernandez Martinez c. Spagna* riguardava il mancato rinnovamento del contratto di lavoro, come professore di etica e religione cattolica in un liceo cattolico, di un prete cattolico secolarizzato, che aveva contratto matrimonio e avuto figli (per il quale aveva successivamente ottenuto una dispensa dal celibato dal Vaticano). Il rifiuto di rinnovare il contratto si era basato sul fatto che, pubblicizzando in un articolo di giornale la propria posizione di 'prete sposato', egli aveva violato in proprio obbligo di insegnare "senza creare rischi di scandali". La Corte europea ha osservato come il caso sollevasse un conflitto tra il diritto alla vita privata e familiare del ricorrente, da un lato, e il diritto delle organizzazioni religiose alla propria autonomia, dall'altro lato.⁴⁹ Nel valutare se le giurisdizioni interne che avevano avallato il mancato rinnovo del contratto avessero adeguatamente bilanciato fra loro tali diritti, la Corte ha preso in considerazione il principio di 'neutralità religiosa dello Stato' sancito dalla Costituzione spagnola, il quale preclude alle giurisdizioni nazionali di pronunciarsi su questioni di natura religiosa come, in questo caso, la nozione di 'scandalo'.⁵⁰ Pertanto, la Corte ha valutato l'adeguatezza del bilanciamento alla luce della necessità, imposta dalla Costituzione spagnola, di rispettare l'autonomia della Chiesa cattolica,⁵¹ e

together». From that perspective, the respondent State is seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society. It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society".

46 Ivi, par. 155.

47 Ivi, par. 156.

48 Ivi, par. 157.

49 Corte EDU, *Fernández Martínez v. Spain* [GC], ricorso n. 56030/07, sentenza del 12 giugno 2014, par. 123.

50 Ivi, par. 149.

51 Ivi, par. 151.

ha concluso che le autorità erano rimaste nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento loro riconosciuto in questa materia.⁵²

2.2. La *process-based review* come strumento di deferenza verso la volontà democraticamente espressa dalle società nazionali

Più di recente, la Corte EDU ha sviluppato un ulteriore strumento, anch'esso fondato sul principio di sussidiarietà e sulla dottrina del margine di apprezzamento, volto a mostrare deferenza nei confronti delle decisioni democraticamente assunte dalla volontà della maggioranza delle società nazionali. E ciò a prescindere dall'esistenza o meno di specificità di carattere politico, sociale o culturale, bensì sulla base della legittimazione democratica su cui tali decisioni si fondano.⁵³ Si tratta della nota *revisione procedurale* o *process-based review*: sempre più spesso la Corte tende a focalizzarsi sull'adeguatezza delle procedure decisionali – dinnanzi alle autorità interne, legislative, esecutive o giudiziarie – che incidono sul godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione. L'analisi del *decision-making process* può, a seconda dei casi, precedere il bilanciamento tra interessi rilevanti realizzato dalla Corte, determinarne lo standard di revisione; ovvero escluderlo del tutto.⁵⁴ Tale approccio implica che qualora la procedura decisionale interna sia ritenuta adeguata dalla Corte, quest'ultima tenderà ad accettarne gli esiti come compatibili con la Convenzione, “even if it reflects a different balance or a different choice than the Court’s judges would have preferred”.⁵⁵ La logica è che, in linea generale, quanto più la procedura interna sia adeguata, tanto meno ci sarà bisogno che la Corte EDU interferisca sull'esito.⁵⁶ Per ciò che qui rileva, è interessante esaminare il

52 Ivi, par. 152.

53 Corte EDU, *Karatas v. Turkey* [GC], ricorso n. 23168/94, sentenza dell'8 luglio 1999, Opinione dissenziente dei giudici Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa e Baka: “the democratic legitimacy of measures taken by democratically elected governments commands a degree of judicial self-restraint”.

54 Si vedano Arnadóttir 2017: 10; Kleinlein 2019: 93, distingue tra i casi in cui l'analisi della procedura decisionale “influences the Court’s substantive review” e quelli in cui “[it] can even displace the Court’s review”.

55 Gerards 2012: 198.

56 Spielmann 2014: 63 s.; Zysset 2021: 215: “rather than reviewing the (substantive) merits of cases independently within the proportionality assessment, [it] focuses

modo in cui tale approccio viene applicato in relazione alla revisione della compatibilità con la CEDU di misure legislative di carattere generale, che per definizione riflettono la volontà democraticamente espressa dalla maggioranza delle società nazionali.⁵⁷

Rispetto a queste, la Corte ha inizialmente sviluppato una revisione semi-procedurale,⁵⁸ fondata su quello che il suo ex Presidente, Robert Spano, ha chiamato “non-substitution principle”.⁵⁹ Essa ha cioè cominciato ad esaminare la trasparenza del procedimento legislativo e la sua accuratezza dal punto di vista della considerazione e del bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Laddove la Corte EDU fosse soddisfatta dell’adeguatezza del processo legislativo, non entrava nel merito della scelta, presumendo che il risultato concreto avesse realizzato un adeguato bilanciamento degli interessi.⁶⁰ Laddove invece il dibattito parlamentare fosse ritenuto inadeguato, la Corte EDU realizzava una più intensa valutazione dell’adeguatezza delle conclusioni raggiunte. Un chiaro esempio è il caso *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, relativo alla perdita del diritto di voto prevista in modo generalizzato dalla legislazione inglese nei confronti dei detenuti, tanto a seguito di condanna quando in caso di custodia cautelare. Prima di entrare nel merito della misura, la Corte ha osservato come non vi fosse alcun elemento che indicasse che, nell’adottare la legislazione in questione, “[the] Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote”, in assenza di un serio dibattito in merito al se una tale misura dovesse considerarsi compatibile con le moderne politiche in materia

on the quality of the domestic procedure by which (potentially infringing) law under consideration was adopted and applied”.

57 Quanto all’applicazione di tale revisione alle procedure giurisdizionali, si veda per tutte Corte EDU, *Halet v. Luxembourg* [GC], ricorso n. 21884/18, sentenza del 14 febbraio 2023, par. 160: “The Court also points out that it has gradually developed in its caselaw supervisory mechanisms which are intended to comply fully with the principle of subsidiarity. In this respect, its task is to verify whether the national courts applied the principles of the Convention as interpreted in the light of its case-law in a satisfactory manner, in such a way that their decisions are consistent with it”.

58 Arnadóttir 2017: 21.

59 Spano 2018: 487.

60 Corte europea dei diritti umani, *Maurice c. Francia* [GC], ricorso n. 11810/03, sentenza del 6 ottobre 2005, par. 125.

penale e gli standard di tutela dei diritti umani.⁶¹ Avendo ritenuto che un adeguato bilanciamento non fosse stato neppure tentato dalle autorità interne, la Corte ha proceduto essa stessa a realizzare un test di proporzionalità, concludendo che l'applicazione automatica e indiscriminata del divieto, in assenza di ogni possibilità di prendere in considerazione la natura e gravità dei delitti commessi e le circostanze specifiche del caso, esorbitasse al margine di apprezzamento, pur ampio, riconosciuto alle autorità nazionali.⁶² Dunque, la mancanza di un serio e trasparente dibattito parlamentare è stata utilizzata per giustificare una revisione più stringente, da parte della Corte europea, del carattere giustificato della misura.⁶³

Una evoluzione di tale approccio verso una revisione *p u r a - m e n t e p r o c e d u r a l e* si è poi avuta nel noto caso *Animal Defenders International c. Regno Unito*, riguardante il divieto generalizzato di pubblicità a contenuto politico sulla radio o televisione, ritenuto dall'associazione ricorrente in violazione del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, garantito dall'art. 10 CEDU. L'associazione intendeva diffondere un cortometraggio sulla violenza contro gli animali, ma il video era stato ritenuto di contenuto prevalentemente politico. Avendo qualificato il divieto in questione come una misura generale prevista dalla legge, la Corte ha chiarito che “in order to determine the proportionality of a general measure, [it] must primarily assess the *legislative choices underlying it*” e, in particolare, “the *quality of parliamentary and judicial review of the necessity of the measure*”.⁶⁴ A detta della Grande Camera, più convincente risulta la giustificazione che sottende all'adozione di una misura generale, meno importanza la Corte attribuirà all'impatto della stessa sul ricorrente del caso concreto.⁶⁵ Quanto al divieto in esame, la Corte ha enfatizzato la “exceptional examination by parliamentary bodies of the cultural, political and legal aspects of the prohibition” e l'estensiva analisi

61 Corte europea dei diritti umani, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)* [GC], ricorso n. 74025/01, sentenza del 6 ottobre 2005, parr. 79-80.

62 Ivi, par. 82.

63 Bellamy 2014: 1022.

64 Corte EDU, *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 48876/08, sentenza del 22 aprile 2013, par. 108, enfasi aggiunta.

65 Ivi, par. 109.

realizzata sulla sua compatibilità con la CEDU;⁶⁶ ha inoltre ritenuto adeguate le motivazioni date in merito all'impossibilità di adottare una distinzione tra propaganda politica e sociale, come sostenuto dalla ricorrente, a causa dei rischi di abusivi tentativi di aggiramento del divieto.⁶⁷ Per tali ragioni, la Corte ha ritenuto che la misura fosse stata fondata su "relevant and sufficient reasons" e che, quindi, costituisse una restrizione proporzionata del diritto alla libertà di espressione.⁶⁸ Secondo tale approccio, quindi, la Corte esamina la qualità del procedimento legislativo interno,⁶⁹ che se ritenuta adeguata produce una "presumption of Convention compliance for the outcome of the domestic proportionality assessment":⁷⁰ si ritiene che un processo decisionale adeguato produca un risultato accettabile, a prescindere dai suoi effetti nel caso concreto.⁷¹

Da ultimo, l'approccio in questione è stato portato alle estreme conseguenze nella recente sentenza resa dalla Grande Camera nel caso *L.B. c. Ungheria*. Il caso riguardava una legge che prevede la pubblicazione automatica, sul sito dell'autorità tributaria ungherese, dei dati (nome, cognome e indirizzo) di coloro che risultino inadempienti ai propri obblighi fiscali. Nella propria pronuncia, la Corte ha realizzato una revisione astratta del procedimento legislativo che ha condotto all'adozione della legge,⁷² osservando come il Parlamento ungherese non avesse indicato in modo adeguato le ragioni a giustificazione della misura e i cri-

66 Ivi, par. 115.

67 Ivi, par. 122.

68 Ivi, par. 125.

69 Si vedano anche, ad esempio, Corte EDU, *Parrillo v. Italy* [GC], ricorso n. 46470/11, sentenza del 27 agosto 2015, par. 183: "the Court's task to examine the arguments to which the legislature has had regard in reaching the solutions it has retained and to determine whether a fair balance has been struck between the interests of the State and those of the individuals directly affected by the solutions in question"; Corte EDU, *Lekič v. Slovenia* [GC], ricorso n. 36480/07, sentenza dell'11 dicembre 2018, par. 109.

70 Arnadóttir 2018: 230.

71 Arnadóttir 2018: 231.

72 Corte EDU, *L.B. v. Hungary* [GC], ricorso n. 36345/16, sentenza del 9 marzo 2023, par. 130: "the Court must assess the legislative choices which lay behind the impugned interference and whether the legislature weighed up the competing interests at stake ... In that context the quality of the parliamentary review of the necessity of the interference is of central importance".

teri del bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti.⁷³ Essa ha quindi concluso per la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'inadeguatezza del procedimento legislativo, ma ha ritenuto che la misura "is not in itself problematic",⁷⁴ nonostante la sua applicazione indiscriminata nei confronti di tutti coloro che non adempiano ai propri obblighi fiscali, a prescindere dal fatto che si tratti di evasori fiscali in mala fede o di individui in una situazione di difficoltà economica.⁷⁵ Nel far ciò, la Corte ha espressamente affermato che "the central question is not whether less restrictive rules should have been adopted, but whether the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it in adopting the general measure and striking the balance it did".⁷⁶ Dunque, la valutazione del carattere giustificato della misura diventa totalmente astratta, fondata sul procedimento legislativo di adozione, prescindendo dall'applicazione nel caso.

3. L'«intransigenza» come approccio tipicamente interamericano?

Quindi, enfatizzando il carattere sussidiario del meccanismo internazionale di monitoraggio, la giurisprudenza della Corte EDU ha sviluppato un approccio sempre più deferente nei confronti degli Stati. Al riguardo, bisogna notare che anche il ruolo della Corte IADU è «sussidiario», posto che il Preambolo della Convenzione interamericana dei diritti umani (CIADU o «Convenzione interamericana») sancisce che i meccanismi di monitoraggio da essa istituiti (Commissione e Corte) sono volti a "complementing the protection provided by the domestic law of the American Sta-

73 Ivi, par. 139: "the Court is not satisfied, notwithstanding the margin of appreciation of the respondent State, that the reasons relied on by the Hungarian legislature ... although relevant, were sufficient to show that the interference complained of was «necessary in a democratic society» and that the authorities of the respondent State struck a fair balance between the competing interests at stake".

74 Ivi, par. 130.

75 Sul punto, si vedano l'Opinione concorrente del giudice Kūris, secondo cui la violazione avrebbe dovuto fondarsi sul carattere indiscriminato della misura, e sull'assenza del potere delle autorità di valutarne la necessità nel singolo caso concreto, e quella parzialmente concorrente e parzialmente concordante del giudice Serghides, che sottolinea l'assenza di proporzionalità della misura, sulla base degli stessi rilievi.

76 Corte EDU, *L.B. v. Hungary* [GC], cit., par. 130.

tes". Nonostante ciò, l'analisi del sistema interamericano mostra una situazione radicalmente diversa rispetto a quella che abbiamo visto caratterizzare la controparte europea e, segnatamente, un approccio particolarmente *i n t r a n s i g e n t e* della Commissione e della Corte IADU, espressamente definito "non-deferential",⁷⁷ quanto all'individuazione degli obblighi statali e alla valutazione del rispetto degli stessi da parte degli Stati.

L'intransigenza che ha caratterizzato i primi decenni di attività delle due istituzioni interamericane ha una spiegazione semplice. Per lungo tempo esse si sono occupate quasi esclusivamente di violazioni gravi, massicce e sistematiche di diritti assoluti, quali sparizioni forzate, torture, stragi e detenzioni arbitrarie. Gli obblighi in materia di diritti assoluti non ammettono di essere bilanciati con altri interessi e, quindi, rispetto a essi non ha alcun senso chiedersi se allo Stato debba essere riconosciuto un margine di discrezionalità.⁷⁸ Inoltre, molti degli Stati sottoposti alla giurisdizione della Corte IADU avevano natura autoritaria o post-autoritaria. Data la loro mancata collaborazione, l'adozione di un approccio deferente avrebbe di fatto reso impossibile condannarli per le gravissime violazioni commesse.⁷⁹ Si tende a ritenere che sia per tali ragioni che, in termini generali, la dottrina del margine di apprezzamento⁸⁰ e la tecnica del consenso⁸¹ non hanno avuto successo in ambito interamericano. Anzi, esse sono state fortemente rigettate e criticate.⁸² Tuttavia, la spiegazione non è

77 Candia Falcón 2022: par. 4. Si veda anche Legg 2012: 5.

78 Come affermato da un ex Presidente della Commissione, "[a]s long as Governments were simply torturing and maiming, interpretation was hardly necessary. But with Governments striving with varying degrees of effort to establish the rule of law, the Commission naturally began to receive more cases from the grey borderland where the state's authority to promote the general interest collides with individual rights" (Farer 1997: 510). Si veda anche Lixinski 2019a: par. 4.

79 Candia Falcón 2022: par. 9: "if the institutions of the system had deferred to national tribunals ..., no State would have been condemned in the end".

80 Duhaime 2014: 289.

81 Lixinski 2019b: 337.

82 In particolare, l'ex Presidente della Corte IADU, Cândido Trindade, ha espressamente rigettato l'idea del recepimento di tali concetti europei: "How could we apply [the margin of appreciation doctrine] in the context of a regional human rights system where many countries' judges are subject to intimidation and pressure? How could we apply it in a region where the judicial function does not distinguish between military jurisdiction and ordinary jurisdiction? How could we apply it in the context of national legal systems that are heavily questioned for the failure to combat impunity? We have no alternative but to strengthen

necessariamente così semplice, in quanto la giurisprudenza ha poi subito un'evoluzione altalenante, con alcuni accenni verso l'adozione di un approccio deferente, per poi tornare ed enfatizzare l'intransigenza che aveva caratterizzato i primi anni.

3.1. L'iniziale emersione e il successivo abbandono delle specificità nazionali quale criterio per il riconoscimento di un margine di apprezzamento

Ed infatti, i primi casi relativi a diritti suscettibili di limitazioni e rispetto ai quali le specificità nazionali possono assumere un certo rilievo mostrano l'emersione di un approccio maggiormente deferente, il quale è però progressivamente scomparso.⁸³

Un primo esempio è costituito dalla materia elettorale. Il caso *Ríos-Montt c. Guatemala* riguardava il divieto per gli ex dittatori, previsto dalla Costituzione nazionale, di candidarsi alle elezioni presidenziali e la sua presunta incompatibilità con l'art. 23, par. 2, CIADU, che riconosce il diritto all'elettorato attivo e passivo. La Commissione IADU ha rigettato il ricorso, avendo osservato come si trattasse di una norma diffusa negli ordinamenti dell'America centrale. Essa ha di conseguenza ritenuto che allo Stato dovesse essere riconosciuto un margine di apprezzamento⁸⁴ e ha sottolineato come "this issue should be analyzed in light of the circumstances of the individual case and prevailing concepts in the historic period".⁸⁵ Alla luce di ciò, ha concluso che la misura non era suscettibile di essere questionata sul piano internazionale. Tuttavia, tale approccio è stato abbandonato subito dopo. Il caso *Aylwin e altri c. Cile* aveva ad oggetto le norme cilene che prevedevano, da un lato, la presenza di un certo numero di senatori non eletti dal popolo bensì nominati da autorità pubbliche e, dall'altro lato, la nomina automatica dell'ex dittatore Pinochet come senatore. Pur avendo formalmente nominato il margine di apprezzamento, il quale implica la necessità di prendere in considerazione "the degree of autonomy that each State enjoys

the international mechanisms for protection ... Fortunately, such doctrine has not been developed within the inter-American human rights system" (Cançado Trindade 2008: 390).

83 Candia Falcón 2022: par. 28.

84 Commissione IADU, *Ríos-Montt v. Guatemala*, rapporto n. 30/93 del 12 ottobre 1993, par. 24.

85 Ivi, par. 31.

organising its own political institutions”,⁸⁶ la Commissione IADU ha concluso per la violazione dell’art. 23, par. 2, avendo ritenuto che le norme in esame fossero discriminatorie nei confronti degli elettori.⁸⁷ Più di recente, è stata la Corte a riconoscere che nella materia elettorale è necessario prendere in considerazione le specificità storiche, politiche, sociali e culturali di un dato Paese.⁸⁸ Tuttavia, non ne ha desunto la necessità di adottare un approccio deferente rispetto alle scelte nazionali che, anzi, restano soggette allo stretto controllo di compatibilità con gli standard imposti dalla CIADU.⁸⁹

Anche in materia di cittadinanza le istituzioni interamericane hanno inizialmente riconosciuto che gli Stati godono di un

86 Commissione IADU, *Andrés Aylwin et al. v. Chile*, rapporto n. 137/99 del 27 dicembre 1997, par. 99.

87 Candia Falcón 2022: par. 23. La necessità di prendere in considerazione le specificità delle scelte legislative nazionali, le tradizioni e la storia di ciascun Paese è stata sottolineata, tuttavia, nell’Opinione dissenziente di R.K. Goldman (Commissione IADU, *Andrés Aylwin et al. v. Chile*, rapporto n. 137/99 del 27 dicembre 1997, Opinione dissenziente del commissario R.K. Goldman, par. 8: “Throughout history, states have developed different models for social comity and political participation that have provided particular accommodations for certain groups based on, for example, ethnic criteria or prior experience in governmental affairs. The political arrangements by which States have progressively structured their respective electoral systems and forms of political representation reflect highly complex historical, political, and social realities. I believe that judging the need, advisability, and purposes of these arrangements in a given historical context generally lies outside the purview of an international supervisory organ as they involve considerations that are eminently political in nature. It is the role of states, and not of this Commission, to make these kinds of delicate and complex determinations. Indeed, in a sense the principle according to which the international protection and promotion of human rights is subsidiary to the domestic protection and promotion mechanisms is an expression of these limitations”).

88 Corte IADU, *Castenada-Gutman v. Mexico*, serie C n. 184, sentenza del 6 agosto 2006, par. 166: “The Inter-American System also does not impose a specific electoral system or a specific means of exercising the rights to vote and to be elected ... The American Convention establishes general guidelines that determine a minimum content of political rights and allows the State to regulate those rights, within the parameters established in the Convention, according to their historical, political, social and cultural needs”. Si veda anche Corte IADU, *Yatama v. Nicaragua*, serie C n. 127, sentenza del 23 giugno 2005: la Corte ha ribadito che agli Stati deve essere lasciato un margine di discrezionalità (par. 206), ma ha poi sottoposto la legislazione nazionale a una stretta valutazione della sua compatibilità con i criteri di necessità e proporzionalità imposti dalla Convenzione (parr. 218-219).

89 Candia Falcón 2022: par. 38.

“certain margin of appreciation”,⁹⁰ che rientra nell’ambito dei loro poteri sovrani.⁹¹ Inizialmente ciò aveva escluso la possibilità di sottoporre tali misure allo scrutinio delle istituzioni interamericane. Tuttavia, queste hanno successivamente chiarito che l’esercizio di tale discrezionalità deve avvenire in modo ragionevole e non discriminatorio e nel rispetto degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani.⁹² Come è stato osservato, ciò dimostra che, quanto meno in questioni che riguardano materie strettamente politiche e attinenti all’identità dello Stato, si tendeva inizialmente ad adottare un approccio maggiormente deferente, limitandosi a verificare che le norme nazionali fossero ragionevoli e non discriminatorie.⁹³ Tuttavia, con il passare del tempo la Corte ha sviluppato un approccio più intransigente anche rispetto a tali questioni.⁹⁴ In particolare, essa ha affermato che tale margine risulta ristretto dall’evoluzione degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani, sul cui rispetto essa monitora.⁹⁵

Nella giurisprudenza ancora più recente, poi, la Corte interamericana ha espressamente escluso che margine di apprezzamento e consenso tra gli Stati interamericani, nonché le specificità degli Stati, abbiano un ruolo nella determinazione degli standard di tutela dei diritti umani imposti dalla CIADU. Il rigetto

90 Corte IADU, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, opinione consultiva n. OC-4/84 del 19 gennaio 1984, par. 58: “One is here dealing with values which take concrete dimensions in the face of those real situations in which they have to be applied and which permit in each case a certain margin of appreciation in giving expression to them”.

91 Ivi, par. 59: “as far as the granting of naturalization is concerned, it is for the granting state to determine whether and to what extent applicants for naturalization have complied with the conditions deemed to ensure an effective link between them and the value system and interests of the society to which they wish to belong. To this extent there exists no doubt that it is within the sovereign power of Costa Rica to decide what standards should determine the granting or denial of nationality to aliens who seek it, and to establish certain reasonable differentiations based on factual differences which, viewed objectively, recognize that some applicants have a closer affinity than others to Costa Rica’s value system and interests”.

92 Ivi, par. 60.

93 Candia Falcón 2022: par. 28.

94 Ivi, parr. 35-36.

95 Corte IADU, *Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*, serie C n. 130, sentenza dell’8 settembre 2005, par. 140: “The determination of who has the right to be a national continues to fall within a State’s domestic jurisdiction. However, its discretionary authority in this regard is gradually being restricted with the evolution of international law”.

di tali nozioni si è avuto nel caso *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica*, in materia di divieto fertilizzazione *in vitro*. Secondo la Corte suprema costaricana, il divieto si giustificava in ragione del diritto alla vita dell'embrione, che sarebbe stato messo in pericolo dalla crioconservazione o dalla distruzione degli embrioni non impiantati. I ricorrenti, in quanto infertili, ritenevano che tale divieto assoluto fosse discriminatorio e violasse loro diritto alla vita privata e familiare; la Costa Rica si difendeva sottolineando come vi fosse una mancanza di consenso tra gli Stati membri in materia e che quindi dovesse esserle riconosciuto un ampio margine di apprezzamento.⁹⁶ La Corte IADU ha invece ritenuto che lo Stato avesse mancato al proprio obbligo di bilanciare adeguatamente i diritti in gioco. Nel far ciò, ha affermato che “the Court does not consider it pertinent to rule on the State’s argument that it has a margin of appreciation to establish prohibitions such as the one established by the Constitutional Chamber”.⁹⁷ Così facendo, ha chiarito che essa non prende in considerazione il margine di apprezzamento nel pronunciarsi sul corretto bilanciamento degli interessi in gioco.⁹⁸ Quanto al ‘consenso’, la Corte ha implicitamente escluso che esso abbia un ruolo nella determinazione degli standard internazionali di tutela dei diritti.⁹⁹

Tale affermazione è stata ancora più chiara nel caso *Atala Rifo e altri c. Cile*. La ricorrente, una giudice omosessuale, lamentava di essere stata discriminata dalle giurisdizionali nazionali, che avevano attribuito la custodia dei suoi tre figli al padre, in ragione

96 Corte IADU, *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, serie C n. 257, sentenza del 28 novembre 2012, parr. 169-170.

97 Ivi, par. 316.

98 Ma si veda l'Opinione dissenziente del giudice Vío Grossi, secondo cui la Corte avrebbe dovuto tenere in considerazione la mancanza di un consenso tra gli Stati membri della CADU sulla questione e, di conseguenza, astenersi dal pronunciarsi sul corretto bilanciamento: “In the exercise of that interpretive function, undoubtedly the Court has limitations. Other courts have already emphasized the difficulty of the task and even the inappropriateness that a jurisdictional organ must decide something which is more appropriate, although, not exclusive, to medical science and regarding which, even in that sphere, there is still no consensus”.

99 Corte IADU, *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, cit., par. 92: “The fact that this is a controversial issue in some sectors and countries, and that it is not necessarily a matter of consensus, cannot lead this Court to abstain from issuing a decision, since in doing so it must refer solely and exclusively to the stipulations of the international obligations arising from a sovereign decision by the States to adhere to the American Convention”.

del suo orientamento sessuale. Lo Stato si difendeva sostenendo che, al momento in cui il caso era stato deciso dalla Corte suprema (nel 2004), non esisteva un consenso tra gli Stati americani in materia.¹⁰⁰ Tuttavia, la Corte interamericana ha ritenuto che la ricorrente fosse stata vittima di una discriminazione. Quanto all'argomento relativo all'asserita assenza di un consenso tra gli Stati americani, essa ne ha espressamente escluso la rilevanza.¹⁰¹ Tale conclusione è stata duramente criticata dal giudice Pérez Pérez, che ha sostenuto che la maggioranza della Corte IADU avrebbe impropriamente applicato la nozione di 'famiglia' in modo evolutivo, senza prendere in considerazione le specificità delle diverse concezioni che possono esistere nelle società degli Stati membri. A suo parere, proprio la possibile diversità di tradizioni e convinimenti implicherebbe che "[this] is one of the areas in which it is most essential to allow a national margin of appreciation"; pertanto, la Corte avrebbe dovuto prima realizzare un'analisi comparata volta a mettere in evidenza l'esistenza o meno di un consenso interamericano.¹⁰²

In ogni caso, il medesimo orientamento è stato confermato nella recente opinione consultiva in materia di identità di genere, uguaglianza e non discriminazione nei confronti delle coppie dello stesso sesso. In quel caso la Corte non si è limitata a ribadire che ogni tipo di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale costituisce una violazione della CADU¹⁰³ e a sancire che le coppie dello stesso sesso costituiscono famiglie ai sensi della

100 Corte IADU, *Atala Riffo et al. v. Chile*, serie C n. 236, sentenza del 24 febbraio 2012, par. 74.

101 Ivi, par. 92: "With regard to the State's argument that, on the date on which the Supreme Court issued its ruling there was a lack of consensus regarding sexual orientation as a prohibited category for discrimination, the Court points out that the alleged lack of consensus in some countries regarding full respect for the rights of sexual minorities cannot be considered a valid argument to deny or restrict their human rights or to perpetuate and reproduce the historical and structural discrimination that these minorities have suffered. The fact that this is a controversial issue in some sectors and countries, and that it is not necessarily a matter of consensus, cannot lead this Court to abstain from issuing a decision, since in doing so it must refer solely and exclusively to the stipulations of the international obligations arising from a sovereign decision by the States to adhere to the American Convention".

102 Corte IADU, *Atala Riffo et al. v. Chile*, serie C n. 236, sentenza del 24 febbraio 2012, Opinione dissenziente del giudice A. Pérez Pérez, par. 23.

103 Corte IADU, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Sex-Sex Couples*, opinione consultiva OC-24/17 del 24 novembre 2017, parr. 84-85.

stessa. Utilizzando lo stesso argomento in merito all'irrilevanza della mancanza di consenso tra gli Stati membri al fine di riconoscere dei diritti ai sensi della Convenzione,¹⁰⁴ ha anche affermato che il principio di uguaglianza impone non solo di tutelare queste coppie tramite il riconoscimento giuridico della propria unione, ma anche che il riconoscimento sia equiparato a tutti gli effetti a quello previsto per le coppie eterosessuali. Per tale motivo, gli Stati sono tenuti a prevedere l'accesso al matrimonio in condizioni di parità.¹⁰⁵ La Corte non ha quindi attribuito alcuna rilevanza al margine di apprezzamento e all'assenza di un consenso interamericano.¹⁰⁶ Al contrario, è noto che in tale materia la Corte europea è ancora molto cauta: enfatizzando il margine di apprezzamento, essa ritiene che gli Stati siano tenuti a riconoscere giuridicamente le coppie di persone dello stesso sesso, ma non necessariamente per il tramite del matrimonio.¹⁰⁷

3.2. Il *conventionality control* e l'irrilevanza della volontà democraticamente espressa dalle società nazionali

Allo stesso modo, la Corte IADU tende a non mostrare deferenza nei confronti dei processi democratici interni quando procede alla valutazione della compatibilità di misure statali, frutto di quei processi decisionali, con gli obblighi imposti dalla CIADU.¹⁰⁸ Ciò è reso evidente dalla tipologia di revisione, radicalmente opposta alla revisione procedurale europea, cui essa sottopone le di-

104 Ivi, par. 219.

105 Ivi, par. 220: "The establishment of a differentiated treatment between heterosexual couples and couples of the same sex regarding the way in which they can form a family – either by a de facto marital union or a civil marriage – does not pass the strict test of equality ... because, in the Court's opinion, there is no purpose acceptable under the Convention for which this distinction could be considered necessary or proportionate".

106 Per una critica, Corte IADU, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Sex-Sex Couples*, opinione consultiva OC-24/17 del 24 novembre 2017, Opinione del giudice Vio Grossi, par. 102.

107 Corte EDU, *Fedotova and others v. Russia* [GC], ricorsi n. 40792/10, sentenza del 17 gennaio 2023, parr. 187-188: "the Court considers that the States Parties' margin of appreciation is significantly reduced when it comes to affording same-sex couples the possibility of legal recognition and protection. Nevertheless ... the States Parties have a more extensive margin of appreciation in determining the exact nature of the legal regime to be made available to same-sex couples, which does not necessarily have to take the form of marriage".

108 Duhaime 2014: 314.

sposizioni legislative frutto di scelte democraticamente assunte dalla maggioranza degli Stati membri. Si tratta del c o n t r o l l o d i c o n v e n z i o n a l i t à, inizialmente sviluppato in una serie di opinioni separate del giudice, e poi Presidente della Corte IADU, García Ramírez, secondo cui “if constitutional courts oversee “constitutionality” [of domestic legislation], the international human rights court decides on the ‘conventionality’ of those acts”.¹⁰⁹

Tale metodo è stato applicato per la prima volta nel caso *Almonacid Arellano c. Cile*, che riguardava una legge nazionale di amnistia, per reati qualificabili come crimini internazionali. La Corte IADU – che doveva pronunciarsi sul contrasto tra i valori della giustizia e della memoria rispetto a gravissimi crimini, da un lato, e la pace la riconciliazione nazionale cui l’amnistia tendeva, dall’altro – ha concluso per la prevalenza dei primi.¹¹⁰ Nel far ciò, ha chiarito in che termini le giurisdizioni interne devono pronunciarsi sulla compatibilità di norme legislative nazionali con la CADU. Al riguardo, ha sottolineato come l’art. 2 CADU, rubricato *domestic legal effects* sancisca che gli Stati membri sono tenuti ad adottare “such legislative measures as may be necessary to give effect to [the] rights and freedoms» garantiti dalla Convenzione, e ne ha desunto che essi sono tenuti ad (1) annullare leggi e prassi che siano incompatibili con la stessa e (2) adottare le leggi necessarie a dare attuazione a tali diritti.¹¹¹ Tuttavia, qualora il potere legislativo non adempia a tale dovere, l’obbligo generale di cui all’art. 1 CADU di rispettare e garantire i diritti sanciti nella Convenzione impone ai giudici nazionali di astenersi dall’applicare disposizioni legislative incompatibili con essa,¹¹² secondo l’interpretazione che ne fornisce la stessa Corte interamericana e, quindi, senza che sia

109 Corte IADU, *Tibi v Ecuador*, serie C n. 114, sentenza del 7 settembre 2004, Opinione concorrente del giudice García Ramírez, para 3. Per l’analisi delle altre opinioni, si rinvia a Duhaime 2014: 302: “several authors have maintained that a greater use of the doctrine could allow for a re-appropriation of local and regional particularisms that might have been pushed aside in the Americas with the ascension of human rights and the processes of democratization in the region; also arguing that it would correspond to the tendency towards greater subsidiarity of the IAHRs; and finally that it could avoid the perception of international justice as disconnected with and unrelated to local realities”; Burgorgue-Larsen 2018: par. 5.

110 Per un riferimento ad altri casi simili si veda Duhaime 2014: 299.

111 Corte IADU, *Almonacid Arellano v. Chile*, serie C. n. 154, sentenza del 26 settembre 2006, par. 118.

112 Ivi, par. 123.

lasciato un margine di discrezionalità.¹¹³ In casi successivi è stato chiarito che tale obbligo deve essere adempiuto d'ufficio, anche in assenza di una espressa richiesta delle parti,¹¹⁴ e non solo da parte dei giudici ma da tutti gli organi incaricati dell'amministrazione della giustizia, inclusi i procuratori¹¹⁵ e, più in generale, ogni autorità pubblica.¹¹⁶ Dunque, la Corte non adotta un approccio deferente nei confronti della autonoma interpretazione e valutazione delle autorità interne, le quali sono al contrario tenute a seguire strettamente le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza interamericana.¹¹⁷

La Corte IADU ha poi escluso che la qualità del procedimento democratico che porta all'adozione o alla conferma di una norma di legge le precluda di pronunciarsi sull'esito di quel procedimento e, in particolare, sulla sua compatibilità con la CADU, come

113 Ivi, par. 124: "The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of 'conventionality control' between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention".

114 Corte IADU, *Dismissed Congressional Employees v. Peru*, serie C n. 158, sentenza del 24 novembre 2006, par. 124: "When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the *effet utile* of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of 'conventionality' ex officio between domestic norms and the American Convention; evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations. This function should not be limited exclusively to the statements or actions of the plaintiffs in each specific case, although neither does it imply that this control must always be exercised, without considering other procedural and substantive criteria regarding the admissibility and legitimacy of these types of action".

115 Corte IADU, *Gudiel Álvarez v. Guatemala*, serie C. n. 253, sentenza del 20 novembre 2012, par. 330.

116 Corte IADU, *Gelman v. Uruguay*, serie C n. 221, sentenza del 24 febbraio 2011, par. 239.

117 Candia Falcón 2022: par. 86.

invece sembrava in passato aver ammesso la Commissione.¹¹⁸ Il caso *Gelman c. Uruguay* riguardava, ancora una volta, una legge di amnistia, la quale era stata confermata tramite referendum popolari nel 1989 e nel 2009, nonostante essa fosse stata pochi giorni prima dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema proprio per contrasto con la CADU. Dunque, la maggioranza sovrana si era espressa, in modo democratico, a favore del mantenimento in vigore della legge. Tuttavia, la Corte IADU ha espressamente escluso che tale circostanza potesse avere un rilievo nella propria valutazione:

The fact that the Expiry Law of the State has been approved in a democratic regime and yet ratified or supported by the public, on two occasions, namely, through the exercise of direct democracy, does not automatically or by itself grant legitimacy under International Law. The participation of the public in relation with the law, using methods of direct exercise of democracy ... should be considered, as an act attributable to the State that give rise to its international responsibility.¹¹⁹

Anzi, facendo implicitamente proprie alcune delle critiche che vengono rivolte alla revisione procedurale europea, ha affermato che l'esistenza di un regime democratico, e la conferma per suo tramite di una norma di legge, non ne garantisce la compatibilità con gli standard e le regole internazionali in materia di tutela di diritti umani. Al contrario, anche la legittimazione e il potere democratico della maggioranza risultano necessariamente ristretti da tali standard e regole.¹²⁰ Con ciò, la Corte IADU ha confermato

118 Commissione IADU, *Ríos-Montt v. Guatemala*, cit., par. 38: "the grounds for ineligibility emerge from an act of a Constitutional Convention elected by democratic vote in which the Guatemalan people decided through their representatives ... that it was necessary to maintain such grounds, which are already founded in Guatemala's constitutional history ... and moreover to make them permanent".

119 Corte IADU, *Gelman v. Uruguay*, cit., par. 238.

120 Ivi, par. 239: "The bare existence of a democratic regime does not guarantee, *per se*, the permanent respect of International Law, including International Law of Human Rights, and which has also been considered by the Inter-American Democratic Charter. The democratic legitimacy of specific facts in a society is limited by the norms of protection of human rights recognized in international treaties, such as the American Convention, in such a form that the existence of one true democratic regime is determined by both its formal and substantial characteristics, and therefore, particularly in cases of serious violations of nonrevocable norms of International Law, the protection of human rights constitutes a im-

che essa non intende mostrare alcun margine di discrezionalità nei confronti delle scelte democraticamente assunte dalle maggioranze degli Stati membri, i cui esiti restano in ogni caso soggetti al suo scrutinio.¹²¹ L'unico margine di apprezzamento che viene riconosciuto attiene alla modalità, rimessa alla discrezionalità degli Stati, con cui tale controllo di convenzionalità può essere realizzato.¹²²

4. L'approccio intermedio e in via di sviluppo del sistema africano

Se Corti europea e interamericana sembrano adottare approcci radicalmente diversi rispetto alla questione in esame, la Corte africana appare situarsi, per il momento, in una posizione intermedia.

Bisogna in primo luogo osservare che la Carta africana dei diritti umani e dei popoli (CADUP o "Carta africana") prevede, nel Preambolo, che i diritti riconosciuti devono essere garantiti "taking into account the importance traditionally attached to these rights and freedoms in Africa". Essa sembra quindi invitare a prendere in considerazione le specificità regionali e nazionali. Tuttavia, a differenza degli altri trattati in materia di protezione dei diritti umani, la CADUP non contiene né una clausola generale di limitazione dei diritti in essa sanciti, né specifiche clausole di limitazione annesse alle singole disposizioni pattizie. Di conseguenza, secondo la formulazione testuale del trattato, sembrerebbe che tutti i diritti siano garantiti in modo assoluto e che, dunque, non possano essere limitati nel perseguimento di scopi legittimi, ambito nel quale la dottrina del margine di apprezzamento viene applicata. Tuttavia, l'art. 27, par. 2, della Carta prevede che "[t]he rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality,

passable limit to the rule of the majority, that is, to the forum of the «possible to be decided» by the majorities in the democratic instance, those who should also prioritize control of conformity with the Convention" ... which is a function and task of any public authority and not only the Judicial Branch".

121 Corte IADU, *Santo Domingo Massacre v. Colombia*, serie C n. 259, sentenza del 30 novembre 2012, par. 142.

122 Corte IADU, *Liakat Ali Alibux v. Surinam*, serie C n. 276, sentenza del 20 gennaio 2014, par. 124.

and common interest". Così, già la Commissione¹²³ e poi la Corte ADUP hanno compensato la lacuna di cui sopra "using judicial creativity".¹²⁴ Ad esempio, nel caso *Tanganyika Law Society* la Corte ADUP doveva pronunciarsi sull'asserita violazione del diritto alla libera partecipazione alla vita politica, garantito dall'art. 13 CADUP. Facendo espresso riferimento al summenzionato art. 27, par. 2, ha riconosciuto che tale diritto può essere limitato da misure proporzionalmente volte al perseguimento di scopi legittimi.¹²⁵ Inoltre, specifiche possibilità di limitazione sono previste da singole disposizioni (secondo quelle che la Corte ADUP definisce "claw-back clauses").¹²⁶ Ciò che resta da chiarire è se, nell'ambito di tale valutazione, la Commissione e la Corte ADUP riconoscano un margine di apprezzamento in capo agli Stati, anche alla luce della necessità di prendere in considerazione le specificità nazionali e la volontà democraticamente espressa dalle maggioranze degli Stati membri.

Al riguardo, bisogna cominciare con il notare che il margine di apprezzamento¹²⁷ e il principio di sussidiarietà¹²⁸ sono stati in-

123 Commissione ADUP, *Media Rights Agenda and others v. Nigeria*, ricorsi n. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, rapporto del 31 ottobre 1998, parr. 67-70: "In contrast to other international human rights instruments, the African Charter does not contain a derogation clause ... The only legitimate reasons for limitations ... are found in Article 27.2 ... The reasons for possible limitations must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained. Even more important, a limitation may never have as a consequence that the right itself becomes illusory".

124 Rachovitsa 2021: par. 8.

125 Corte ADUP, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R Mtikila v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 009/2011, sentenza del 14 giugno 2013, par. 106.1: "jurisprudence regarding the restrictions on the exercise of rights has developed the principle that the restrictions must be necessary in a democratic society; they must be reasonably proportionate to the legitimate aim pursued. Once the complainant has established that there is a prima facie violation of a right, the respondent state may argue that the right has been legitimately restricted by «law», by providing evidence that the restriction serves one of the purposes set out in Article 27 (2) of the Charter".

126 Si consideri, tra i tanti, come l'art. 12, par. 2, secondo cui il diritto di lasciare il proprio Paese e farvi ritorno può essere soggetto a restrizioni "provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality".

127 Si veda, ad esempio, Commissione ADUP, *Kenneth Good v. Botswana*, comunicazione n. 313/05, rapporto del 26 maggio 2010, par. 59.

128 Commissione ADUP, *Garreth Anver Prince v. South Africa*, comunicazione n. 255/02, rapporto del 7 novembre 2004, par. 37, in cui lo Stato si è difeso invocato

vocati dagli Stati nelle proprie difese. È stato poi nel caso *Prince c. Sudafrica* che la Commissione ADUP ne ha espressamente riconosciuto la rilevanza nell'ambito del sistema africano. Tuttavia, essa ha escluso che, come sostenuto dal Governo convenuto, essi implicino che gli organi della CADUP debbano limitarsi a una mera revisione procedurale dei processi decisionali interni.¹²⁹ Anche la Corte ADUP ha espressamente riconosciuto che gli Stati godono di un margine di apprezzamento ai sensi della Carta africana. Essa, tuttavia, non sembra poi attribuirvi una particolare

il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento per come sviluppati in ambito europeo, sostenendo che la Commissione non avrebbe avuto il potere di rivedere il bilanciamento tra gli interessi rilevanti in quanto adeguatamente realizzato dalla Corte costituzionale del Sudafrica.

- 129 Ivi, parr. 50-53: "The principle of subsidiarity ... informs the African Charter, like any other international and / or regional human rights instrument does to its respective supervisory body established under it, in that the African Commission could not substitute itself for internal / domestic procedures found in the Respondent State that strive to give effect to the promotion and protection of human and peoples' rights enshrined under the African Charter. Similarly, the margin of appreciation doctrine informs the African Charter in that it recognises the Respondent State in being better disposed in adopting national rules, policies and guidelines in promoting and protecting human and peoples' rights as it indeed has direct and continuous knowledge of its society, its needs, resources, economic and political situation, legal practices, and the fine balance that need to be struck between the competing and sometimes conflicting forces that shape its society. Both doctrines establish the primary competence and duty of the Respondent State to promote and protect human and peoples' rights within its domestic order ... It also gives Member States the required latitude under specific Articles in allowing them to introduce limitations. The African Commission is aware of the fact that it is a regional body and cannot, in all fairness, claim to be better situated than local courts in advancing human and peoples' rights in Member States. That underscored, however, the African Commission does not agree with the Respondent State's implied restrictive construction of these two doctrines relating to the role of the African Commission, which, if not set straight, would be tantamount to ousting the African Commission's mandate to monitor and oversee the implementation of the African Charter. Whatever discretion these two doctrines may allow Member States in promoting and protecting human and peoples' rights domestically, they do not deny the African Commission's mandate to guide, assist, supervise and insist upon Member States on better promotion and protection standards should it find domestic practices wanting. They do allow Member States to primarily take charge of the implementation of the African Charter in their respective countries. In doing so, they are informed by the trust the African Charter has on Member States to fully recognise and give effect to the rights enshrined therein. What the African Commission would not allow, however, is a restrictive reading of these doctrines, like that of the Respondent State, which advocates for the hands-off approach by the African Commission on the mere assertion that its domestic procedures meet more than the minimum requirements of the African Charter".

rilevanza quanto alla decisione dei casi che le vengono sottoposti, né ha chiarito i criteri per determinare l'ampiezza di tale margine di apprezzamento e in che modo esso incide sulla revisione che esercita sul rispetto degli obblighi sanciti dalla CADUP.¹³⁰

Ad esempio, il già citato caso *Tanganyika Law Society c. Tanzania* aveva ad oggetto l'impossibilità, prevista dalla Costituzione nazionale, di candidarsi indipendentemente (senza partecipare ad alcun partito) alle elezioni presidenziali. Lo Stato si difendeva sottolineando "the historical and social realities leading to the prohibition" e, in particolare, il fatto che la norma fosse stata adottata "at a time Tanzania was a young democracy and [those provisions] were necessary so that multi-party democracy is strengthened" al fine di ridurre il 'tribalismo'.¹³¹ Dopo aver ricostruito la giurisprudenza europea e interamericana in materia di limitazioni dei diritti sanciti dai trattati sui diritti umani, la Corte ha riconosciuto che l'art. 27, par. 2, CADUP "means that State Parties to the Charter are allowed some measure of discretion" nel limitare i diritti convenzionalmente garantiti.¹³² Tuttavia, la Corte ha concluso che lo Stato non aveva dimostrato che il divieto in questione perseguisse gli scopi, legati alle specificità nazionali, invocati dallo Stato, e ha quindi dichiarato che vi era stata una violazione della disposizione invocata dal ricorrente. O ancora, nel caso *Ingabire Victoire Umuhoza c. Ruanda* il ricorrente lamentava, tra le altre cose, una violazione del diritto alla libertà di espressione, in quanto era stato penalmente condannato per 'minimizzazione del genocidio': nel contesto di un discorso pubblico, aveva sostenuto che anche i Tutsi, vittime del genocidio del 1994, avrebbero commesso crimini simili nei confronti degli Hutu, autori dello del genocidio. Lo Stato si difendeva sostenendo che, tenendo in considerazione il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento, "the content given to the right cannot be enforced in a vacuum and as such the ambit of its enforcement will be heavily influenced by the domestic context in which that right operate" tra cui, nel caso di specie, l'atroce genocidio commesso

130 Rachovitsa 2021: par. 31.

131 Corte ADUP, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R Mtikila v. United Republic of Tanzania*, cit., par. 104.

132 Ivi, par. 112.

in Ruanda.¹³³ Tuttavia, pur avendo riconosciuto l'importanza dello scopo e delle specificità nazionali invocate dallo Stato,¹³⁴ la Corte ha replicato che “the laws in question should not be applied at any cost to the rights and freedoms of individuals or in a manner which disregards international human rights standards”.¹³⁵ Essa ha quindi concluso per la violazione della libertà di espressione nel caso concreto.¹³⁶

Qualora poi i trattati applicabili dalla Corte ADUP imponessero gli specifici obblighi agli Stati, essi non possono essere superati invocando le specificità nazionali. Ad esempio, il Mali ha in un caso tentato di invocare le tradizioni sociali, culturali e religiose della propria comunità nazionale per giustificare la legislazione nazionale che fissava a sedici anni l'età minima per le donne per contrarre matrimonio; sosteneva, inoltre, che un progetto di legge volto all'innalzamento di tale età minima era stato duramente contestato, anche in modo violento, dalla popolazione.¹³⁷ In risposta, la Corte ha notato come l'art. 6, par. b), del Protocollo di Maputo annesso alla CADUP stabilisse espressamente che l'età minima è di diciotto anni e, pertanto, ha rifiutato di prendere in considerazione ogni argomento legato alle specificità nazionali.¹³⁸

Più di recente, la Corte ha fornito qualche chiarimento sul modo in cui sussidiarietà e margine di apprezzamento incidono sul suo potere di pronunciarsi sulla compatibilità di misure statali,

133 Corte ADUP, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*, ricorso n. 3/2014, sentenza del 24 novembre 2017, parr. 125-126, enfasi aggiunta.

134 Ivi, par. 147: “The Court wishes to underscore that it is fully aware and cognizant of the fact that Rwanda suffered from the most atrocious genocide in the recent history of mankind and this is recognized as such internationally. This grim fact of its past evidently warrants that the government should adopt apt measures to promote social cohesion and concordance among the people and prevent similar incidents from happening in the future. The State has the responsibility to ensure that the laws in this respect are respected and that every offender answers before the law”.

135 Ivi, par. 148: “In all circumstances, it is important that restrictions made on the fundamental rights and freedoms of citizens are warranted by the particular contexts of each case and the nature of the acts that are alleged to have necessitated such restrictions”.

136 Ivi, par. 163.

137 Corte ADUP, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali*, ricorso n. 46/2016, sentenza dell'11 maggio 2018, parr. 64 e 66.

138 Ivi, par. 74.

anche legislative, con la CADUP. Il caso *Jebra Kambole c. Tanzania* riguardava l'asserita incompatibilità di una disposizione legislativa che impediva ogni scrutinio giudiziale sulla validità delle elezioni presidenziali, ritenuta incompatibile con il diritto di accesso alla giustizia nonché discriminatoria. Il Governo affermava che, trattandosi di una questione attinente all'essenza dell'organizzazione dello Stato e alla sua sovranità, quest'ultimo disponesse di un ampio margine di apprezzamento.¹³⁹ Nonostante abbia confermato che il margine di apprezzamento trova applicazione nella sua giurisprudenza,¹⁴⁰ la Corte ha escluso che tale dottrina la privi del potere di monitorare sulla compatibilità del bilanciamento tra interessi in gioco, realizzato dalle autorità interne, con la CADUP, con ciò escludendo di doversi limitare a una valutazione meramente procedurale.¹⁴¹ Pertanto, ha concluso che la disposizione in materia produceva una ingiustificata disparità di trattamento – in quanto non proporzionata rispetto allo scopo perseguito – ed era, pertanto, in violazione dell'art. 41, par. 7, CADU.

Quindi, seppur sembra potersi affermare che la Corte africana “is moving towards recognising the doctrine of the margin of assessment or appreciation”,¹⁴² è ancora presto per stabilire se questa tendenza porterà effettivamente all'adozione di uno standard di deferenza nei confronti degli Stati membri o se, come appare allo stato attuale, si tratti di un riconoscimento meramente formale.¹⁴³

139 Corte ADUP, *Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 18/2018, sentenza del 15 luglio 2020, par. 66. Sul punto, la Corte ha osservato che “the Respondent State has not provided details as to how the distinction ... is necessary to protect its sovereignty or how its sovereignty would be jeopardized if the provision would be repealed or amended”.

140 Ivi, par. 80.

141 Ivi, par. 81: “the Court emphasises that while it is for a particular State to determine the mechanisms or steps to be taken for purposes of implementing the Charter, it retains jurisdiction to assess and review the steps taken for compliance with the Charter and other applicable human rights standards. In particular, the Court's duty is to assess if a fair balance has been struck between societal interests and the interests of the individual as protected under the Charter. The doctrine of margin of appreciation, therefore, while recognizing legitimate leverage by States in the implementation of the Charter, cannot be used by States to oust the Court's supervisory jurisdiction”.

142 Mujuzi 2017: 223.

143 Rachovitsa 2021: par. 63.

5. Il contesto sociopolitico e il grado di legittimazione delle tre corti come giustificazione dei diversi approcci riscontrati

L'analisi comparata realizzata mostra che tra i due estremi della deferenza e dell'intransigenza, rispettivamente attribuibili alla Corte europea e a quella interamericana, la Corte africana si situa in una posizione intermedia.

Resta da chiedersi: come si spiegano approcci tanto differenti tra organi che, in ultima analisi, svolgono la medesima funzione giurisdizionale e interpretano e applicano trattati che, pur con le dovute differenze, sono molto simili tra loro? Per rispondere a tale domanda, bisogna considerare che è un assunto consolidato quello secondo cui la scelta dei metodi decisionali di un tribunale internazionale e il suo approccio all'esercizio della propria funzione sono influenzati da una serie di fattori¹⁴⁴ di carattere normativo ma, anche, sociale e politico.¹⁴⁵ Tra questi, il grado di legittimazione di un tribunale¹⁴⁶ e la sua autorità di fronte ai propri Stati membri e, più ampiamente, la comunità internazionale, giocano un ruolo fondamentale.¹⁴⁷ Alla luce di tali linee guida, possono formularsi alcune osservazioni sulla giurisprudenza esaminata.

Cominciando dalla Corte europea, può notarsi che all'incredibile apporto creativo dei primi anni di attività ha fatto seguito un approccio decisamente più restrittivo e sempre più deferente nei confronti degli Stati.¹⁴⁸ E questo tanto per ciò che concerne l'interpretazione delle disposizioni della CEDU, quanto per le sue modalità di applicazione, sviluppando l'approccio della revisione procedurale sopra esaminato. Tale mutamento è stato spiegato,

144 Ginsburg 2014: 483, distingue tra 'constraints' che operano *ex ante* (che attengono, cioè, alle caratteristiche strutturali di un tribunale, per come normativamente definite dagli Stati) e quelli che operano *ex post* e che attengono, cioè, alle critiche e reazioni degli Stati rispetto all'operato dei tribunali stessi.

145 Tzevelekos, Dzehtsisarou 2022: 288: "what prompts a court that has ample discretion ... to exercise this discretion in the direction of self-restraint? ... This is determined by a number of socio-political factors, including social consensus / support for the standard at issue and the power of the ones who are called to implement the standard".

146 Per legittimazione si intende "a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively" (Franck 1990: 3).

147 Lanovoy 2022: 42.

148 Tzevelekos, Dzehtsisarou 2022: 290, definiscono tale mutamento di approccio come il passaggio dagli 'years of plenty' ai 'lean years'.

alternativamente, come un segnale di crisi o di successo del sistema nel suo complesso e della legittimazione della Corte EDU.

Dalla prospettiva della crisi, esso costituirebbe una reazione a importanti mutamenti sociopolitici. Se in precedenza gli Stati membri sembravano disposti ad accettare il ruolo propulsivo che la Corte di Strasburgo si era attribuita quanto allo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa,¹⁴⁹ diversi fattori hanno progressivamente portato a un clima di forte contestazione nei suoi confronti. Si consideri, in particolare, il cambiamento degli equilibri geopolitici all'interno del Consiglio d'Europa: istituito e inizialmente composto principalmente dagli Stati dell'Europa occidentale, con una forte tradizione di democrazie liberali, a seguito del crollo dei blocchi vi è stato l'accesso degli Stati orientali, aventi tradizioni politiche e giuridiche estremamente eterogenee e regimi post-autoritari, con democrazie deboli e in fase di formazione. Più di recente, in diversi Stati membri vi è stata una regressione verso regimi semi-autoritari o, almeno, democrazie illiberali.¹⁵⁰ Inoltre, le stesse democrazie occidentali reclamano porzioni di sovranità asseritamente lese da una giurisprudenza ritenuta troppo espansiva.¹⁵¹ Nella normalità dei casi, la contestazione del ruolo della Corte EDU si è mantenuta all'interno delle dinamiche del sistema, con le riforme a cui sopra si è accennato (in particolare la Dichiarazione di Brighton e il Protocollo n. 15). Tuttavia, alcuni Stati si sono spinti fino a minacciare di recedere dalla CEDU¹⁵² o di ridurre la portata degli obblighi convenzionali nell'ordinamento interno.¹⁵³ In un tale contesto, la sempre più

149 Tzevelekos, Dzehtsisarou 2022: 289 s.

150 Si pensi alle fortissime resistenze manifestate di recente dalla Corte costituzionale polacca quanto all'attuazione delle sentenze e delle misure cautelari rese dalla Corte EDU in materia di diritto a un tribunale indipendente e imparziale costituito dalla legge (si veda, al riguardo, il comunicato stampa rilasciato dalla Corte europea il 16 febbraio 2023, in materia di *Non-compliance with interim measures in Polish judiciary cases*, che fa riferimento alla sentenza resa dalla Corte costituzionale polacca nel marzo 2023, la quale mette in discussione l'autorità della Corte EDU in questa materia e rifiuta di dare attuazione).

151 Stiansen, Voeten 2020: 771; Spano 2018: 479.

152 Steininger 2022.

153 Primi fra tutti il Regno Unito (Milanovic 2022; Amos 2017). Ma si consideri anche l'insistenza della Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 49 del 14 gennaio 2015, sul "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU", o l'affermazione, da parte della Corte costituzionale federale tedesca sancita nella sentenza *Görgülü* del 14 ottobre 2004, della possibilità di far prevalere i principi della Legge fondamentale tedesca sugli obblighi sanciti nella Convenzione.

marcata deferenza della Corte europea nei confronti delle specificità nazionali e delle scelte democraticamente assunte dalla maggioranza delle società degli Stati membri costituirebbe una 'strategia di sopravvivenza'.¹⁵⁴ ingerendosi in misura ridotta nelle tradizioni nazionali e nelle scelte sovrane, la Corte tenterebbe di evitare che gli Stati escano dal sistema o si rifiutino di dare attuazione alle sentenze, pur senza abdicare al – ed anzi formalmente enfatizzando il – proprio ruolo di supervisione del rispetto degli obblighi assunti con la ratifica della CEDU.

Dalla prospettiva del *successo*, invece, si tende a ritenere l'approccio sempre più deferente della Corte europea sia la naturale e fisiologica conseguenza della forza del sistema europeo di tutela dei diritti umani. In particolare Spano, ex Presidente della Corte EDU, ritiene che tale mutamento sia "both empirically correct and normatively justified" e che "looking to the future, this shift may be beneficial for the Convention system's sustained effectiveness".¹⁵⁵ Egli ipotizza che la Corte sia passata da una fase iniziale di 'creazione' dei principi in materia di tutela dei diritti umani, a una in cui si impegna a garantire che essi siano oggetto di corretta 'applicazione' negli ordinamenti interni.¹⁵⁶ La deferenza avrebbe la funzione di indurre le autorità nazionali ad adempiere alla propria primaria responsabilità di garantire i diritti riconosciuti dalla CEDU, facendo appello alla "buona fede" e alla "capacità strutturale" che gli Stati nel tempo avrebbero manifestato quanto al suo rispetto.¹⁵⁷ Inoltre, tale approccio tenderebbe a promuovere l'attuazione di altri valori fondamentali tutelati dal Consiglio d'Europa e dalla Convenzione, e menzionati nel suo Preambolo, quali lo stato di diritto e la democrazia.

Probabilmente le due osservazioni non si escludono a vicenda e contribuiscono cumulativamente a spiegare la tendenza rilevata. Qualsiasi delle due visioni si adotti, inoltre, la deferenza della Corte europea si fonderebbe sulla necessità di recuperare ovvero sull'intenzione di incrementare la ritenuta capacità strutturale

154 Voetenk 2022; Haratyunyan 2021.

155 Spano 2018: 492; Spano 2014: 487.

156 Spano fa riferimento, a tal fine, al concetto di 'embeddedness effective' di un tribunale internazionale, intesa come capacità dello stesso di "enhance the ability of domestic actors to prevent or remedy violations of international rules «at home»".

157 Spano 2018: 492.

e buona fede delle autorità nazionali nel rispettare e garantire i diritti sanciti nella CEDU.¹⁵⁸ Tali elementi – capacità strutturale e buona fede – potrebbero spiegare le ragioni dei diversi approcci adottati dagli organi istituiti dagli altri sistemi regionali di tutela dei diritti umani,¹⁵⁹ nonché – nonostante non siano stati espressamente presi in considerazione nel presente scritto – da parte dei Comitati istituiti dai trattati sui diritti umani conclusi nell'ambito dell'ONU.¹⁶⁰

L'inflessibilità che ha caratterizzato fin dall'inizio l'attività giurisdizionale della Corte interamericana potrebbe spiegarsi, infatti, sulla base del fatto che essa ha giurisdizione su Stati "with fragile democratic and rule of law traditions".¹⁶¹ Essa, quindi, non ha potuto far affidamento sulla buona fede delle autorità nazionali e sulla capacità strutturale degli ordinamenti interni di garantire i diritti protetti dalla CIADU e ripararne le violazioni.¹⁶² Ed infatti, adotta un approccio stringente non solo con riferimento all'individuazione degli obblighi statali e in relazione alla revisione sul loro adempimento, ma anche nell'indicare in modo particolarmente preciso le modalità con cui gli Stati sono tenuti a riparare le violazioni accertate.¹⁶³ Il mancato sviluppo di un approccio deferente,

158 Shany 2005: 922: "the good faith presumption which comity conveys encourage reciprocal cooperation and coordination between international and national institutions".

159 Shany 2005: 929.

160 McGoldrick 2016: 56 s.

161 Follesdal 2017: 360.

162 Tuttavia, è stato anche osservato che anche la Corte EDU giudica Stati con democrazie fragili e che mostrano scarsa buona fede nel rispetto degli obblighi convenzionali, e che pertanto tale osservazione non dovrebbe opporsi al progressivo recepimento del margine di apprezzamento nella giurisprudenza interamericana, ovviamente adattata al diverso contesto (ivi, p. 371).

163 A differenza della Corte europea, quella interamericana indica in modo dettagliato le misure che gli Stati sono tenuti ad adottare per rispettare i propri obblighi di *restitutio in integrum* in caso di accertate violazioni. Ad esempio, nel caso Corte IADU, "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos and others*) v. *Chile*, Series C n. 73, sentenza del 5 febbraio 2001, la Corte ha di fatto chiesto allo Stato di cambiare la disposizione della propria Costituzione in materia di libertà di espressione (peraltro, si tratta di uno dei pochi casi in cui è stata data piena attuazione alla sentenza). Più di recente, si veda Corte IADU, *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antonio de Jesus and Their Families v. Brazil*, Series C n. 407, sentenza del 15 luglio 2020, par. 257 ss., in cui la Corte ha indicato le misure di riparazione in modo particolarmente specifico, incluse riforme strutturali di portata ampia volte a rimediare alla situazione di 'discriminazione strutturale' dovuta alla povertà della Regione in cui l'incidente oggetto del ricorso si era verificato.

ed anzi l'ulteriore irrigidimento degli standard, potrebbe spiegarsi sulla base del fatto che il sistema interamericano non ha mai raggiunto il grado di effettività e autorità che la controparte europea temerebbe oggi di perdere o tenterebbe di conservare. Si ricordi, infatti, che solo 20 dei 35 Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani hanno accettato la giurisdizione della Corte IADU;¹⁶⁴ inoltre, la percentuale di non esecuzione delle sentenze è estremamente alta¹⁶⁵ e la procedura di monitoraggio in materia è molto meno efficace del meccanismo europeo rimesso alla competenza del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.¹⁶⁶

La Corte IADU, dunque, sembra non avere alcuna fiducia nei confronti degli Stati membri. Questa intransigenza, però, non è a costo zero. Oltre alla scarsa efficacia in termini di esecuzione delle sentenze, gli Stati hanno duramente contestato tale approccio

164 Tra questi, mancano gli Stati del Nord America (Stati Uniti, Canada e Caraibi). Come è noto, invece, la Commissione IADU può ricevere petizioni anche con riferimento a Stati che non hanno accettato la giurisdizione della Corte. Nel 2021, ad esempio, la Commissione ha ricevuto 2327 petizioni, e adottato 183 decisioni (a casi pendenti in quel momento ammontavano a circa 3177).

165 Ad oggi sono pendenti 258 casi davanti all'unità di monitoraggio dell'esecuzione. La procedura di esecuzione può concludersi soltanto qualora la Corte ritenga che sia stata data piena attuazione agli obblighi sanciti nella sentenza, non essendo possibili risoluzioni che sanciscono la *partial compliance*. La completa esecuzione si è verificata esclusivamente in 45 casi (per una percentuale di esecuzione delle sentenze del 14,5%). A titolo di esempio, il numero più alto di sentenze non eseguite riguarda i casi in materia di sparizioni forzate contro il Perù.

166 Ai sensi dell'art. 33 (b) CIADU, infatti, il monitoraggio è realizzato dalla stessa Corte, che nel 2015 ha creato una specifica unità nella propria organizzazione interna. La funzione è formalmente attribuita al Presidente, che decide poi come organizzarla (l'attuale Presidenza ha attribuito a ciascun giudice il compito di monitorare l'attuazione delle sentenze da parte di determinati Stati). Ai sensi dell'artt. 30 dello Statuto e dell'art. 69 del Regolamento di procedura, lo Stato rispetto al quale sia stata riscontrata la violazione è tenuto ad inviare entro un anno un rapporto. La Corte può successivamente organizzare delle udienze allo scopo di ottenere informazioni dalle parti e da terzi (specialmente ONG) sulle misure adottate per dare attuazione alle sentenze, e adotta a tal fine delle raccomandazioni e risoluzioni (che, in alcuni casi, si spingono fino ad includere delle interpretazioni della sentenza e degli obblighi di riparazione che ne sorgono). Ai sensi dell'art. 65 della Convenzione, la Corte può riferire i casi di non esecuzione delle sentenze all'Assemblea generale dell'OAS, affinché prenda le opportune determinazioni. Tuttavia, questa procedura è stata attivata ad oggi esclusivamente in 21 casi, e in nessuno di essi ha portato alla successiva esecuzione della sentenza (in molti di questi, peraltro, si trattava di Stati che hanno successivamente denunciato la Convenzione).

‘attivista’.¹⁶⁷ Peraltro, la Convenzione è stata denunciata nel maggio 1999 da Trinidad e Tobago e nel settembre 2013 dal Venezuela, mentre la Repubblica Dominicana aveva in passato paventato il recesso, poi non effettuato.

Per tali ragioni, non mancano appelli nei confronti della Corte interamericana affinché essa tenti di costruire la propria legittimazione seguendo il modello della deferenza inaugurato dalla Corte europea.¹⁶⁸ Si sostiene, infatti, che essendo in gran parte superati i problemi della transizione da regimi autoritari a sistemi democratici, che non ammettevano il riconoscimento di alcun margine di apprezzamento, la Corte IADU potrebbe spingere verso l’ulteriore democratizzazione degli Stati americani, enfatizzandone la responsabilità ma anche la capacità a tutelare i diritti umani.¹⁶⁹ Tuttavia, come si è visto, per il momento, la Corte non sembra intenzionata a rispondere positivamente a tali appelli.

Da ultimo, l’approccio ancora poco chiaro della Corte africana sembra la manifestazione di una particolare prudenza, che potrebbe verosimilmente fondarsi sulla necessità di prendere in considerazione le pregresse esperienze europea e interamericana. Da un lato, il formale riconoscimento del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento sembra un tentativo di costruire una propria legittimazione, e di guadagnarsi la fiducia degli Stati, cui si suggerisce che possono godere in uno spazio di discrezionalità qualora dimostrino di adempiere in buona fede agli obblighi pattizi. Dall’altro lato, visto che in numerosi Stati tale manifestazione di buoni intenti manca, limitandosi a un formale riconoscimento degli obblighi, la Corte si vede costretta a supplire alle carenze degli ordinamenti interni tramite una revisione stringente.¹⁷⁰ Tuttavia, vista la scarsa giurisprudenza disponibile e il carattere ancora in via di sviluppo della stessa,

167 Ginsburg 1990: 501: “the IACtHR seems to have neglected the need to have a core constituency willing and able to defend it against attacks from governments. By simultaneously challenging what were perceived as core policies of several states at once, including some that had a strong amount of domestic political support, the court seems to have provoked a serious backlash”.

168 Tsereteli 2016.

169 Duhaime 2014: 302.

170 La costruzione delle democrazie in Africa risulta, infatti, un percorso ancora in via di sviluppo, e ciò incide senz’altro sulla protezione dei diritti umani da parte delle istituzioni nazionali (Baimu 2001).

sembra ancora troppo presto per formulare delle chiare previsioni sulla direzione che il sistema prenderà.¹⁷¹

6. Conclusioni

L'analisi svolta mostra un quadro composito, con il margine di apprezzamento che caratterizza in modo marcato la deferenza della Corte europea, il suo espresso rifiuto su cui si fonda l'intransigenza della Corte interamericana, e una posizione intermedia e ancora da chiarire della Corte africana. La comparazione tra i diversi approcci, però, sembra suggerire che il margine di apprezzamento è uno strumento da maneggiare con cura, rispetto al quale gli entrambi gli estremismi possono risultare dannosi.¹⁷²

Si è visto come, da un lato, esso viene utilizzato per prendere in considerazione le tradizioni, i convincimenti, i valori di un determinato popolo. Modulando l'intensità degli obblighi statali alla luce della necessità di avallare e preservare le specificità, culturali, sociali o religiose, degli Stati membri, esso opera nella giurisprudenza della Corte EDU come "a useful tool for the management of legal pluralism".¹⁷³ Non bisogna però dimenticare che l'accentuazione estrema di tale approccio rischia di porsi in contrasto con l'aspirazione universale della lista dei diritti umani.¹⁷⁴ E questo specie laddove si tratti di questioni che rischiano di per-

171 Rachovitsa 2021: par. 31: "The Court has not yet outlined a general framework regarding the discretion accorded to States. It is not easy to discern how the criterion of margin of discretion is applied in the context of the balancing test. One should caution against drawing any definitive conclusions for two main reasons: first, it is premature to do so in light of the early years of the Court's case law and, second, the role and weight of States' margin of discretion in the balancing test are context-specific and they may have different facets depending on the strand of case law under discussion. That being said, the context-specific function of the margin of discretion cannot be a reason or pretext for the Court not to pursue and preserve an overall coherence of its application across the case law".

172 Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], ricorso n. 30814/06, sentenza del 18 marzo 2011, Opinione dissenziente del giudice Malinverni, condivisa dal giudice Kalaydkieva, par. 1.

173 Itzcovich 2013: 295.

174 Benvenisti 1999: 844, secondo cui il margine di apprezzamento "with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of universality of human rights. If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies".

petrare storiche discriminazioni delle maggioranze nei confronti delle minoranze nel nome della tutela della tradizione.¹⁷⁵ In tale contesto, lo scopo di organi internazionali a tutela dei diritti umani è proprio quello di correggere le ingiustizie create dalla tendenza delle società nazionali ad avallare e preservare la prevalenza degli interessi delle maggioranze su quelli delle minoranze.¹⁷⁶ Così, nella giurisprudenza della Corte IADU, si tende a promuovere l'universalismo degli standard a scapito della preservazione del particolarismo.¹⁷⁷ È anche vero, però, che ignorare totalmente la storia e le tradizioni di un popolo rischia di rivelarsi controproducente,¹⁷⁸ in quanto riduce al minimo le possibilità che le statuizioni dell'organo internazionale vengano attuate dal rispettivo Stato. Un approccio intermedio, in passato adottato dalla Corte europea, potrebbe dunque fondarsi sul riconoscimento del fatto che, a prescindere dal riconoscimento di un margine di apprezzamento alle autorità statali, esso risulta necessariamente ristretto quando siano in gioco i diritti di minoranze.¹⁷⁹

Dall'altro lato, il margine di apprezzamento può anche essere utilizzato come strumento di deferenza nei confronti delle scelte democraticamente assunte dalle società nazionali in merito al corretto bilanciamento tra diritti individuali e interessi statali e collettivi. La revisione procedurale sviluppata in ambito europeo è senza dubbio volta a favorire la democratizzazione dei procedimenti legislativi interni.¹⁸⁰

175 Si veda, al riguardo, Corte EDU, *Bayev and others v. Russia*, ricorsi n. 67667/09 e altri, sentenza del 20 giugno 2017, par. 68: "references to traditions or general assumptions in a particular country cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment, any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour".

176 Benvenisti 1999: 847 e 850.

177 Candia Falcón 2022: par. 48; Hennebel 2011: 88.

178 Neuman 2008: 107.

179 Si vedano Corte EDU, *Fedotova v. Russia* [GC], cit., par. 216, e i casi ivi citati: "the Court has repeatedly held that although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position".

180 Si ritiene che una decisione con una forte legittimazione democratica o adottata a seguito di un'ampia partecipazione pubblica sia maggiormente giustificata e, quindi, implichi un ampio margine di apprezzamento. Si veda Legg 2012: 96:

Tuttavia, non può non rilevarsi come “the very function of human rights is to counter-balance majority decisions: [t]his cannot be done by reviewing the procedure only”.¹⁸¹ Il problema, da più parti sottolineato, è che non è detto che l’adeguatezza di una procedura decisionale garantisca la correttezza della decisione e che, anzi, “great injustice has been perpetrated throughout human history on the basis of seemingly correct procedures”.¹⁸²

Inoltre, soffermandosi sull’adeguatezza del processo decisionale e sulle ragioni astratte poste a giustificazione di una misura, tale approccio tende a omettere del tutto l’analisi dell’impatto sull’individuo che presenta il ricorso, con ciò ponendosi in contrasto con il principio secondo cui la Corte giudica sull’interferenza sul godimento del diritto nel caso di specie e non sulla compatibilità astratta di norme di legge con la CEDU: è ben possibile, infatti, che alla luce delle circostanze del caso concreto l’applicazione di una misura fondata su una legge pur ben congegnata e adeguatamente giustificata risulti sproporzionata.¹⁸³ Se quindi, da un lato, il margine di apprezzamento promuove lo sviluppo della democrazia, non bisogna dimenticare che “international human rights bodies serve an important role in correcting some of the systemic deficiencies of democracy”.¹⁸⁴

“Where the democratic process works well, or at least ordinarily, there are sound reasons to give a margin of appreciation to the decision-makers on that basis”.

181 Nussberger 2017: 167; Zysset 2021: 228: “a majoritarian approach to the democratic process cannot simply be presumed to have respected the right to justification of its subjects”.

182 Corte EDU, *H.F. and others v. France* [GC], ricorsi n. 24384/19 e 44234/20, sentenza del 14 settembre 2022, Opinione concorrente dei giudici Pavli e Schembri Orland, par. 2.

183 Corte EDU, *Garib v. the Netherlands* [GC], ricorso n. 43494/09, sentenza del 6 novembre 2017, Opinione dissenziente del giudice Küris, par. 2: “As a matter of principle, general measures (i.e. public policy) may be alright («legitimate») as such, but this does not mean that *each and every* application of these measures can be justified by virtue of the overall justification for the policy in general. The application, to a particular individual, of even a seemingly «very good» law does not mean that *that person's* right under the Convention will not actually be violated”. Si vedano anche le Opinioni dissenzienti dei giudici Pinto de Albuquerque (sull’assenza di necessità e proporzionalità nel caso concreto, ai parr. 15 ss.), e dei giudici Tsotsoria e De Gaetano (secondo cui l’analisi dell’adeguatezza del procedimento legislativo dovrebbe essere uno dei fattori da prendere in considerazione nell’esaminare l’impatto di una misura nel caso concreto, e non l’unico e decisivo).

184 Benvenisti 1999: 847.

All'estremo opposto, però, si pone la Corte interamericana, che non attribuisce alcuna rilevanza al fatto che una norma sia stata adottata secondo un procedimento democratico e largamente partecipativo.

Al riguardo, è stato sottolineato come “if a piece of legislation enjoyed certain democratic legitimacy, that law could not be treated equally as a law passed by a dictatorship”.¹⁸⁵ Mostrando una maggiore deferenza nei confronti degli Stati che dimostrano di adempiere in buona fede ai propri obblighi convenzionali, anche la Corte interamericana potrebbe cercare di favorire il maggiore sviluppo delle democrazie interne, senza perdere di vista il proprio ruolo di monitorare che le decisioni assunte dalle stesse siano compatibili con i propri obblighi internazionali. In questo senso, se l'approccio europeo della revisione semi-procedurale sembra particolarmente adeguato – in quanto determina l'intensità dello scrutinio del giudice internazionale alla luce dell'adeguatezza del processo decisionale interno – sembra che la revisione procedurale pura rischi di perdere di vista lo scopo ultimo del meccanismo internazionale di protezione, che è quello di garantire diritti pratici e concreti, e non teorici ed illusori. Anche su tale punto, quindi, un approccio intermedio sembra poter garantire adeguatamente due interessi altrettanto rilevanti: tutelare i diritti del concreto individuo che presenta il ricorso, preservando al contempo un margine di discrezionalità da riconoscere alle autorità interne che dimostrino di adempiere, in buona fede, ai propri obblighi.

In tale contesto, sembra che la Corte africana stia cautamente cercando di fare tesoro delle esperienze che l'hanno preceduta e di costruire quell'approccio moderato che in questa sede intendiamo sostenere.

Alla luce di quanto detto, può dirsi che la Corte europea e quella interamericana potrebbero apprendere l'una dall'altra, e così correggere gli estremismi che al momento caratterizzano la propria giurisprudenza.

¹⁸⁵ Gargarella 2013: 8. Per un riassunto delle critiche al 'controllo di convenzionalità' interamericano, ritenuto eccessivamente lesivo della democrazia, si veda Burgogue-Larsen 2018: 61-65.

Bibliografia

- Amos 2017: Amos M., *The Value of the European Convention on Human Rights to the United Kingdom*, in Eur. J. Int. Law 28, 2017, 763-785.
- Arai-Takahashi 2002: Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford 2002.
- Arnadóttir 2017: Arnadóttir O.M., *The 'Procedural Turn' under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance*, in Int. J. Const. Law 15, 2017, 9-35.
- Arnadóttir 2018: Arnadóttir O.M., *The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights*, in J. Int. Disput. Settl. 9, 2018, 223-239.
- Baimu 2001: Baimu E., *The African Union: Hope for Better Protection of Human Rights in Africa?*, in AHRLJ 1, 2001, 229-314.
- Bellamy 2014: Bellamy E., *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*, in Eur. J. Int. Law 25, 2014, 1019-1042.
- Benvenisti 1999: Benvenisti E., *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 31, 1999, 843-854.
- Burgorgue-Larsen 2018: Burgorgue-Larsen L., *Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2018.
- Burgorgue-Larsen 2020: Burgorgue-Larsen L., *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Paris 2020.
- Cançado Trindade 2008: Cançado Trindade A.A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Mexico City 2008.
- Candia Falcón 2022: Candia Falcón G., *Standard of Review: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2022.

- Dothan 2018: Dothan S., *Margin of Appreciation and Democracy: Human Rights and Deference to Political Bodies*, in J. Int. Disput. Settl. 9, 2018, 145-153.
- Duhaime 2014: Duhaime B., *Subsidiarity in the Americas. What Room is There for Deference in the Inter-American System?*, in Gruszczynski L., Werner W. (a cura di), *Deference in International Courts and Tribunals*, Oxford 2014, 289-316.
- Farer 1997: Farer T., *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, in HRQ 19, 1997, 510-546.
- Follesdal 2017: Follesdal A., *Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights*, in Int. J. Const. Law 15, 2017, 359-371.
- Franck 1990: Franck T.M., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford 1990.
- Gargarella 2013: Gargarella R., *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*, in SELA Papers Yale Law School, 2013, 1-22.
- Gerards 2012: Gerards J., *The Prism of Fundamental Rights*, in Eu-Const 8, 2012, 173-202.
- Gerards 2014: Gerards J., *The European Court of Human Rights and the National Courts: Given Shape to the Notion of 'Shared Responsibility'*, in Gerards J., Fleuren J.W.A. (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of Judgments of the ECtHR in National Case-Law. A Comparative Analysis*, Antwerp 2014, 13-93.
- Gerards 2017: Gerards J., *Procedural Review by the ECtHR – A Typology*, in Brems E., Gerards J. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights*, Cambridge 2017, 127-160.
- Ginsburg 2014: Ginsburg T., *Political Constraints on International Courts*, in Romano C.P.R. (a cura di), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford 2014, 483-502.
- Haratyunyan 2021: Haratyunyan A., *The Future of the European Court of Human Rights in the Era of Radical Democracy*, in ECHR 2, 2021, 20-26.
- Hennebel 2011: Hennebel L., *The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism*, in Quebec Journal of International Law, edizione speciale, 2011, 57-97.

- Itzcovich 2013: Itzcovich G., *One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciation: The Lautsi Case*, in HRLR 13, 2013, 287-308.
- Kleinlein 2019: Kleinlein T., *The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution*, in International and Comparative Law Journal 68, 2019, 91-110.
- Lanovoy 2022: Lanovoy V., *Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, in Kajtár G. et al. (a cura di), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law*, Oxford 2022, 42-64.
- Legg 2012: Legg A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford 2012.
- Lixinski 2019a: Lixinski L., *Balancing Test: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2019, 1-18.
- Lixinski 2019b: Lixinski L., *The Inter-American Court of Human Rights' Tentative Search for Latin American Consensus*, in Kapotas P., Tzevelekos V. (a cura di), *Building Consensus on European Consensus*, Cambridge 2019, 337-363.
- Madsen 2018: Madsen M.R., *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, in J. Int. Disput. Settl. 9, 2018, 199-222.
- Maravcsik 2000: Maravcsik A., *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in International Organisations 54, 2000, 217-252.
- McGoldrick 2016: McGoldrick D., *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, in ICLQ 65, 2016, 21-60.
- Milanovic 2022: Milanovic M., *The Sad and Cynical Spectacle of the British Bill of Rights*, in EJIL Talk!, 2022.
- Mujuzi 2017: Mujuzi J.D., *The African Court of Human and Peoples' Rights and Its Protection of the Right to a Fair Trial*, in Law Pract. Int. 16, 2017, 187-223.

- Neuman 2008: Neuman G.L., *Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in Eur. J. Int. Law 19, 2008, 107-123.
- Nussberger 2017: Nussberger A., *Procedural Review by the ECHR: View from the Court*, in Gerards J., Brems E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge 2017, 161-176.
- Rachovitsa 2021: Rachovitsa A., *Balancing Test: African Court of Human Rights (ACtHPR)*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2021, 1-26.
- Rivers 2005: Rivers J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in CLJ 65, 2006, 174-207.
- Shany 2005: Shany Y., *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in Eur. J. Int. Law 16, 2005, 907-940.
- Shirlow 2021: Shirlow E., *Deference*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2021, 1-23.
- Spano 2014: Spano R., *Universality of Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in HRLR 14, 2014, 487-502.
- Spano 2018: Spano R., *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in HRLR 18, 2018, 473-494.
- Spielmann 2014: Spielmann D., *Whither Margin of Appreciation*, in Curr. Leg. Probl. 64, 2014, 49-65.
- Steininger 2022: Steininger S., *Harder, Better, Faster, Stronger*, in Verfassungsblog 2022.
- Stiansen, Voeten 2020: Stiansen O., Voeten E., *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*, in ISQ 64, 2020, 770-784.
- Stone Sweet, Mathews 2019: Stone Sweet A., Mathews J., *Proportionality Balancing & Global Governance. A Comparative & Global Approach*, Oxford 2019.
- Šušnjar 2010: Šušnjar D., *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Oxford 2010.

- Tsereteli 2016: Tsereteli N., *Emerging Doctrine of Deference of the Inter-American Court of Human Rights?*, in Int. J. Hum. Rights 20, 2016, 1097-1112.
- Tzevelekos, Dzehtsisarou 2022: Tzevelekos A.P., Dzehtsisarou K., *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, in ECLR 3, 2022, 285-292.
- Voetenk 2022: Voetenk E., *The ECtHR's Coping Strategy: The Pitfalls of Subsidiarity and Deference as Strategies to Avoid Backlash*, in Verfassungsblog 2022.
- von Bogdandy, Venzke 2012: von Bogdandy A., Venzke Y., *In Whose Name? An Investigation of International Court's public Authority and Its Democratic Justification*, in Eur. J. Int. Law 23, 2012, 7-41.
- Zarbiyev 2018: Zarbiyev F., *Judicial Activism*, in Ruiz-Fabri H. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford 2018.
- Zysset 2021: Zysset A., *A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights*, in Schiedermaier S. et al. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Baden-Baden 2022, 215-232.