



HISTORY  
LAW &  
LEGAL  
HISTORY

# HUMAN RIGHTS RELOADED

edited by  
Mario Varvaro



PALERMO  
UNIVERSITY  
PRESS







---

# **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 Quattrococo (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](mailto: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](http://www.newdigitalfrontiers.com)

## TABLE OF CONTENTS

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





Supported by



# HUMAN RIGHTS RELOADED IN PALERMO

MARIO VARVARO  
University of Palermo\*

In organising the Summer School on the 30th anniversary of the International Doctorate in Human Rights at the University of Palermo, it was natural to consider a general reflection on the study of human rights.

In particular, we wanted to reflect on its history, current horizons, and future prospects. The aim was to outline a constantly evolving framework for presenting the problematic nodes at the intersections between law and ethics that can be identified in all fields of positive law.

Today, several voices complain that while equality is recognised at the formal level, it has yet to be matched by equality at the substantive level. On the other hand, the accentuation of inequalities in access to shared resources on a planet where the climate is changing at an alarming rate and the resurgence of armed conflicts in the heart of the European continent undermine confidence in the future. These factors, along with other concerning issues, aggravate the crisis of the concept of human rights itself.

The 'Age of Rights', as discussed by Norberto Bobbio, seems to have entered a crisis that compels us to not only expand our perspective and reconsider the foundations of human rights in a new light but also to constantly redefine their limits and reassess all their implications, while resisting the temptations of empty rhetoric.

From this perspective, the title of the Summer School was intended to provoke contemplation within a framework that includes a critical rethinking not only of civil and political rights or social, economic, and cultural rights but also of the collective rights of society. Specifically, it aims to address the role of *societas iuris* in adopting a globally responsible approach towards future generations.

\* Coordinator of the Didactic Commission of the PhD in Human Rights: Evolution, Protection and Limits.

Within this unified framework, we provided an overview that, while not exhaustive, will at least give PhD students an idea of the various aspects of a field that they must continuously explore.

“Human Rights Reloaded”. In other words, human rights indeed need to be rethought, not only as the rights of the men and women of today but also as the rights of future generations, extending indefinitely to their children, grandchildren, and great-grandchildren. They must be reformulated and redesigned to become the rights of humanity conceived from a global perspective, including consideration for the environment (and, more generally, the Earth) that must accommodate them.

The Summer School, held in Palermo from June 19th to June 23rd 2023, took place in the lecture hall of the Law Department dedicated to Bruno Celano. Luigi Ferrajoli inaugurated the event with a paper titled “Global Constitutionalism and Human Rights”. It is not a coincidence that Giulia Sajeva focused her reflections on “Human Rights in the Anthropocene”, Emanuela Fronza on “War and International Criminal Justice”, and Pasquale De Sena addressed the problem of the crisis or development of human rights from the perspective of international law (“Human Rights Crisis or Development? The point of view of an international lawyer”).

The reflection on the rights inherent to man as such has its origins in ancient Roman law and continues to influence modern legal thinking. Like a *motus perpetuus*, this ongoing process involves adapting legal questions to which lawyers are called upon to respond. This was emphasised by Iole Fagnoli, who spoke on “The Law Born with Us. The Legacy of the Roman Legal Tradition”. Aldo Schiavello’s paper “Rethinking Human Rights” also highlights the need to reformulate questions and answers.

There were numerous discussions on traditional topics, including Vittorio Manes’ analysis of the principle of legality in the European Court of Human Rights (“The Principle of Legality in the ECHR”) and Hilde Farthofer’s examination of the prohibition of torture in Germany, focusing on the well-known Gäfgen case (“The Human Right Not to Be Subjected to Torture in Germany”). Guido Corso spoke on “Social Rights as Human Rights”, Giovanni Bisogni on Carlos Santiago Nino’s approach to human rights and judicial review, and Paola Maggio on “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights”.

Paola Maggio and Nicolò Iannello provided an overview of the results of SERENY, a two-year research project aimed at strengthening the prevention of youth radicalisation in prison and probation settings.

The final section of the Summer School focused on the jurisprudence of human rights courts. “The Three Regional Human Rights Courts and the Majority Will of Democratic Societies” was Laurence Burgorgue-Larsen’s topic. The floor was then given to two European Court of Human Rights judges. Lorraine Schembri Orland, a Maltese judge, spoke on “The Rule of Law – A Cornerstone of the European Convention on Human Rights”; Raffaele Sabato, appointed by Italy, spoke on “Mental Health and Human Rights”. Elena Baroni, Senior Lawyer at the European Court of Human Rights, concluded the Summer School by presenting a paper on “Family and Child Law: The Case Law of the European Court of Human Rights”.

The lines drawn by the reports have only indicated questions to be addressed or possible directions to be taken in a much broader field. This is the same field in which even the youngest academics are called upon to plant the seeds of their research activity.

From this perspective, we wanted to provide PhD students in Human Rights at the University of Palermo the chance to comment on some of the papers from the Summer School, refer to their content, or delve deeper into their reflections.

This volume, therefore, brings together the writings of these young scholars. They follow the same order as the papers upon which they are based.

Federica D’Amore’s contribution revisits Luigi Ferrajoli’s paper. Enrica Cibella returns to the principle of legality in criminal matters within the European Convention on Human Rights system, as discussed by Vittorio Manes. Martina Sardo reflects on the analysis of the results of the SERENY project, while Manfredi Matassa, inspired by Guido Corso, raises the question of whether social rights can be considered fundamental rights. Following Emanuela Fronza’s intervention, Francesca Sironi De Gregorio examines the inclusion of the ‘new’ crime of ecocide in the Rome Statute. Laura Calandriello reflects on Paola Maggio’s analysis of the challenges of implementing European Court of Human Rights judgements. Giorgia Pane, in turn, discusses the

arguments put forward by Pasquale De Sena. Paolo Capriati reflects critically on Aldo Schiavello's speech. Katharina Stübinger addresses the issue of the prohibition of torture in Germany, as discussed by Hilde Farthofer. The volume concludes with contributions by Lorenzo Acconciamesa, who elaborates on the ideas of Laurence Burgorgue-Larsen, and Giada Cascio, who examines the theme raised by Elena Baroni.

# COSTITUZIONALISMO GLOBALE E DIRITTI UMANI

FEDERICA D'AMORE

Università degli Studi di Palermo

**Abstract:** This paper aims to analyse the long and debated path of constitutionalism. The global challenges to which we are called to respond today have made it clear that certain institutions for guaranteeing and protecting fundamental rights cannot fully carry out their task. We will therefore try, starting from Ferrajoli's thesis, to examine the possible implications of globalization on constitutionalism, highlighting the new role that both the jurist, politics and institutions will have to fulfil.

**Parole chiave:** Costituzionalismo; globalizzazione; diritti fondamentali; ambiente.

## 1. Introduzione

Nell'analisi del lungo e complesso percorso dei diritti umani – dalla loro iniziale enunciazione e poi positivizzazione all'interno delle prime dichiarazioni, fino alla tappa decisiva che è stata la loro formulazione all'interno di Costituzioni rigide – Ferrajoli muove dalla considerazione che la formulazione dei diritti umani all'interno delle Carte Costituzionali nazionali non è stata quasi mai accompagnata dalla predisposizione di adeguate garanzie, comportando quindi una vera e propria crisi dei diritti umani, tanto declamati quanto violati. Se in passato tanto la politica quanto l'economia erano fenomeni di rilievo locale, oggi vi è stato uno stravolgimento dell'assetto politico-economico. L'economia è globalizzata, la politica, invece, è ancorata a dinamiche locali.

Il percorso storico del costituzionalismo può essere definito quindi come un progressivo ampliamento dei diritti fondamentali e dei principi di giustizia. Questo ampliamento in senso estensionale<sup>1</sup> ha comportato una vera e propria crescita dei diritti di libertà e dei diritti politici e sociali, i quali, cristallizzati nel tempo

1 Tali principi erano già stati formulati da carte internazionali. Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Dopo questa solenne deliberazione, l'Assemblea delle Nazioni Unite diede istruzioni al Segretario Generale di provvedere a diffondere ampiamente questa Dichiarazione e, a tal fine, di pubblicarne e distribuirne il testo non soltanto nelle cinque lingue ufficiali dell'Organizzazione internazionale, ma anche in quante altre lingue fosse possibile. Tale dichiarazione si pone, dunque, a fondamento del nuovo ordine internazionale. Nella Dichiarazione universale viene attribuita pari importanza, dignità e protezione sia ai diritti economici, sociali e culturali, sia ai diritti civili e alle libertà politiche.

all'interno delle Costituzioni più avanzate, hanno subito un rafforzamento della capacità e della loro forza vincolante.

Fino alla metà del secolo scorso tale percorso poteva essere diviso in due storie parallele: da un lato un percorso di riduzione della sovranità interna conseguente ad uno sviluppo delle democrazie, dall'altro un percorso di negazione, in cui grazie alla formazione dello Stato di diritto vi è stata una vera e propria crescita ed intensificazione della tutela dei diritti accompagnata dalla liberazione degli ordinamenti statali dai limiti e vincoli esterni alla sovranità interna.

Nelle prime formulazioni dei padri internazionali la comunità globale era raffigurata come un insieme di *res publicae* sottoposte al *ius gentium*, sia pure allora con una posizione di privilegio riservata agli ordinamenti occidentali, identificati come i più civili. Con il consolidarsi dello Stato nazionale moderno, questo limite giusnaturalistico si attenua, la società internazionale si configura come una società dallo stato di natura, così come formulata da Hobbes.<sup>2</sup> Si tratta quindi di due percorsi in forza dei quali si è sviluppata una duplice opposizione da un lato, tra lo stato civile dei paesi avanzati, europei, nei confronti degli stati incivili e selvaggi, destinati ad essere colonizzati dalla missione di evangelizzazione e di civilizzazione, e per altro verso opposizione dello stato civile e sovrano, sul piano del diritto internazionale, alla comunità selvaggia, con la quale si ritenevano possibili soltanto rapporti di carattere pattizio bilaterale ed ovviamente rapporti di guerra.

L'epilogo di questa vicenda sono state le due guerre mondiali del secolo scorso; l'assoluta sovranità esterna degli Stati, che non riconosce limiti e vincoli, ha prodotto il conflitto mondiale, che ha sostanzialmente mutato l'assetto della convivenza internazionale. A seguito di queste tragedie vi è stato però un momento in cui l'umanità ha preso coscienza di sé ed ha pensato di rifondare il diritto, le relazioni internazionali e le democrazie, sulla base di una riconsiderazione del costituzionalismo.<sup>3</sup>

Sono state inventate, difatti, le Costituzioni rigide, come per esempio quella italiana e quella tedesca. Si è reso chiaro come il consenso maggioritario, di cui pure avevano goduto il nazismo ed il fascismo, non garantisse la sopravvivenza della democrazia e per tale ragione si è reso necessario stabilire stratagemmi nor-

2 Hobbes 1651.

3 Ferrajoli 2022: 19-25.



mativi tali da preservare i diritti e libertà. Insieme con la rigidità delle Costituzioni si è stabilito il principio secondo cui esiste una sfera del non decidibile, come quella relativa ai diritti di libertà, ed una sfera opposta, in cui la maggioranza può e deve decidere, attinente alla sfera dei diritti sociali.<sup>4</sup> Se cambia, quindi, la natura del diritto e cambia anche la natura della democrazia, che non è più semplicemente l'insieme di regole formali sul 'chi' e sul 'come',<sup>5</sup> vengono introdotti limiti e vincoli di carattere sostanziale che hanno anche a che fare con il che cosa non è lecito decidere e con il che cosa è lecito decidere.

Grazie alle Costituzioni si è stabilita una divaricazione deontica tra il dover essere costituzionale del diritto ed il suo essere positivo, che conferisce un ruolo critico alla scienza del diritto ed anche un ruolo processuale, nella consapevolezza che le Costituzioni hanno disegnato un'utopia positiva che non sarà mai perfettamente realizzata.<sup>6</sup> In ogni caso si è fissato un orizzonte normativo che è compito della legislazione attuare e rispettare.

La grande innovazione apportata dalle Costituzioni rigide del secondo dopoguerra si è risolta in un cambiamento della natura della scienza giuridica: essa non può essere più soltanto descrittiva, ma deve essere anche critica nei confronti del diritto invalido. Si tratta di un vero e proprio mutamento, sia della natura della democrazia, che non è più soltanto la democrazia politica ma che assume dimensioni sostanziali, liberali e sociali, sia della giurisdizione, che non è più soltanto soggezione alle leggi quali che siano, ma soggezione alle leggi solo se costituzionalmente valide.

Tale assunto comporta due conseguenze fondamentali: da un lato il dovere di interpretare le norme alla luce della Costituzione e dall'altro un dovere di sollevare questione di incostituzionalità ogni qualvolta si ravvisi che una qualunque interpretazione non sia sufficiente a rendere compatibili le norme con il testo costituzionale.

È accaduto però che nel momento in cui lo Stato nazionale ha raggiunto, per così dire, il suo perfezionamento normativo, allo stesso tempo si sono prodotti un processo di trasferimento dei poteri che contano fuori dai confini nazionali e un processo di

4 Ferrajoli 2003: 199-213.

5 Kelsen 1989.

6 Ferrajoli 2007: 88 s.

sviluppo di sovranità invisibili e impersonali, che sono gli attuali mercati.<sup>7</sup>

Si è verificato quindi un capovolgimento del rapporto tra politica ed economia: non è più la politica che governa l'economia, ma è l'economia che governa la politica a causa dell'asimmetria tra il carattere globale dei mercati e dei grandi poteri economici e finanziari, che non hanno una sfera pubblica alla loro altezza, ed il carattere locale della politica e del diritto.

In periodi di radicali trasformazioni, come quelle attuali, al giurista è affidato quindi un compito alquanto arduo: rivedere alcuni istituti fondamentali riguardanti tanto lo Stato, quanto, più in generale, gli ordinamenti giuridici. Compito, questo, forse fin troppo complesso quando ci si propone di analizzare gli effetti della globalizzazione sul costituzionalismo. Vi è, difatti, il rischio che nuovi modi di interrelazione tra Stati e istituzioni e le sempre più innovative interdipendenze economiche colgano impreparati i giuristi costretti ad indagare "un territorio sconosciuto con l'aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti".<sup>8</sup>

Non sarebbe però corretto affermare che la dottrina non abbia ancora percepito tali nuove sfide. Sempre più spesso, infatti, l'attenzione è focalizzata sulle interrelazioni tra i sistemi istituzionali e i mutamenti ordinamentali della globalizzazione, così da poter dare un'impronta in senso costituzionale al nuovo 'ordinamento' globale.<sup>9</sup>

## **2. Le nuove sfide globali**

Per Ferrajoli la politica di oggi è interessata principalmente al consenso ed ai problemi contingenti ed è, quindi, assolutamente indifferente ai grandi problemi globali.

Sembrerebbe corretto affermare, dunque, che il presentismo da cui è affetta la politica odierna derivi da un'impossibilità per i singoli Stati di dare attuazione a quei diritti che sono stati stabiliti sia a livello internazionale, sia all'interno dei singoli ordinamenti. L'asimmetria tra il carattere globale dell'economia ed il carattere locale della politica e del diritto si manifesta, difatti, in questa in-

7 Ferrajoli 2011: 7.

8 Benhabib 2006: 5.

9 D'Ignazio 2013: 423-431.

versione in forza della quale non sono più gli Stati che mettono in concorrenza le imprese ma sono le grandi imprese che mettono in concorrenza gli Stati.<sup>10</sup>

Ferrajoli osserva, dunque, come tale assetto sociale abbia dato il via al manifestarsi di sfide mondiali, quali ad esempio le guerre ed il riscaldamento globale,<sup>11</sup> che gli Stati nazionali non sono in grado di fronteggiare unitariamente. È in atto una guerra in cui nulla può giustificare l'aggressione della Russia all'Ucraina ed in cui tuttavia si potrebbe rinvenire una responsabilità dell'Occidente nel non aver fatto nulla per prevenirla e per impedirla. Gli Stati adottano la filosofia della leggerezza e dell'improbabilità, ma cosa vuol dire improbabile? Che si mette in conto una pur lontana possibilità di realizzazione degli eventi.

Una seconda sfida globale è quella del riscaldamento climatico. Ogni anno si immette nell'atmosfera più gas serra dell'anno precedente ed in questa maniera è inevitabile che parti crescenti del pianeta divengano inabitabili. Sono stati inquinati i mari, i fiumi, distrutte le foreste, si sta generando una depauperazione del mondo del quale l'umanità fa parte, senza essere pienamente consapevoli del nesso che lega la salute dell'umanità alla salute del pianeta.<sup>12</sup> Occorre essere consapevoli che quella dell'umanità sulla terra è una presenza effimera. Vi è il pericolo di un suicidio di massa dovuto all'irrazionalità, all'incoscienza atomica e all'incoscienza ecologica.

10 Ferrajoli evidenzia come per reggere questa concorrenza al ribasso si sia prodotta una progressiva distruzione del diritto del lavoro dei Paesi avanzati. Il diritto del lavoro oggi non è comparabile con quello degli anni sessanta del secolo scorso, nel quale vi erano garanzie prodotte da un secolo e più di lotte che avevano realizzato una serie di contropoteri e poteri nei confronti dei poteri patronali. Oggi la precarietà è diventata la regola ed è stata distrutta insieme alla stabilità dei posti di lavoro quell'uguaglianza e quella soggettività che sono alla base della soggettività politica di quello che una volta si chiamava movimento operaio. Ad oggi non esiste più un movimento operaio basato sull'uguaglianza, ma esistono rapporti di carattere individuale e personale tra lavoratori e datori di lavoro. In questa concorrenza al ribasso si è determinata una disgregazione della soggettività operaia, una disgregazione di questa oggettività collettiva che aveva fornito le basi sociali.

11 La comunità scientifica, utilizzando modelli sempre più precisi, descrive da decenni come il clima della Terra stia cambiando in modo allarmante e come le attività umane siano responsabili di questi cambiamenti, a partire dall'uso massiccio di combustibili fossili. Oggi sono in atto mutamenti del clima del pianeta. Ci troviamo, difatti, di fronte ad eventi climatici sempre più estremi e frequenti.

12 Ferrajoli 2022: 92-94.

Sembrerebbe che soprattutto i Paesi più ricchi non si rendano conto di questi fenomeni, probabilmente perché non sono particolarmente avvertiti, se si riflette bene sul punto è possibile notare come il cambiamento climatico, per coloro che vivono nei Paesi più avvantaggiati del mondo, abbia comportato solo un cambio di alcune abitudini come adattare i termostati, i condizionatori d'aria, i termosifoni; ma ciò che sta succedendo, nella realtà ha conseguenze ben più gravi, pesa già sulle popolazioni povere.

Oggi tutto il mondo è interconnesso, tutti possono vedere le disparità e le disuguaglianze causate da spensierati tenori di vita, popolazioni che muoiono per fame e per malattie non curate. Appare difficile, dunque, continuare a declamare l'uguaglianza, i diritti alla persona, i diritti umani quando questi e le loro garanzie riguardano sempre meno persone.

Occorre evidenziare come, secondo alcuni, il termine 'Costituzione' sia unicamente descrittivo, nel senso che le Costituzioni, potrebbero non prevedere elementi volti alla tutela dei diritti fondamentali. Tale definizione, però, non si sposa con il concetto di costituzionalismo.<sup>13</sup> Quest'ultimo è stato definito nel corso della storia come "scienza della fondazione e scienza della limitazione del potere legittimo".

Lo sguardo non può che essere rivolto in questa direzione,<sup>14</sup> ossia verso il recupero del modello dell'art. 16 della Dichiarazione francese del 1789, fondamentalmente orientato alla limitazione del potere politico e alla garanzia dei diritti fondamentali. Pensare dunque che ad oggi non vi siano strumenti volti alla garanzia dei diritti umani non sembrerebbe del tutto corretto, e si correrebbe il rischio di perdere di vista la vera natura del costituzionalismo.<sup>15</sup>

La garanzia della libertà dell'individuo: questo è lo scopo principale del costituzionalismo. Attraverso la sottomissione del potere politico alla legge, infatti, esso mira a garantire ai cittadini l'esercizio dei diritti individuali, ponendo lo Stato in condizione di non poterli violare.

Le nuove dinamiche tra politica ed economia, ormai influenzate dal fenomeno della globalizzazione, non comportano necessariamente una minore garanzia dei diritti fondamentali, ma più ragionevolmente permetterebbero il superamento delle barriere

13 Pace 2003: 887-906.

14 Azzariti 2013: 110.

15 Latouche 1989: 11.

spazio-temporali che impediscono una conoscibilità immediata dei vari fenomeni politici ed economici attraverso una ridefinizione dei rapporti tra il potere pubblico dello Stato e quello economico dei mercati, con conseguenze piuttosto significative circa un necessario ripensamento delle categorie giuridiche, senza però che ciò debba determinare il venir meno di precisi istituti volti a garantire i diritti fondamentali.

È vero: oggi vi sono sfide globali che nessuno Stato è in grado di fronteggiare da solo. Nessuno Stato aprirà le frontiere se non lo faranno gli altri. Nessuno Stato, nessun governo, anche il più potente, è in grado di fronteggiare la disuguaglianza e tanto meno il riscaldamento globale da singolo, nessuno stato disarmerà unilateralmente se non lo faranno tutti gli altri.<sup>16</sup> Ma il costituzionalismo globale ha creato delle nuove dinamiche non più governate da regole determinate da un'autorità politica superiore, ma direttamente riconducibili alle condotte dei nuovi soggetti globali.

Oggi, secondo Ferrajoli, ci troveremmo invece ad un punto della storia dei diritti umani e del costituzionalismo, che rischia di essere di non ritorno, perché un'altra novità dello stato di natura, in cui oggi vivono gli Stati sovrani ed i mercati globali, è che, diversamente dai tempi di Hobbes, i lupi sono divenuti artificiali, non più naturali, quali erano gli esseri umani: essi sono gli Stati sovrani dotati di armamenti nucleari ed i mercati globali che possono distruggere la natura con lo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile.

Gli Stati sovrani oggi sono dotati di una potenza distruttiva non paragonabile alla forza distruttiva dell'*homo homini lupus* dei tempi di Hobbes. La prima questione che occorre porsi è riguardo la natura di queste nuove sfide che si aggiungono alle violazioni dei diritti umani ed al riscaldamento climatico.

### **3. Costituzionalismo e crimini di sistema**

Come si è visto la società moderna si trova innanzi a sfide globali che non possono essere fronteggiate con strumenti semplici. Per Ferrajoli il riscaldamento globale sarebbe il prodotto del comportamento di milioni e miliardi di persone e come persino le guerre

avengono sulla base di leggi non assistite da nessuna garanzia.<sup>17</sup> Si osserva, dunque, una sempre maggiore crescita delle disuguaglianze dovuta all'assenza delle garanzie dei diritti proclamati a livello internazionale. Questi fenomeni non hanno i cosiddetti caratteri del diritto penale perché non sono fattispecie che possono essere attribuite alla responsabilità dei singoli, ma che tuttavia non rientrano neppure nella categoria dei fenomeni naturali; occorre dunque riconoscere una subalternità della criminologia, della scienza giuridica e del dibattito del diritto penale, in forza del quale tutto ciò che non è proibito dal diritto penale è lecito, è permesso e perfino giusto.<sup>18</sup>

Ferrajoli evidenzia, dunque, come oggi si sia prodotto un appiattimento del giudizio giuridico ma anche del giudizio morale e politico sul diritto penale,<sup>19</sup> per cui è necessario liberarsi da una subalternità del diritto penale al fine di generare un allargamento della categoria del crimine; i problemi a cui oggi assistiamo non sono crimini classicamente trattati dal diritto penale, ma, così come chiamati da Ferrajoli, essi sono crimini di sistema<sup>20</sup> che comportano responsabilità politiche per l'intera umanità.<sup>21</sup>

In linea di principio, tali crimini, potrebbero essere vietati con idonee garanzie, attraverso l'imposizione di limiti e vincoli, come è proprio del paradigma costituzionale, ai poteri degli Stati sovrani e dei mercati globali. Tali fenomeni, però, sono oggi considerati come inevitabili, non attribuibili alla responsabilità di nessuno.<sup>22</sup> Ma è davvero così? Secondo l'ipotesi realistica per la quale non ci sarebbero alternative a quello che di fatto accade, è chiaro che i problemi locali possono essere affrontati solo con risposte locali. Tuttavia, diversamente dai tempi di Hobbes e Kant, che formulavano le loro ipotesi sostanzialmente in termini di diritto naturale, oggi disponiamo di tecniche e categorie, forniteci dal paradigma costituzionale e dal positivismo giuridico, che hanno positivizzato non solo i diritti, ma anche il diritto in generale.

17 Strumenti di garanzia potrebbero essere quelli previsti dalla tesi hobbesiana che individua il passaggio dallo stato di natura allo stato civile attraverso il disarmo dei consociati, o la tesi di Kant il quale, in *Per la pace perpetua*, (1795), sosteneva la necessità di sciogliere gli eserciti.

18 Ferrajoli 2019: 401-411.

19 Ferrajoli 2021: 176-224.

20 Ferrajoli 2019: 7-12.

21 Ferrajoli 2022: 29.

22 Ferrajoli 2022: 27.

Oggi esiste una regolamentazione coerente con i fenomeni di crisi attuali, la quale determina, con riferimento ad alcune categorie fondamentali, un cambiamento di paradigma. Nel corso del tempo, nel quadro giuridico internazionale si sono susseguiti una serie di accordi e trattati internazionali quali ad esempio la Convenzione-quadro sui cambiamenti climatici, il Protocollo di Kyoto e l'Accordo di Parigi, accompagnati da una serie di principi<sup>23</sup> che interessano questo tema. Tali principi, ormai cristallizzati in norme consuetudinarie, vincolano gli Stati, orientano l'azione giuridica e mirano a rendere concreto il concetto di 'democrazia ecologica'.<sup>24</sup> Un pensiero che riassume in sé un insieme di possibili procedure dirette a veicolare le differenti concezioni sulla sostenibilità ambientale prescindendo da qualsiasi particolarismo ed influenzando inevitabilmente la *governance* internazionale dell'ambiente.

Ulteriori riflessioni porterebbero a considerare in modo ancora più approfondito come la democrazia possa essere il modello più appropriato per affrontare la crisi ecologica e climatica. Possono ricordarsi qui brevemente alcuni progetti di istituzioni globali come quello di Amedeo Postiglione o quello di Frank Biermann:<sup>25</sup> rispettivamente un Tribunale Internazionale dell'ambiente e una *World Environment Organization*. Queste istituzioni sono pensate con il fine di imporre principi e regole volti a rendere effettivi i 'diritti ambientali' e i conseguenti diritti fondamentali ad essi legati, ma che non hanno trovato un risvolto pratico all'interno dell'ordinamento internazionale a causa della mancanza di specifici Trattati istitutivi. Essi sono però la dimostrazione che istituti volti a garantire i diritti fondamentali esistono e sono sempre stati pensati, ma che, per poter funzionare al meglio, necessitano di una implementazione e non di un totale appiattimento all'interno della realtà globalizzata attuale.

Secondo Ferrajoli l'unica soluzione per fare fronte a questa situazione di crisi sarebbe, piuttosto, l'espansione dei limiti e vincoli del costituzionalismo all'altezza dei poteri 'selvaggi' degli Stati e dei mercati. Se il costituzionalismo è un sistema di limiti e vincoli

23 Il rinvio a principi europei in materia di tutela dell'ambiente ha anticipato alcuni istituti fondamentali dell'organizzazione e dell'azione amministrativa: sul punto v. Grassi 2017: 1515.

24 Eckersley 2004.

25 Biermann 2014.

nei confronti di poteri, allora deve portarsi all'altezza dei poteri da cui provengono le aggressioni ai diritti ed ai beni fondamentali.

Tale assunto però richiama una questione di fondo attinente al concetto di responsabilità costituzionalistica. Ci sono due concezioni della Costituzione e del costituzionalismo. Secondo una prima concezione dominante nella cultura giuridica esiste un nesso concettuale fra Costituzione, Stato nazionale e popolo, tesi ampiamente affermata da Carl Schmitt secondo cui 'Costituzione' è il nome della Legge Fondamentale dello Stato tedesco che esprime la volontà omogenea del popolo inteso come totalità. Tale idea dell'esistenza di un nesso tra Costituzione e Stato nazionale è rimasta una tesi condivisa da gran parte dei costituzionalisti<sup>26</sup> come Zagrebelsky.<sup>27</sup> Lo Stato nazionale è l'istituzione politica in cui si sono sviluppate le Costituzioni. Nei tempi passati non esisteva l'integrazione del mondo generata dalla globalizzazione ed il diritto statale si identificava con il diritto in generale. Va ricordato che la teoria del diritto di Kelsen si intitolava proprio *Teoria del diritto e dello Stato*: esisteva quindi un'autarchia dello Stato. Ma oggi è cambiata la geografia dei poteri, essi si sono dislocati fuori dai confini nazionali.<sup>28</sup>

Per Ferrajoli, quindi, occorre essere consapevoli che la nozione di costituzionalismo espressa dalle Costituzioni e dalle Carte dei diritti è diametralmente opposta alla nozione di Costituzione statale. Il costituzionalismo quale sistema di limiti e vincoli, il paradigma formale espresso dalle nostre Costituzioni, è caratterizzato dal principio di uguaglianza, l'uguale valore di tutte le differenze. Il carattere del costituzionalismo espresso dalle nostre Costituzioni ha, quindi, come tratto distintivo l'universalismo, l'internazionalismo. Prendere sul serio le Carte dei diritti significa, invece, prendere sul serio il loro carattere universale anti-nazionalistico. Per tale ragione universali devono esser anche le loro garanzie. Lo stesso carattere formale del paradigma costituzionale ci dice che a quelle aspettative negative oppositive in cui consistono tutti i diritti fondamentali devono corrispondere obblighi di prestazione.

I diritti fondamentali sono diritti universali, indisponibili. Essi non nascono insieme alle loro garanzie, ma impongono la loro

26 Zagrebelsky 2009: 117-146.

27 Zagrebelsky 1992: 39 ss.

28 Ferrajoli 2013: 181-255.



attuazione: non basta stabilire il diritto alla salute perché nascano gli ospedali. Prendere sul serio i diritti fondamentali comporta non solo garantire i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà.

Il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo: senza garanzie i diritti resterebbero sulla carta. I diritti sono i fini, le garanzie i mezzi. Sul piano dell'analisi concettuale si può affermare, quindi, che i diritti sono aspettative positive e sono attuati e resi effettivi da quelle modalità che sono i divieti di lederli.

#### **4. Soluzioni per combattere sfide globali: la Costituzione della Terra**

Il problema principale su cui si fonda la tesi di Ferrajoli è dunque l'impossibilità per la politica di elevarsi a livello globale ed equipararsi così all'economia. La questione che sta sullo sfondo di tale tesi attiene alla necessità di espansione delle categorie del costituzionalismo a livello sovranazionale. Solo in questo modo il costituzionalismo globale potrà costituire l'attuazione del diritto esistente attraverso l'introduzione di istituzioni di garanzia a livello globale.

Ferrajoli, dunque, individua alcune misure per combattere le sfide globali precedentemente individuate e per permettere alle autorità politiche statali di riacquisire forza all'interno dell'ordinamento internazionale. Sono necessarie istituzioni di garanzia globali dei diritti sociali, ma ancor più necessario è lo sviluppo di un costituzionalismo di diritto privato nei confronti dei poteri del mercato, quel mercato che è luogo di potere e non di libertà.<sup>29</sup> Poteri necessari, ma che devono essere subordinati alla legge così come lo sono i poteri pubblici, sottoposti soprattutto ai diritti fondamentali.

Siamo ben al di là della semplice garanzia dei diritti, siamo innanzi ad una necessaria garanzia di un costituzionalismo dei beni fondamentali, che vanno tutelati perché dalla loro tutela dipende la sopravvivenza dell'umanità. Per Ferrajoli appare doverosa una messa al bando di beni micidiali come le armi da fuoco o gli armamenti atomici. Il disarmo è la condizione che può permettere il passaggio dallo stato di natura allo stato civile attraverso una rifondazione del patto di convivenza.<sup>30</sup>

29 Ferrajoli 2022: 33.

30 Ferrajoli 2022: 100.

Il costituzionalismo globale, quindi, non sarebbe altro che l'attuazione delle promesse fatte con la creazione dell'Onu, ma che non potevano essere attuate mantenendo la sovranità e le differenze dei singoli Stati.

A giudizio di Ferrajoli gli attuali strumenti per combattere il cambiamento climatico e le strategie di adattamento locale non sarebbero realmente sufficienti per raggiungere gli obiettivi prefissati se possono interferire con altre fonti giuridiche locali. A tali difficoltà potrebbero ovviarsi riorientando di volta in volta l'azione dei pubblici poteri attraverso la concretizzazione, l'integrazione ed il miglioramento di modelli istituzionali già presenti, ma non ancora pienamente attuati, che possano permettere la creazione di una Costituzione della Terra.<sup>31</sup> Oggi il diritto è il luogo della tutela dei diritti.

Vi è un orizzonte di progresso iscritto in questa utopia positiva pensata da Ferrajoli, che probabilmente non sarà mai completamente realizzata ma che potrebbe esserlo in gran parte. È chiaro che ad oggi qualcosa sta cambiando, si stanno sviluppando movimenti non governativi ecologisti, movimenti dal basso. Tuttavia non è sufficiente protestare e denunciare ciò che è noto. Sarebbe invece necessaria una risposta politica ed istituzionale che, secondo Ferrajoli, si chiama costituzionalismo globale.

Il ragionamento dello studioso si apprezza, quindi, perché ha fornito una visione più aperta della tutela dei diritti. Ma ciò su cui appare spontaneo interrogarsi, in conclusione, è quanto una Costituzione della Terra possa essere la soluzione ai problemi della realtà odierna. Elevare la politica ad un livello sovranazionale non solo potrebbe essere impresa alquanto ardua da realizzare, ma potrebbe comportare uno snaturamento della politica stessa. Essa nasce e vive in relazione alle realtà nazionali in cui si sviluppa. L'idea stessa di costituzione parte dalla riflessione platonica sul 'governo degli uomini' e sul 'governo delle leggi', che ha trovato un'immediata applicazione nell'architettura istituzionale della Roma repubblicana, sviluppandosi nel corso del Medioevo e dell'età moderna, per arrivare sino al XX secolo.

Nella sua accezione democratica la politica si fonda sulla sovranità popolare, sul territorio. Tutto questo non significa, però, che la politica sia avulsa dai problemi globali. Le Carte dei diritti internazionali, come la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uo-*

31 Ferrajoli 2022: 54 s.

mo, sono l'esempio più significativo dei tentativi della politica di tutelare i diritti in modo globalizzato. Essa, quindi, nonostante il suo forte attaccamento alla dimensione nazionale, ha cercato nel tempo di guardare sempre oltre i suoi limiti.

C'è da chiedersi se la creazione di una Costituzione della Terra, cioè di un documento che sulla falsariga delle Costituzioni nazionali proclami diritti e doveri, potrebbe far cadere la tesi di Ferrajoli in un sillogismo imperfetto.

Se per garantire oggi i diritti umani è necessaria la creazione di istituzioni di garanzia sovranazionali, da parte di una politica che si ponga oltre i propri limiti, una Costituzione della Terra – che altro non è che una Carta dei diritti – può riuscire davvero a creare tali garanzie? O potrebbe tradursi nella medesima impotenza cui oggi assistiamo?

## Bibliografia

- Azzariti 2013: Azzariti G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013.
- Benhabib 2006: Benhabib S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano 2006.
- Bierman 2014: Biermann F., *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*, Cambridge USA 2014.
- D'Ignazio 2013: D'Ignazio G., *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in DPCE 2, 2013, 423-431.
- Eckersley 2004: Eckersley R., *The Green State. Rethinking Democracy and Sovereignty*, Toronto 2004.
- Ferrajoli 2003: Ferrajoli L., *Democrazia senza Stato?*, in Labriola S. (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano 2003, 199-213.
- Ferrajoli 2007: Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007.
- Ferrajoli 2011: Ferrajoli L., *Costituzione e globalizzazione*, in Bovero M. (a cura di), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Roma-Bari 2011.

- Ferrajoli 2013: Ferrajoli L., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari 2013.
- Ferrajoli 2019: Ferrajoli L., *Crimines de sistema*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, 2019, 7-12.
- Ferrajoli 2019: Ferrajoli L., *Crimini di sistema e crisi dell'ordine internazionale*, in *Teoria politica* 9, 2019, 401-411.
- Ferrajoli 2021: Ferrajoli L., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari 2021.
- Ferrajoli 2022: Ferrajoli L., *Per una costituzione della Terra: l'umanità al bivio*, Milano 2022.
- Grassi 2017: Grassi S., *Commento all'Art. 31*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 1-115.
- Hobbes 1651: Hobbes T., *Leviathan on The Matter, Form and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, Cambridge 1651.
- Kelsen 1989: Kelsen H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano 1989.
- Latouche 1989: Latouche S., *L'Occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris 1989 (trad. it., *L'occidentalizzazione del mondo: saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino 1992).
- Pace 2003: Pace A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Diritto pubblico* 3, 2003, 887-906.
- Zagrebelsky 1992: Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992.
- Zagrebelsky 2009: Zagrebelsky G., *Intorno alla legge*, Torino 2009.

# IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE NEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ENRICA CIBELLA

Università degli Studi di Palermo

**Abstract:** The uniqueness of the system of guarantees provided by the European Convention on Human Rights, which distinguishes it from any other international system for the protection of rights, derives from three essential characteristics: its constitutional content, the establishment of an objective system of protection, and the existence of a Court to guarantee the rights contained therein. Facing the difficult task of finding a common denominator in the legal systems of the 47 signatory States, the Strasbourg judges, in order to overcome the rigid formalistic criteria used by national legislators, have attempted to unify the various types of offence by elevating the concept of the criminal matter to an autonomous notion. In fact, the ECHR 'lives on autonomous concepts'. In this regard, the concept of 'law' is emblematic since, according to the European Court of Human Rights interpretation, it includes both statutory and judicial law. In the conventional panorama, by accepting a concept of 'substantial' legality, which requires going beyond appearances, the principle of legality in criminal matters, as laid down in Art. 7 ECHR is elevated to a criterion suitable for extending the protection afforded to the individual.

**Parole chiave:** Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; giurisprudenza della Corte di Strasburgo; principio di legalità in materia penale; principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

## 1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: un *unicum* nel suo genere

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) è un trattato internazionale che ha l'attitudine di imporsi "oltre i codici, e oltre le carte costituzionali nazionali – come «terzo livello di legalità» per i 47 Paesi del Consiglio d'Europa".<sup>1</sup>

Sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito della 'grande Europa',<sup>2</sup> è stata concepita come un catalogo di diritti fondamentali cd. di prima generazione.<sup>3</sup>

Poiché è stata pensata per accogliere l'adesione di quanti più Stati possibili, aventi tradizioni giuridiche anche molto distanti fra loro, il perimetro di applicazione della Cedu è stato circoscrit-

1 Manes, Zagrebelsky 2011: 3.

2 Con la locuzione 'grande Europa' – da contrapporsi a quella di 'piccola Europa' volta a indicare l'Unione Europea composta da 27 Paesi – si intende l'insieme degli Stati parte del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale avente sede a Strasburgo, la cui missione istituzionale era, ed è tutt'oggi, quella di garantire la tutela dei diritti dell'uomo, della democrazia e lo Stato di diritto. In tal senso si veda Viganò 2011: 1-3.

3 González Álvarez 2008: 1-6.

to ai 'soli' diritti che avessero universale riconoscimento e che non fossero legati a specifici modelli ordinamentali.<sup>4</sup>

È la prima convenzione del Consiglio d'Europa, un'organizzazione internazionale sorta all'indomani della seconda guerra mondiale con la precipua finalità di porre nuove basi ispirate a valori e principi democratici, volta alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo al fine di evitare il ripetersi delle atrocità verificatesi nel palcoscenico europeo nel corso del XX secolo.

Nonostante vi siano numerose 'carte dei diritti'<sup>5</sup> ed esistano diversi 'giudici dei diritti fondamentali',<sup>6</sup> a differenza degli altri trattati internazionali la Convenzione *de qua* presenta tre fondamentali caratteristiche che la rendono un *unicum* nel suo genere:<sup>7</sup> (i) il suo contenuto, (ii) la creazione di un sistema oggettivo di tutela e (iii) la presenza di una propria Corte che può essere adita da qualsiasi soggetto di diritto tramite lo strumento del ricorso individuale.

Procedendo dall'analisi del primo di questi elementi, a differenza dei principali provvedimenti normativi emanati dalle Istituzioni dell'Unione Europea<sup>8</sup> la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non pretende di disciplinare questioni di natura tecnica in quanto essa si occupa esclusivamente di *fundamental rights*. Non a caso, difatti, "i principi e i diritti enunciati nella Carta

4 Gallone 2023: 59.

5 Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla Convenzione sui diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989; al Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottati dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966; alla Carta sociale europea adottata nel quadro del Consiglio d'Europa a Torino nel 1961, rivisitata a Strasburgo nel 1996 ed entrata in vigore nel 1990.

6 Si pensi alla Corte Interamericana dei Diritti Umani creata dalla Convenzione americana dei diritti umani, adottata dalla Conferenza interamericana dei diritti umani riunitasi a San José de Costa Rica il 22 novembre 1969 o alla Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli istituita il 25 gennaio 2004.

7 Zagrebelsky 2009: 57-60.

8 Si vedano ad esempio le direttive dettagliate ex art. 288 TFUE che, oltre ad enunciare principi e criteri generali nonché le regole finali destinate ad essere tradotte dal singolo Stato in norme di dettaglio, indicano con precisione le norme interne che gli Stati sono tenuti ad adottare; o i regolamenti ex art. 288, § 2 TFUE i quali hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono diretti ad applicare in modo uniforme a tutti i Paesi dell'UE determinate disposizioni normative.

intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana".<sup>9</sup>

Poiché la Cedu ha un contenuto "di impronta tipicamente costituzionale",<sup>10</sup> da circa un trentennio si ritiene che essa faccia parte di un *bloc de supraconstitutionnalité*<sup>11</sup> comune a tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa.

Essa è considerata uno "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"<sup>12</sup> che ai sistemi di tutela dei diritti di impronta costituzionale e sovranazionale<sup>13</sup> affianca un sistema di tutela di matrice internazionale.

Accanto a un siffatto sistema di garanzie multilivello, nell'ambito convenzionale, la tutela dei diritti fondamentali è rafforzata dalla presenza di un sistema obiettivo di tutela che consente a ciascuno Stato firmatario di invocare il rispetto della Convenzione indipendentemente dal coinvolgimento di propri cittadini nella violazione del trattato.

La creazione di tale sistema, inoltre, consente alla Corte di Strasburgo di pronunciarsi in ordine a un ricorso presentato da un soggetto che lamenta la lesione di un diritto fondamentale anche nell'ipotesi in cui egli, *medio tempore*, sia deceduto, posto che la necessità di tutelare quel diritto non perde di interesse in quanto oggettivamente rilevante.<sup>14</sup>

La sussistenza di un sistema oggettivo di tutela comporta altresì l'impossibilità per gli Stati firmatari di invocare il principio *pacta sunt servanda*, che declina la condizione di reciprocità cui

9 Corte Cost., sent. n. 269, 14 dicembre 2017.

10 Corte Cost., sent. n. 269, 14 dicembre 2017.

11 Con tale espressione si intende la superiorità di certe regole o principi qualificati come 'norme' rispetto al contenuto della Costituzione. In un sistema giuridico dotato di sovracostituzionalità, le norme e i principi ritenuti 'superiori' sono considerati intangibili e non possono essere modificati o contraddetti dalla Costituzione o da altre leggi ordinarie. Sul tema si veda Rials 1986: 65; Favoreu 1993: 76.

12 Corte EDU, Grande Camera, sent. n. 45036/98, § 156, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*.

13 Il Trattato di Lisbona ha inglobato sia la Carta di Nizza (art. 6, § 1 TUE), sia tutti i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri i quali entrano a far parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6, § 3 TUE).

14 In caso di morte del ricorrente il diritto di continuare la procedura dinanzi alla Corte europea si trasmette, difatti, agli eredi. I giudici di Strasburgo hanno, inoltre, elaborato la teoria della 'vittima indiretta' secondo cui le persone che hanno un legame stretto e personale con colui che le ha subite sono legittimate a denunciare alla stessa le violazioni di un diritto garantito dalla Convenzione.

è normalmente assoggettato ogni accordo di diritto internazionale.<sup>15</sup> Si tratta di una norma a carattere consuetudinario che costituisce uno dei principi fondamentali del diritto internazionale e che impone l'obbligo per gli Stati che hanno contratto un determinato accordo di adempiere gli obblighi assunti al momento della sottoscrizione.<sup>16</sup>

L'inapplicabilità alla Cedu della clausola citata trova la sua ragion d'essere nel fatto che nessun Paese aderente potrebbe mai trincerare il proprio inadempimento dietro quello di un altro Stato: gli Stati parte della Cedu sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali in essa riconosciuti a prescindere dalla circostanza che uno di essi violi il dovere di tutela di tali diritti.<sup>17</sup> Nessuno dei Paesi firmatari, pertanto, potrà mai opporre il principio in base al quale *inadimplenti non est adimplendum*.

Inoltre, com'è noto, affinché la tutela dei diritti sanciti nella Cedu sia concreta ed effettiva e non già meramente virtuale e astratta,<sup>18</sup> il sistema convenzionale europeo oltre a possedere una propria 'Carta', è dotato di una propria Corte, un organo giurisdizionale deputato a garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>19</sup> è definita come l'istituzione che può essere adita da "toute personne soucieuse qui tire le sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui".<sup>20</sup> Nel sistema convenzionale, difatti, la Corte EDU e in particolare la giurisprudenza dei suoi giudici rivestono un ruolo di estrema centralità.

15 Febbo 2021: 1.

16 Il principio di reciprocità ha una duplice funzione: da un lato esso afferma l'obbligatorietà dei trattati e, dall'altro, si pone quale norma primaria sulla produzione giuridica internazionale in quanto considera l'accordo come fonte di norme giuridiche idonee a produrre effetti tra gli Stati.

17 Manes, Zagrebelsky 2011: 70.

18 "Practical and effective, not theoretical and illusory": si veda, *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 88.

19 La Corte EDU è composta da quarantasette giudici, ciascuno dei quali eletto dall'Assemblea parlamentare sulla base di una terna proposta dai Governi dei rispettivi Paesi contraenti. Di regola, oltre ai casi di incompatibilità (desumibili dal Titolo II della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo rubricato 'Corte europea dei diritti dell'uomo' e, segnatamente, gli artt. 19-23), il giudice di un determinato Stato partecipa alle cause in cui è coinvolto il Paese di origine in quanto è colui che può meglio comprendere la materia del contendere.

20 Letteralmente "chiunque abbia interesse a suonare l'allarme per fermare azioni che possano rappresentare un rischio per altri"; si veda *Résolution n. 1729/2010* dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.



La Cedu non è altro che un grande metatesto in cui, al di là del senso che a primo acchito sembra emergere dal testo della disposizione, si celano una miriade di ulteriori significati derivanti dall'intensa e meticolosa attività ermeneutica posta in essere dai giudici di Strasburgo. Questi ultimi enunciano *erga omnes* l'interpretazione delle disposizioni convenzionali, vivificandone il senso, conferendogli attualità e vitalità<sup>21</sup> e assicurando che la tutela dei diritti umani sia concreta. Non di rado, infatti, la norma ricavata a seguito dell'interpretazione della Corte appare distante dalla lettera della disposizione.

Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto in ordine al principio del *ne bis in idem* che fino agli anni '90 del secolo scorso, fino alla grande sentenza armonizzatrice della Corte EDU *Zolothukin c. Russia*,<sup>22</sup> era sempre stato interpretato concependo il concetto di '*idem*' come identità tra fattispecie giuridiche (e non già come identità fattuali).<sup>23</sup> Oggi, grazie all'attività ermeneutica dei giudici della Corte EDU, è incontestato che per rendere effettive le garanzie di cui al principio citato, il termine *idem* debba essere interpretato quale 'medesima realtà storico fattuale' con la conseguenza che l'imputato assolto o condannato in via definitiva non potrà essere processato per lo stesso fatto, anche se considerato diversamente per titolo, grado o circostanze.

Secondo la Consulta, difatti, "[i]l fatto storico-naturalistico rivela, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal gergo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi".<sup>24</sup>

Si pensi ancora all'art. 7, § 1 Cedu in relazione al quale, sebbene nel testo della disposizione non vi sia alcun espresso riferimento al principio della retroattività della *lex mitior*,<sup>25</sup> la Corte

21 Manes 2017: 121.

22 Corte EDU, Grande Camera, sent. 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03.

23 Militello *et al.* 2021: 1; Giacona 2022: 151-153.

24 Corte Cost., sent. n. 200, 31 maggio 2016.

25 A differenza, invece, di quanto previsto dall'art. 15, § 1 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e dall'art. 9 della Convenzione americana sui diritti umani.

EDU, a partire dalla sentenza *Scoppola c. Italia*,<sup>26</sup> ha affermato come nelle pieghe della norma citata si dovesse ricomprendere non soltanto il principio del divieto di retroattività delle norme penali ma anche il principio della retroattività della legge penale più favorevole al reo.

Infine, come sopra anticipato, il terzo elemento che contribuisce a rendere singolare l'ordinamento convenzionale è la presenza di una Corte che può essere adita da ciascun soggetto di diritto ogniqualvolta ritenga di aver patito la lesione di un diritto incorporato nella Cedu; ciò sia nell'ipotesi in cui l'evento lesivo si sia verificato nel territorio di uno dei quarantasette Stati contraenti, sia che esso abbia avuto luogo in un contesto extraterritoriale in cui la Convenzione ha visto riconoscere nel tempo la propria applicazione.<sup>27</sup>

In particolare, la Corte EDU può essere adita tramite due differenti procedure: il ricorso individuale esperibile dal singolo individuo ai sensi dell'art. 34 Cedu<sup>28</sup> anche senza la necessità di ricorrere al patrocinio di un avvocato e il ricorso interstatale ex art. 33 Cedu.<sup>29</sup>

Il primo è sicuramente lo strumento che determina il distacco più netto rispetto agli strumenti del diritto internazionale tradizionale. Quest'ultimo, difatti, raramente prende in diretta considerazione i singoli soggetti di diritto essendo stato a lungo concepito come un sistema di accordi tra Stati sovrani, come un *ius inter partes e inter potestates*.

Grazie allo strumento del ricorso individuale, invece, attribuendo al singolo una posizione di soggettività giuridica di diritto internazionale tanto forte da consentirgli di chiamare in giudizio persino uno Stato, il diritto internazionale si trasforma in un diritto *super partes e super potestates*.

26 Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, ric. n. 10249/2003.

27 Si veda Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/2009, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

28 Il protagonista del sistema convenzionale di diritti umani è il soggetto di diritto, nell'ambito del quale vanno ricondotti anche i migranti e gli apolidi.

29 Si tratta, nella prassi, dell'ipotesi meno frequente. Al riguardo si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 giugno 2019, ric. n. 54155/16, *Slovenia v. Croazia*.

## 2. Il ruolo cardine della giurisprudenza della Corte di Strasburgo

La presenza di un giudice custode e garante della Convenzione allontana il sistema convenzionale dagli stilemi tipici del diritto internazionale tradizionale. Se in passato si riteneva che il diritto internazionale fosse un sistema di accordi tra Stati sovrani che 'funziona perché funziona', negli ultimi settant'anni si è assistito all'affermarsi di numerose Corti garanti della vincolatività e della coerenza dei trattati.

Nel panorama internazionale europeo è senza dubbio la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a ricoprire un ruolo di primo piano. A partire dagli anni '90 del secolo scorso, soprattutto grazie all'agilità che connota il ricorso individuale, il sistema convenzionale ha riscosso un grande successo determinando l'impennarsi del contenzioso presso i giudici di Strasburgo.

La creazione di un sistema oggettivo di tutela, la possibilità di ricorrere agevolmente alla Corte e l'effettività delle garanzie da essa apprestate hanno di fatto reso la Corte EDU vittima del proprio successo.<sup>30</sup>

Ad ogni modo, la Corte europea dei diritti e, in particolare, la giurisprudenza elaborata dai suoi giudici, rappresentano ancor oggi il cuore pulsante dell'intero sistema convenzionale. È la Corte stessa a definire la propria giurisprudenza come un *living instrument*,<sup>31</sup> uno 'strumento vivente' che, in quanto tale, vive nell'interpretazione dei propri giudici.<sup>32</sup>

Il sistema convenzionale per certi aspetti riecheggia quello degli ordinamenti di *common law* declinati sulla scorta del principio della vincolatività del precedente. La giurisprudenza di

30 Raimondi 2019: 23-25; nell'ultimo quinquennio, difatti, a causa del sovraccarico della Corte per i numerosissimi ricorsi ricevuti, si è riscontrata una notevole dilatazione dei tempi di risposta. Oggi, i giudizi presso la Corte EDU durano in media circa 8-10 anni con la conseguenza che le decisioni rischiano di essere velleitarie.

31 Si veda, *ex multis*, Corte EDU, 18 dicembre 1986, § 64, *Johnston e altri c. Irlanda*; Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e al. c. Austria*. Cfr. Mowbray 2005: 60-71.

32 Occorre, difatti, evidenziare come nel contesto convenzionale, il diritto vivente – secondo cui il portato di una norma deve essere desunto dall'interpretazione che di essa viene data dalla giurisprudenza in un determinato momento storico e in un preciso contesto politico-culturale – assume assoluta centralità.

Strasburgo si iscrive, difatti, all'interno di un sistema di *judicial law-making* che riconosce l'*autorité de la chose interprétée*.<sup>33</sup>

Esistono, tuttavia, due distinte modalità che consentono ai giudici della Corte EDU di disancorarsi da un proprio precedente. La prima è il cd. *overruling*, il rovesciamento del precedente. Si tratta dell'ipotesi meno frequente poiché implica la registrazione di un nuovo consenso europeo da parte della Corte in relazione a una data materia.<sup>34</sup>

La seconda modalità è la cd. tecnica del *distinguishing* che consente, invece, al giudice del caso concreto di affermare un nuovo principio di diritto partendo da un caso per certi aspetti analogo a quello di cui al precedente dominante ma che, tuttavia, rispetto ad esso, presenta alcune peculiarità.

La giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo è annoverata inoltre tra le fonti del diritto e, in quanto tale, contribuisce al progressivo sviluppo del diritto penale.

È stata, difatti, la Corte Costituzionale italiana che con le note 'sentenze gemelle' nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 ha riconosciuto il rango di parametro interposto di costituzionalità non soltanto alla Cedu, ma anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo attestandone, altresì, la "funzione interpretativa eminente".<sup>35</sup>

La Consulta difatti ha affermato che la Convenzione europea si applica in Italia e va garantita dalla Corte costituzionale "così come interpretata dal «suo» giudice" con la conseguenza "che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme".<sup>36</sup>

33 Sudre 2003: 577.

34 Un noto caso di *overruling* è rappresentato dal caso *Scoppola c. Italia* in relazione al quale la Corte EDU ha registrato un nuovo consenso europeo circa l'interpretazione del dettato normativo di cui all'art. 7 Cedu. Se fino al quel momento la giurisprudenza europea aveva negato cittadinanza al principio della *lex mitior*, a partire dalla pronuncia citata – intervenuta il 17 settembre 2009 – la stessa ha riconosciuto la necessità di ricomprendere nell'alveo dell'art. 7 anche il predetto principio seppur ivi non espressamente citato.

35 In questo senso si veda Manes, Napoleoni 2019: 324.

36 Sul punto si veda Corte cost., sent. n. 349 del 22 ottobre 2007 secondo cui "Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve

Ad ogni modo, affinché sia preservata l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, riconoscere alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rango di fonte supra-legislativa e sub-costituzionale, implica che anch'esse<sup>37</sup> debbano rispettare quel nucleo duro di principi fondamentali noti anche come 'controlimiti'.<sup>38</sup>

### 3. Riflessioni sul principio di legalità in materia penale nell'ambito del sistema Convenzionale

Il principio di legalità in materia penale rappresenta una delle pietre miliari sulle quali si fonda il moderno Stato di diritto.

Esso ha fatto ingresso nel nostro ordinamento giuridico sin dai codici preunitari per trovare poi cittadinanza dapprima all'interno dello Statuto Albertino del 1848 (art. 26) e, in seguito, nel codice Zanardelli (art. 1) e nel vigente codice Rocco.

investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma ...". Se il giudice interno non dimostra di avere esperito il tentativo di interpretazione adeguatrice prima di sollevare la questione di costituzionalità, questa verrà respinta. In questo senso si veda Manes 2012: 45-47; Lamarque 2014: 5-7; Donati 2018: *passim*.

37 La teoria dei controlimiti è stata elaborata dalla nostra Corte Costituzionale a seguito di un annoso dibattito giurisprudenziale di cui è stata protagonista insieme alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, il Giudice delle Leggi è giunto ad affermare che "Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommarmente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi" (Corte Cost., ord. n. 24/2017). Il nostro Giudice delle Leggi, difatti, se da un lato riconosce il primato del diritto europeo, dall'altro lato ribadisce l'intangibilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Al riguardo si veda CGUE, sentt. *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen* (causa 26/62), *Costa c. ENEL* (causa 6/64), *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (causa 11/70), *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA* (causa 106/77), *Marleasing S.A. c. La Comercial Internacional de Alimentacion S.A.* (causa C-106/89).

38 Sulla teoria dei controlimiti si veda altresì Corte Cost., sent. n. 183/1973; nonché Ruggieri 2017: 473; De Vanna 2017: *passim*.

È il criminalista tedesco Feuerbach<sup>39</sup> che all'inizio del XIX secolo, coniando il brocardo latino *nulla poena, nullum crimen sine lege*, ha per la prima volta ricondotto la *ratio* del principio di legalità alla funzione della pena.

Oggi il principio in esame trova fondamento *in primis* all'interno dell'art. 25, co. 2 della nostra Carta fondamentale<sup>40</sup> che ne sancisce il rilievo costituzionale e nell'art. 1 del codice penale che stabilisce, invece, che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da esso stabilite”.<sup>41</sup> Il principio di legalità in materia penale trova riconoscimento anche nell'art. 7 Cedu.<sup>42</sup>

Alla luce dei canoni interpretativi declinati dalla Corte Costituzionale,<sup>43</sup> la disposizione citata, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività della legge penale, delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti umani, entrambi i fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*.<sup>44</sup>

Esso costituisce un pilastro della *rule of law* e occupa *a prominent place in the Convention system of protection*:<sup>45</sup> l'idea che ogni potere debba essere assoggettato a una legge (quella che

39 Feuerbach 1801: 20.

40 La disposizione recita testualmente: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

41 La disposizione citata sancisce il principio di legalità in senso formale ai sensi del quale la punibilità di un fatto è subordinata alla previsione legislativa e alla pena da essa stabilita.

42 La norma recita testualmente: “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”. Inoltre, nel panorama internazionale il principio *de quo* trova riconoscimento anche nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea espressamente ricondotta nell'alveo delle fonti del diritto dell'UE ai sensi dell'art. 6, § 1 del Trattato di Lisbona.

43 Corte Cost., sent. n. 230, 8 ottobre 2012.

44 La giurisprudenza della Corte europea ha esteso la portata del principio di legalità includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia nonché il principio (implicito) della retroattività della *lex mitior*, estrapolando dal sistema della Convenzione il concetto di 'legalità materiale'; si veda al riguardo Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

45 Corte EDU, sent. 25 giugno 2009, *Liivik c Estonia*, § 92.

gli Stati firmatari definiranno come la *prééminence du droit*) emerge, difatti, sin dal preambolo della Convenzione.

Si tratta di una garanzia fondamentale che occupa un ruolo di primo piano all'interno del sistema di tutela convenzionale come attesta anche il fatto che l'art. 15 Cedu non prevede alcuna deroga ad esso, neanche "in caso di guerra" o "di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".<sup>46</sup>

Sebbene da una prima lettura del dettato normativo possa sembrare che l'art. 7 Cedu rappresenti un mero *déjà-vu*<sup>47</sup> dell'art. 25, co. 2 Cost., occorre evidenziare come, soprattutto nell'ultimo decennio, i giudici di Strasburgo ne hanno esteso la portata applicativa oltre i confini tradizionali.<sup>48</sup>

Ad ogni modo, l'eredità più preziosa della Corte EDU "non sta solo nel «sorpasso costituzionale»" realizzato tramite l'estensione delle garanzie in materia penale, bensì "nell'irradiazione e nella conseguente vascolarizzazione del contenuto valoriale delle garanzie stesse in una ridda di casi concreti che permettono di illuminarne gli aspetti più interstiziali".<sup>49</sup>

In virtù del principio *de quo*, la Corte di Strasburgo ha il compito di garantire che ogni limitazione dei diritti fondamentali abbia una base legale,<sup>50</sup> ossia un fondamento normativo certo e conoscibile nel diritto dello Stato alla cui giurisdizione è sottoposto l'individuo titolare del diritto.

Tuttavia, poiché alla Corte EDU è rimesso l'arduo compito di ricomporre i tasselli di un mosaico di ordinamenti giuridici che, estendendosi dalle steppe russe alle spiagge dell'Algarve, dai ghiacciai islandesi al Bosforo, presentano differenze di non poca rilevanza, essa ha elaborato una serie di nozioni 'autonome', indipendenti dalle qualificazioni formali vigenti in ciascuno dei 47 Paesi firmatari.

Si pensi, ad esempio, al concetto di 'legge' che, se nell'ordinamento italiano coincide con l'atto deliberato dalle due Camere (o

46 In tal senso si veda Corte Edu, sent. 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 34 e *C.R. c. Regno Unito*, § 32; sent. 10 luglio 2012, *Del Río Prada c. Spagna*, § 77; sent. 4 giugno 2014, *Vasiliauskas c. Lituania*, § 153.

47 La Cedu è stata anche qualificata come "droit constitutionnel par analogie". Sul punto si veda Rodríguez-Zapata Pérez 2007: 20.

48 Corte Edu, Grande Camera, sent. 10 luglio 2012, *Del Río Prada c. Spagna*.

49 Manes 2012: 78.

50 Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, § 145 e sent. 10 luglio 2012, *Del Río Prada c. Spagna*, § 80.

dagli altri organi cui è costituzionalmente attribuita la funzione legislativa) a seguito di un procedimento espressamente previsto dalla Costituzione, nel quadro convenzionale ricomprende una nozione senza dubbio più ampia.

Al fine di individuare le fattispecie criminose rilevanti in un determinato Paese e rendere effettivo il rispetto del principio di legalità, i giudici europei non possono adottare un criterio meramente formale-nominalistico in quanto quella stessa Corte che è tenuta ad andar incontro alle esigenze del sistema di tutela penale dello Stato italiano (basato sulle dicotomie 'delitti e contravvenzioni' o 'reato e illecito amministrativo') deve anche garantire un pari grado di tutela a tutti quegli ordinamenti in cui vigono nozioni formalistiche differenti.<sup>51</sup>

Se nel contesto convenzionale il principio di legalità fosse applicato in relazione alla mera qualificazione formale degli illeciti come declinati dai legislatori domestici di ciascun Paese firmatario, vi sarebbe il rischio che le garanzie della Cedu, non potendo essere applicate uniformemente, sarebbero meramente illusorie.

Inglobando nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa sia quello di matrice giurisprudenziale,<sup>52</sup> i giudici di Strasburgo hanno di fatto accolto un concetto di legalità sostanziale che impone di andare *under the appearance*, privilegiando il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma.<sup>53</sup>

La legalità convenzionale, difatti, non proietta il proprio raggio applicativo sull'illecito penale formalmente considerato, ma si applica a tutte le tipologie di illecito che possono essere ricomprese nella nozione sostanzialistica di materia penale.

Detto principio è stato affermato a partire dalla nota sentenza *Engel e altri c. Paesi bassi* in cui la Corte ha elaborato una serie di criteri utili al fine di verificare se si è in presenza o meno di un illecito penale ancorché non formalmente qualificato come tale.<sup>54</sup>

51 Si pensi, ad esempio, al modello tedesco in cui vi è una sottodistinzione tra crimini (*Verbrechen*) e delitti (*Vergehen*).

52 Ubertain, Viganò 2022: *passim*.

53 Corte EDU, sent. 10 luglio 2003, *Grava c. Italia* e sent. 2 luglio 2009, *Jordan Iordanov c. Bulgaria*.

54 Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, in cui la Corte, al fine di garantire il rispetto degli articoli 6 e 7 della CEDU, ha formulato tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa data dall'ordinamento dello Stato convenuto; la natura dell'infrazione; il grado di severità della sanzione. Nel medesimo senso si veda anche, Corte EDU, Grande Camera, sent. 22 dicembre 2020, *Gestur Jónsson e Ragnar*



Il grande sforzo richiesto alla giurisprudenza della Corte europea, difatti, è stato – ed è tutt'oggi – quello di recuperare una fusione di orizzonti tra i principi tipici degli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* attraverso l'individuazione di una serie di nozioni che possano applicarsi a tutti gli Stati aderenti.

L'art. 7 Cedu, ponendosi come punto di sintesi tra la concezione di legalità propria dei due differenti ordinamenti, è espressione di una visione autonomistica del principio di legalità in grado di estendersi al di là delle 'etichette' attribuite in sede nazionale.<sup>55</sup>

La portata innovativa della sentenza sopra citata, in uno con l'autorità delle pronunce della Corte di Strasburgo, ha registrato un effetto devastante nel nostro ordinamento penale la cui pietra cardine è il codice Rocco del 1930 costruito sulla concezione giuridicistica di categorie e dicotomie formali.<sup>56</sup>

La conseguenza di questo graduale processo di adeguamento ai principi elaborati dai giudici della Corte EDU si è registrato, ad esempio, nell'ambito dell'istituto della confisca che, tradizionalmente acuartierato tra le misure di sicurezza, è stato invece ricondotto nell'alveo delle pene ogni qualvolta se ne riscontrasse una natura prettamente afflittiva<sup>57</sup> (e non già meramente preventiva).

Poiché, come evidenziato, per il diritto convenzionale è irrilevante la fonte formale sulla quale si fondano il precetto e la sanzione, ciò che la Corte europea dei diritti umani ritiene rilevante è la 'qualità della norma'.<sup>58</sup>

La Convenzione, attraverso l'art. 7, richiede che la legge, quale che ne sia la matrice, deve assicurare la sussistenza di due *quali-*

*Halldór Hall c. Islanda*, § 77; Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, § 82.

- 55 Si tratta di un fenomeno che deriva dalla qualifica non penale di illeciti sostanzialmente penali mediante appositi interventi normativi posti in essere dai legislatori nazionali determinando, di fatto, un'elusione della garanzia del *nullum crimen sine lege*. Al riguardo si veda Colella 2012: 251.
- 56 Si pensi alle dicotomie pena e misura di sicurezza, diritto sostanziale e diritto processuale, delitto e contravvenzione. Si tratta di ripartizioni formali che, oggi, sono state cancellate dalla nozione convenzionale di materia penale.
- 57 A titolo esemplificativo si riportano di seguito alcune delle pronunce con le quali la Corte EDU ha considerato la confisca alla stregua di una vera e propria 'pena': *Welch c. Regno Unito*; *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*; *Varvara c. Italia*.
- 58 Al riguardo si vedano Corte EDU, sent. 26 giugno 2012, *Milazzo c. Italia*; sent. 8 luglio 2021, *Maestri c. Italia*.

*tative requirements: l'accessibility della norma violata*<sup>59</sup> e la *foreseeability* della sanzione.<sup>60</sup>

Accessibilità e prevedibilità rappresentano le coordinate sulle quali si articola il principio di legalità convenzionale<sup>61</sup> e si riferiscono non già alla previsione normativa astrattamente intesa, bensì alla norma 'vivente' risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici.<sup>62</sup> Tuttavia, affinché esso possa ritenersi pienamente rispettato, è necessario che oltre alla legge, anche l'interpretazione del giudice penale sia accessibile e prevedibile.<sup>63</sup>

- 59 La 'conoscibilità della legge' sulla quale si fonda la condanna deve essere sufficientemente accessibile al ricorrente. Sul punto si veda Corte EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 40.
- 60 Ossia la 'prevedibilità' delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto di una data legge con la conseguenza che il destinatario della norma deve potersi prefigurare, a partire dal testo della disposizione pertinente (o, se necessario, attraverso l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza), quali atti e omissioni lo rendono penalmente responsabile e in quale pena incorre per il fatto commesso (Corte EDU sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29; sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, § 140; sent. 10 luglio 2012, *Del Río Prada c. Spagna*, § 79).
- 61 Cfr. Corte EDU, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, nella quale i giudici, affermando che la legge n. 1423/1956 non consentisse adeguatamente al destinatario della norma di prevedere le conseguenze della propria condotta, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 Cedu.
- 62 Affinché la nuova interpretazione sia conforme agli standard convenzionali deve poter rientrare tra quelle prevedibili. Un'interpretazione giurisprudenziale del tutto eccentrica, ad esempio, non sarebbe compatibile con il principio di legalità in materia penale di cui alla Cedu. Si pensi al noto caso *Contrada c. Italia* che ha visto lo Stato italiano subire un'importante condanna per violazione del principio di legalità ex art. 7 Cedu in quanto la Corte Europea dei diritti ha ritenuto illegittima la condanna per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa ex artt. 110 e 416 *bis* c.p. inflitta al ricorrente, poiché era stato condannato in ragione di una fattispecie di creazione giurisprudenziale che, ai sensi della Convenzione, era priva di una base legale. Il ragionamento condotto dalla Corte EDU trova fondamento non tanto nel dato formale (essendo la condanna avvenuta in virtù di disposizioni normative già in vigore al momento in cui fu commesso il fatto), quanto piuttosto sulla base di criteri sostanzialistici quali la prevedibilità e l'accessibilità alla fonte. All'epoca dei fatti (avvenuti tra il 1979 e il 1988), invero, il ricorrente non poteva prevedere che le norme in questione fossero applicate sulla base di un'interpretazione giurisprudenziale che si consacrerà solo successivamente a seguito delle sentt. *Demity* e *Mannino* rese dalle S.U. della Corte di Cassazione rispettivamente nel 1994 e nel 1995. Sul punto si veda Maggio 2023: 290-367.
- 63 Sul punto v. *Zagrebel'sky* 2009: *passim*. Occorre, inoltre, segnalare come anche nel caso *Sud Fondi c. Italia*, la Corte EDU ha considerato imprevedibile l'applicazione della confisca 'urbanistica' in quanto considerata – nel caso di specie – una vera e propria 'pena'.

È solo alla luce di tali coordinate che, nell'ambito del sistema convenzionale, il principio di legalità assurge a strumento atto ad ampliare le tutele del singolo, prima tra tutte la sua libertà di autodeterminazione.

## Bibliografia

- Colella 2012: Colella A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Dir. pen. cont.* 3-4, 2012, 250-267.
- De Vanna 2017: De Vanna F., *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in *Federalismi.it* 23, 2017, 1-28.
- Donati 2018: Donati F., *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti* 1, 2018, 1-15.
- Favoreu 1993: Favoreu L., *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs* 67, 1993, 71-77.
- Febbo 2021: Febbo F., *La tutela dei diritti umani alla luce del diritto europeo i profili di natura processuale: il diritto al c.d. equo processo ex art.6 § 2 e 3 c.e.d.u. e le sue declinazioni – le garanzie difensive*, in *Diritto di difesa*, 2021, 1-50.
- Feuerbach 1801: Feuerbach P.J.A.R. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1801.
- Gallone 2023: Gallone G., *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova 2023.
- Giacona 2022: Giacona I., *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022.
- González Álvarez 2008: González Álvarez R., *Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación*, in *Revista San Antonio de Abad*, 2008, 1-6.
- Lamarque 2014: Lamarque E., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *ConsultaOnline*, 2014, 1-15.

- Maggio 2023: Maggio P., *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Torino 2023.
- Manes 2012: Manes V., *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012.
- Manes 2017: Manes V., *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediabile*, in *Giustizia penale e informazione giudiziaria* 3, 2017, 114-128.
- Manes, Napoleoni 2019: Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019.
- Manes, Zagrebelsky 2011: Manes V., Zagrebelsky V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011.
- Militello et al. 2021: Militello V., Conti R., Magi R., Manes V., Viganò F., *Cedu e cultura giuridica italiana 13) Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni*, in *Le interviste di Giustizia Insieme*, 2021, 1-24.
- Mowbray 2005: Mowbray A., *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *HRLR* 5, 2005, 57-79.
- Raimondi 2019: Raimondi G., *I vent'anni della nuova Corte*, in *Questione giustizia. Speciale: la Corte di Strasburgo* 2019, 1-3.
- Rials 1986: Rials S., *Supraconstitutionnalité et systématique du droit*, in *APhD* 31, 1986, 57-76.
- Rodríguez-Zapata Pérez 2007: Rodríguez-Zapata Pérez J., *L'effet dynamique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le rôle de cours constitutionnelles*, in *Dialogue entre juges* 2007, 18-26.
- Ruggieri 2017: Ruggieri A., *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in Ruggieri A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, 1-15.
- Sudre 2003: Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2003.
- Viganò 2011: Viganò F., *Europa e diritto penale*, in *Diritto penale e processo* 7-8, 2011, 1-26.

Ubertis, Viganò 2022: Ubertis G., Viganò F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2022.

Zagrebelsky 2009: Zagrebelsky V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Ius17@unibo* 1, 2009, 57-78.



# LA PREVENZIONE DELLA RADICALIZZAZIONE GIOVANILE IN CARCERE: I RISULTATI DEL PROGETTO SERENY

MARTINA SARDO

Università degli Studi di Palermo

Abstract: This contribution aims to briefly analyse the results of SERENY, a two-year research project strengthening approaches for the prevention of youth radicalisation in prison and probation settings.

Parole chiave: Radicalizzazione violenta; carcere; libertà vigilata; giovani adulti; diritti umani.

## 1. La radicalizzazione violenta nell'Unione Europea: il terreno fertile del carcere

Dall'attentato al *Bataclan* di Parigi (2015) a quello lungo la *Promenade des Anglais* a Nizza (2016), dalle *Ramblas* di Barcellona fino alla strage dei mercatini di Strasburgo (2018) e all'accoltellamento tra la folla di *London Bridge* (2019), nel corso degli ultimi vent'anni diversi attacchi di natura terroristica hanno colpito il cuore dell'Europa. La frequenza degli attentati e il fatto che molti tra questi siano stati compiuti da cittadini europei,<sup>1</sup> ha sempre più posto l'attenzione sul rischio continuo di estremismo<sup>2</sup> all'in-

1 Gli esecutori degli attentati sono risultati tutti *homegrown terrorists*, ossia soggetti nati, cresciuti (o almeno residenti) e radicalizzati nei Paesi nei quali hanno poi compiuto gli attacchi. A partire soprattutto dal 2014, la maggioranza degli attentatori terroristi sul suolo europeo è riconducibile alla categoria *homegrown* e, in generale, il numero di persone europee che hanno abbracciato l'ideologia violenta (del Jihad) è cresciuto in modo esponenziale, anche in funzione dell'accrescersi del numero dei *foreign terrorist fighters* di rientro (*returnees*), cioè uomini e donne radicalizzati in Europa che hanno scelto di andare a combattere nei territori controllati dalle organizzazioni terroristiche e in particolare dallo Stato Islamico (IS), ad esempio in Siria e in Iraq, per poi rientrare nei Paesi europei di origine. In virtù dell'esperienza di combattimento acquisita e dei collegamenti con organizzazioni terroristiche ben strutturate, i *returnees* rappresentano una potenziale minaccia alla sicurezza europea (Pettinari 2019: 93 s.; Vidino 2014: 7).

2 Ancora difettano, a livello internazionale, definizioni condivise dei concetti di 'estremismo violento' e di 'terrorismo' (Marini 2017: 247). Nelle linee generali, per estremismo si intende la disponibilità a modificare radicalmente l'ordinamento democratico esistente, se necessario anche ricorrendo alla violenza, al fine di mettere in pratica ideologie politiche o religiose che rivendicano per sé il mo-

terno dell'Unione Europea, rafforzando il carattere prioritario della lotta contro la radicalizzazione violenta, vale a dire del fenomeno che – secondo la definizione fornita dalla Commissione Europea – “vede persone abbracciare opinioni, vedute e idee che potrebbero portare ad atti terroristici”.<sup>3</sup>

Quello di radicalizzazione violenta è un processo alimentato dall'ideologia, di cui il fondamentalismo religioso è spesso (ma non sempre) il fulcro,<sup>4</sup> e che non di rado affonda le sue radici nell'insoddisfazione che i singoli individui possono provare rispetto alle loro vite, alla società che sono chiamati ad abitare o alle politiche nazionali ed estere dei loro governi.<sup>5</sup> Pur non esistendo un prototipo, unico e specifico, dei soggetti che potrebbero potenzialmente essere coinvolti in movimenti estremistici,<sup>6</sup> appare chiaro infatti che persone appartenenti a gruppi ai margini della società, che hanno modo di sperimentare discriminazione o perdita della propria identità, rappresentano una facile preda per il reclutamento radicalizzante.<sup>7</sup>

Le cause che predispongono la persona al reclutamento radicalizzante possono essere dettate, infatti, da fattori contestua-

nopolio assoluto della “vera interpretazione” (Kemmesies 2006: 10 s.). Il terrorismo è inteso, invece, come tentativo di superare il sistema attraverso una lotta sostenuta e violenta. Il terrorismo è caratterizzato da gravi attacchi compiuti da gruppi organizzati sulla base di una divisione del lavoro e che operano in modo fondamentalmente occulto (Kemmesies 2006: 10 s.).

- 3 Commissione Europea, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, “Reclutamento per attività terroristiche – Affrontare i fattori che contribuiscono alla radicalizzazione violenta”*, 21 settembre 2005 COM(2005) 313: 2.
- 4 Parlamento Europeo, *Cos'è e come si può prevenire la radicalizzazione nell'Unione europea?*, disponibile a <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/security/20210121STO96105/cos-e-e-come-si-puo-prevenire-la-radicalizzazione-nell-unione-europea>, ultimo accesso 14.11.2023. Il fenomeno della radicalizzazione violenta viene quasi sempre associato all'estremismo religioso di matrice islamica. In realtà, l'ideologia che alimenta la radicalizzazione violenta può anche non essere associata a componenti religiose, ma dipendere da altri fattori, quali ad esempio idee e posizioni politiche.
- 5 Parlamento Europeo, *Cos'è e come si può prevenire la radicalizzazione*.
- 6 Non esiste un consenso generale sulla definizione di soggetto radicalizzato. Gli approcci teorici alla radicalizzazione, come pure le analisi empiriche sui profili individuali, che fanno riferimento quasi totalmente all'estremismo jihadista, descrivono un fenomeno complesso che interessa diverse fasce generazionali, sia uomini che donne, e rendono un'interpretazione pressoché individualizzata del militante jihadista che non permette l'individuazione di un profilo univoco del radicalizzato (Martucci 2019: 9; Vidino 2014: 29 s.).
- 7 Parlamento Europeo, *Cos'è e come si può prevenire la radicalizzazione*.



li e imprevedibili che possono combinarsi o meno, a seconda di differenti componenti psicologiche ed esistenziali: “[d]ipendono dai livelli di frustrazione strutturale dei discendenti di seconda o terza generazione per come si combinano ad altri elementi quali la solitudine o l’auto-isolamento dalla società, la resistenza all’integrazione, la delusione o la falsa rappresentazione dei processi democratici e dei valori occidentali. Altrettanta rilevanza hanno, in tali processi, i così detti fattori di attrazione quali il desiderio del senso di appartenenza a una causa, a un gruppo – o, appunto – a un’ideologia ...”.<sup>8</sup>

Per attrarre nuovi affiliati, le organizzazioni estremiste sono solite utilizzare luoghi e contesti specifici, come scuole, università e centri di culto, prime fra tutti le moschee, e da ultimo anche la navigazione in Internet,<sup>9</sup> per il tramite soprattutto di applicazioni di messaggistica istantanea criptata attraverso le quali circolano i materiali di propaganda.<sup>10</sup>

8 Martucci 2019: 10.

9 Con riferimento alla radicalizzazione di stampo jihadista, si distingue solitamente tra un reclutamento attraverso interazioni ‘faccia a faccia’ e una ‘auto-radicalizzazione’, cioè la radicalizzazione di coloro autonomamente abbracciano l’ideologia violenta del Jihad. Il reclutamento ‘faccia a faccia’ è stato quello solitamente utilizzato dalle organizzazioni terroristiche, come Al-Qaeda, per la radicalizzazione dei militanti jihadisti in Europa nei primi anni 2000. Il processo di reclutamento, in questo caso, si basa su interazioni personali con reclutatori professionisti – ossia soggetti che hanno contatti diretti con il centro dell’organizzazione terroristica o con una cellula affiliata – o con personalità spiccatamente carismatiche, già radicalizzate. Questo tipo di radicalizzazione avviene solitamente nelle moschee e in altri luoghi di culto, ma può avvenire anche nelle carceri e contesti di aggregazione sociale. L’auto-radicalizzazione è un fenomeno sviluppatosi in tempi più recenti, ed è dovuto principalmente alla capacità dello Stato islamico (IS) di ispirare il jihadismo senza essere necessariamente in contatto con l’individuo o con chi ne guida il processo di radicalizzazione. La crescente rilevanza della auto-radicalizzazione è stata facilitata dalla massiccia diffusione di materiale propagandistico via internet da parte dell’IS e avviene per lo più tramite la navigazione in Internet, senza bisogno di alcun contatto diretto con persone terze. Poiché è l’individuo stesso ad avviare il suo processo di radicalizzazione attraverso il consumo di materiali propagandistici reperibili online, non è possibile tracciare una rete di relazioni che inducono il processo. Solitamente, però, gli auto-radicalizzati si uniscono a gruppi di altri radicalizzati – virtualmente (attraverso i social network e sistemi di messaggistica istantanea) o fisicamente – per tradurre la propria ideologia in azioni violente (Pettinari 2019: 96).

10 Secondo il Report 2020 sulla situazione e l’andamento del terrorismo nell’UE, negli ultimi anni, le chat di Telegram sono state largamente utilizzate per coordinare e pianificare gli attacchi terroristici oltre che per preparare le campagne di reclutamento (European Union, *Terrorism Situation and Trend Report 2020*: 24).

Anche il carcere può rappresentare un terreno fertile per la radicalizzazione, visto l'ambiente chiuso e ristretto. Estrapolati dai loro contesti sociali, i detenuti sono più a rischio di altre categorie di esplorare nuovi credi e affiliazioni e, dunque, di radicalizzarsi. Condizioni inumane di detenzione, sovraffollamento e maltrattamenti sono fattori che possono contribuire all'incremento del fenomeno di radicalizzazione nei sistemi penitenziari. Allo stesso tempo, le prigioni sono spesso a corto di personale e quindi incapaci di prevenire, individuare e gestire le attività estremiste.<sup>11</sup>

In generale, i processi di radicalizzazione “possono chiaramente essere favoriti in un contesto particolare come quello carcerario, che spesso è già caratterizzato da frustrazioni e risentimenti personali, condizioni di vulnerabilità ed emarginazione sociale e rigidi vincoli e limitazioni istituzionali”.<sup>12</sup> Ed in effetti, la radicalizzazione e i comportamenti ad essa strettamente correlati trovano un notevole sviluppo in carcere e nel sistema di libertà vigilata, tanto da sollevare le preoccupazioni dell'opinione pubblica e delle autorità nazionali e comunitarie rispetto al fenomeno della radicalizzazione negli istituti penitenziari e, dunque, al rischio – sempre crescente e già tramutatosi più volte in realtà – che soggetti radicalizzati possano indottrinare e mobilitare altri detenuti ‘comuni’, specie se in una età o in una condizione di ulteriore vulnerabilità.<sup>13</sup>

Per questi motivi, ad oggi, il fenomeno della radicalizzazione violenta in carcere rappresenta una questione critica per l'Unione Europea e per i suoi Stati membri, che stanno perciò impegnandosi a intensificare le azioni volte a prevenire e contrastare le minacce di estremismo violento. Diversi Stati europei, infatti, hanno adottato misure di vigilanza, sorveglianza, osservazione e controllo, di natura preventiva, volte a identificare prima,<sup>14</sup> e dunque contrastare il fenomeno della radicalizzazione in carcere.<sup>15</sup> Gli

11 Parlamento Europeo, *Cos'è e come si può prevenire la radicalizzazione*.

12 Marone 2019.

13 Marone 2019. Nel corso degli ultimi anni, diversi episodi di violenza da parte di detenuti radicalizzati si sono verificati nelle carceri europee, in Francia ma anche in Italia.

14 L'individuazione di un processo di radicalizzazione costituisce il primo strumento utile per l'attività di prevenzione, tramite l'applicazione di diverse misure specifiche, tra cui l'espulsione dal territorio nazionale.

15 In Italia, proprio in considerazione dell'aumento della minaccia terroristica e del rischio di radicalizzazione, jihadista ma non solo, il Dipartimento dell'Am-

sforzi delle autorità nazionali abbracciano non soltanto attività di identificazione e monitoraggio della radicalizzazione violenta in prigione e interventi per la gestione di soggetti considerati pericolosi dopo la scarcerazione, ma anche programmi di formazione del personale e iniziative di rieducazione e reintegrazione dei detenuti,<sup>16</sup> dal momento che, per quanto rappresentino una minaccia, le carceri possono anche offrire un contributo positivo nell'affrontare i problemi dell'estremismo violento nella società nel suo complesso.<sup>17</sup>

In questo solco, diversi progetti di ricerca e programmi di formazione, spesso finanziati o co-finanziati con fondi europei, si stanno proponendo di ampliare la conoscenza del fenomeno della radicalizzazione tra gli operatori penitenziari degli Istituti per minori e per adulti e tra coloro che si occupano dell'applicazione delle misure alternative e di comunità, con l'obiettivo di individuare, per prevenirle, forme di estremismo violento e radicalizzazione in carcere. Tra questi, SERENY (*Strengthening approaches for the prevention of youth radicalisation in prison and probation settings*),<sup>18</sup> un progetto biennale cofinanziato dal Programma Giustizia dell'Unione Europea e realizzato da un consorzio di sette partner interdisciplinari provenienti da Austria, Italia, Slovenia, Spagna, Albania, Francia e Belgio, si è proposto di rafforzare

ministrazione Penitenziaria (DAP) del Ministero della Giustizia, avvalendosi del Corpo della Polizia Penitenziaria, ha adottato una serie di misure di vigilanza, sorveglianza, osservazione e controllo, di natura preventiva, volte ad arginare il fenomeno della radicalizzazione in carcere (Ministero della Giustizia, *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia anno 2018*, disponibile al link: [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/anno\\_giudiziario\\_2019\\_dag.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/anno_giudiziario_2019_dag.pdf), ultimo accesso 14.11.2023: 41). Di particolare rilevanza appare lo strumento del monitoraggio di detenuti associati al rischio di radicalizzazione jihadista sulla base di tre distinti 'livelli di analisi', a seconda che il rischio di radicalizzazione sia alto, medio o basso.

16 Marone 2019.

17 Neumann 2010: 8.

18 Capofila del progetto SERENY è l'Università Degli Studi Della Campania Luigi Vanvitelli – Facoltà Di Giurisprudenza. Tra i partner si annoverano l'Università degli Studi Di Palermo – Dipartimento di Giurisprudenza (Italia), la Danube University Krems – Dipartimento Migrazione e Globalizzazione (Austria), l'Università Di Barcellona – Ospdh (Spagna), l'Avokati I Popullit – Ombudsman (Albania), il Peace Institute, Institute For Contemporary Social And Political Studies della Slovenia. Il progetto ha coinvolto esperti nazionali e internazionali provenienti da diverse aree tematiche (esperti legali, psicologi, osservatori dei diritti umani). È possibile consultare gli obiettivi, le risorse e i risultati di SERENY al sito ufficiale del progetto: [www.sereny.eu](http://www.sereny.eu).

gli approcci per la prevenzione della radicalizzazione violenta nelle carceri e nei contesti di libertà vigilata, con riferimento ad un gruppo di soggetti particolarmente vulnerabili: i giovani adulti.

## **2. La prevenzione della radicalizzazione nelle carceri europee: il progetto Sereny e il focus sui giovani adulti**

Secondo la Raccomandazione sulle Regole penitenziarie europee, “tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei loro diritti umani”.<sup>19</sup> L’art. 45 della Risoluzione del Parlamento europeo sui sistemi e le condizioni carcerarie sottolinea che “qualsiasi programma specifico mirato a un certo gruppo di detenuti, come quelli considerati «radicalizzati», deve rispettare gli stessi criteri in materia di diritti umani e gli stessi obblighi internazionali che si applicano a tutti gli altri detenuti”,<sup>20</sup> considerando anche il fatto che “le condizioni di detenzione disumane, maltrattamenti e sovraffollamento possono costituire fattori che aumentano il rischio di radicalizzazione”.<sup>21</sup>

A partire da questi presupposti, il progetto SERENY si è proposto di contribuire alla prevenzione e alla diminuzione della radicalizzazione dei giovani adulti<sup>22</sup> nelle carceri europee, con l’obiettivo di sviluppare strumenti, linee guida e raccomandazioni per sostenere l’efficace attuazione di pratiche di prevenzione della radicalizzazione giovanile che siano rispettose dei diritti umani dei giovani detenuti, in linea con gli standard internazionali, dell’UE e del Consiglio d’Europa.

L’attività di ricerca ha compreso un’analisi comparativa in otto Paesi (Albania, Austria, Belgio, Francia, Germania, Italia, Slovenia e Spagna) che, in un quadro giuridico e psicologico, ha puntato a fornire dati qualitativi e quantitativi sulla legislazione, i programmi di formazione, le pratiche esistenti in materia di prevenzione dell’estremismo violento e della radicalizzazione nei contesti carcerari e di libertà vigilata in Europa, oltre sulla dimensione individuale e psicologica dei processi di radicalizzazione dei giovani

19 Consiglio d’Europa, *Raccomandazione sulle Regole penitenziarie europee*, adottata dal Comitato dei Ministri l’11 gennaio 2006, Rec(2006)2-rev: 2.

20 Parlamento Europeo, *Risoluzione sui sistemi e le condizioni carcerarie*, 5 ottobre 2017 (2015/2062(INI)).

21 Parlamento Europeo, *Risoluzione sui sistemi e le condizioni carcerarie*, art. 46.

22 I giovani adulti sono considerati soggetti vulnerabili e a rischio, con particolari esigenze di gestione e benessere. Sul punto v. Higley 2019.

adulti, con l'obiettivo di identificare i punti di forza, le risorse e le migliori prassi per facilitare la prevenzione della radicalizzazione giovanile in carcere, migliorando anche le sinergie tra il mondo accademico, le amministrazioni penitenziarie, gli operatori, le ONG che si occupano di diritti umani e gli altri attori chiave.

Obiettivi specifici della ricerca sono stati quelli di: a) individuare gli eventuali punti deboli e le incoerenze tra le legislazioni nazionali volte a prevenire la radicalizzazione giovanile e il quadro legislativo e la prassi giudiziaria dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa in materia di diritti umani, con riferimento in particolare ai giovani adulti; b) identificare i bisogni e le lacune nella formazione del personale di prima linea che opera nelle carceri e segue i giovani ristretti nel corso delle misure alternative (in particolare gli agenti penitenziari, gli operatori penitenziari, gli educatori e gli psicologi che lavorano a stretto contatto con i detenuti), con riferimento ai contenuti e alle metodologie volte all'identificazione, al monitoraggio e alla valutazione dei segnali e dei rischi di radicalizzazione oltre che alla protezione dei diritti umani; c) creare una maggiore conoscenza di programmi e interventi efficaci di prevenzione della radicalizzazione che garantiscano l'adozione di un approccio ai diritti umani nel trattamento penitenziario dei giovani adulti detenuti; d) creare terreni di confronto e di scambio di buone pratiche a livello europeo tra i responsabili politici, gli addetti alla formazione e gli attori locali.<sup>23</sup>

L'indagine si è svolta essenzialmente in tre fasi e su più livelli: dal macro al micro.<sup>24</sup> Il gruppo di ricercatori ha dapprima proceduto ad analizzare il contesto giuridico nazionale ed europeo con riferimento alla radicalizzazione giovanile in carcere e nei contesti di libertà vigilata (*macro-level*),<sup>25</sup> ha valutato il trattamento dei giovani detenuti e la gestione delle situazioni a rischio di ra-

23 Golia et al. 2023.

24 Il progetto ha avuto una durata biennale. La prima fase ha preso avvio nel 2021. La conferenza finale del progetto si è tenuta a Roma nel settembre 2023.

25 I risultati della prima fase sono stati raccolti nel *Report on the coherence between EU/International legislation related to human rights and its implementation in 8 analyzed countries with a special focus on young adults* (disponibile su [www.sereny.eu](http://www.sereny.eu)), d'ora innanzi Report1, con l'obiettivo di fornire approfondimenti utili ai politici e ai legislatori, ma anche un punto di partenza per le attività di focus group e interviste, l'elaborazione delle risposte dell'indagine, di raccomandazioni e buone pratiche. Su questa scia, il secondo risultato prodotto da SERENY sono state le *Evidence-based recommendations to policymakers for designing and implementing young adults' radicalization prevention interventions in pris-*

dicalizzazione da parte dell'amministrazione penitenziaria (*me-so-level*),<sup>26</sup> infine concentrandosi sulla dimensione individuale, con la raccolta delle esperienze e delle sensazioni dei professionisti ma soprattutto dei giovani detenuti rispetto alle condizioni carcerarie e alla protezione dei loro diritti (*micro-level*).

I risultati di tutte e tre le fasi di ricerca si sono tradotti in un Manuale (*Handbook*)<sup>27</sup> volto ad offrire una guida pratica, fondata sull'analisi dei dati e delle buone prassi, al personale carcerario ma anche alle amministrazioni penitenziarie in senso lato, ai politici e ai legislatori, per aumentare la tutela dei diritti umani nelle carceri nei confronti dei giovani adulti.

### 3. Radicalizzazione giovanile e carcere nelle legislazioni nazionali: l'assenza di definizioni condivise

L'analisi della legislazione nazionale volta a prevenire l'estremismo violento e la radicalizzazione negli otto Paesi oggetto di indagine (Italia, Austria, Spagna, Slovenia, Germania, Francia e Belgio) è stata realizzata con riferimento al quadro legislativo dell'UE e del Consiglio d'Europa relativo ai diritti umani, al fine di vagliarne la coerenza con gli standard del diritto europeo e internazionale in materia di trattamento dei giovani adulti in carcere.<sup>28</sup> Una *desk analysis* delle fonti primarie è stata dapprima condotta alla luce dei *database* disponibili delle autorità legislative e giudiziarie, e le

*on and probation settings*, d'ora innanzi Evidence-based recommendations, anch'esse disponibili sul sito ufficiale del progetto.

- 26 Per 'amministrazione penitenziaria', ai fini dei lavori della ricerca, si è inteso l'insieme delle autorità e delle procedure pubbliche incaricate dell'esecuzione delle pene e della gestione della condizione di vita dei detenuti negli istituti penitenziari, della loro riabilitazione, nonché dei loro rapporti e di quelli con il personale degli istituti penitenziari stessi. Per raccogliere i dati quantitativi e qualitativi relativi alla 'seconda fase', la ricerca empirica ha compreso colloqui con i direttori e gli operatori delle carceri, educatori e psicologi che lavorano con i giovani carcerati, per valutare, da un lato, le difficoltà da parte dell'amministrazione penitenziaria nel gestire le situazioni a rischio di radicalizzazione, e dall'altro capire quali trattamenti vengono valutati da educatori e psicologi per approcciarsi alle stesse. Attraverso l'attività di ricerca, si è andati a identificare casi studio e buone pratiche da promuovere e disseminare. Alla luce dei dati raccolti, con riferimento alla seconda fase, il team di ricerca ha prodotto – fra gli altri – anche un *Report on the training gaps of prison and civilian staff related to human rights in 8 analysed countries with special focus on young adults*, d'ora in avanti Report2, disponibile su [www.sereny.eu](http://www.sereny.eu).

27 Handbook 2023.

28 Handbook 2023: 17.

opinioni di soggetti con comprovata esperienza nell'ambito della prevenzione dell'estremismo violento e della radicalizzazione, quali ricercatori e operatori giudiziari, sono state raccolte anche attraverso interviste semi-strutturate.<sup>29</sup> Da ultimo, si è proceduto alla contestualizzazione e a un serie di controlli incrociati con le informazioni acquisite in precedenza, tramite ad esempio progetti di ricerca già esistenti in materia.<sup>30</sup> Un'importante verifica è stata condotta circa la sussistenza di fonti non primarie (come le circolari interne alle amministrazioni penitenziarie) e le eventuali forme di collaborazione degli attori istituzionali e dei funzionari pubblici, che variano in maniera significativa nei Paesi analizzati.<sup>31</sup>

In generale, uno dei limiti riscontrati già nella prima parte della ricerca con riferimento alle diverse forme di legislazione attualmente in vigore nei Paesi analizzati (poi trasversale ad ogni altra fase dell'indagine) è risultata l'assenza di una definizione comune e giuridicamente vincolante di 'giovani adulti', come gruppo di età specifico per il trattamento penitenziario e la prevenzione della radicalizzazione. Si è riscontrata infatti la mutevolezza, ai fini del trattamento penitenziario, delle definizioni di 'giovane adulto' che non sempre si allineano a quelle fornite dalla psicologia, la quale – con questa terminologia – si riferisce ai detenuti in un periodo di sviluppo compreso tra i 18 e i 25 anni.<sup>32</sup> Allo stesso modo, il termine 'radicalizzazione' non trova una definizione univoca o non è affatto definito negli strumenti giuridici vincolanti. Mentre le definizioni nella letteratura delle scienze sociali e della psicologia sono tante e relativamente consolidate, in ambito giuridico la 'radicalizzazione' è più comunemente definita in strumenti di *soft law*, documenti politici, manuali governativi e linee guida interne, non vincolanti.<sup>33</sup>

L'assenza di una terminologia condivisa e giuridicamente vincolante non ha però impedito al gruppo di ricerca di procedere con l'analisi del quadro normativo internazionale ed europeo

29 Report1 2022: 9.

30 Report1 2022: 9.

31 Report1 2022: 9.

32 I diversi Paesi o ricorrono a nozioni distinte di 'giovane adulto' per il trattamento penitenziario o non hanno regimi giuridici specifici applicabili alle fasce di età comprese tra la popolazione carceraria minorile e quella adulta. In Francia, si considerano giovani adulti i detenuti di età compresa tra i 18 e i 29 anni. Sul punto, Higley 2019.

33 Handbook 2023: 17.

per la prevenzione dell'estremismo violento e la radicalizzazione in carcere, al fine di vagliare le effettive possibilità e le lacune inerenti alla protezione dei diritti dei detenuti, e di quelli giovani adulti in particolare. Ai fini del lavoro di ricerca, con riferimento ad entrambi i termini in questione, si è adottata una definizione volutamente ampia dei termini in questione, superando almeno parzialmente la legislazione esistente e le altre normative in vigore nei diversi sistemi nazionali, per fornire un terreno terminologico e metodologico comune. In particolare, con il termine 'giovane adulto' si è fatto riferimento al gruppo d'età che include "people between the legal age determined within a given legal system and their mid-twenties",<sup>34</sup> mentre per 'radicalizzazione' si è inteso il processo "by which individuals adopt extremist beliefs that increase the willingness to use violent means to achieve societal changes or, more generally, the expected outcome".<sup>35</sup>

### **3.1. Il quadro normativo internazionale ed europeo di riferimento**

Dal punto di vista del diritto internazionale ed europeo dei diritti umani, la questione della prevenzione della radicalizzazione dei giovani adulti in carcere è risultata (e risulta) complessa per almeno due ordini di fattori: anzitutto, la questione della prevenzione della radicalizzazione giovanile interseca diversi regimi di protezione dei diritti umani riguardanti i detenuti e i giovani adulti; in secondo luogo, la natura degli strumenti giuridici che dovrebbero essere preposti alla regolamentazione della materia, e che sono essenzialmente strumenti di *soft law*.<sup>36</sup>

Se è vero che i Paesi oggetto di analisi sono parti contraenti della maggior parte degli accordi internazionali e regionali sui diritti umani, tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ECHR), I Patti ONU del 1966 sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) e sui Diritti Economi, Sociali e Culturali (ICESCR), la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), la Convenzione contro la Tortura (CAT), la Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC), occorre allo stesso tempo rilevare che gli stessi partecipano anche a vari quadri giuridici riguardan-

34 Handbook 2023: 13 s.

35 Handbook 2023: 13 s.

36 Report1 2022: 9 s.



ti la prevenzione dell'estremismo violento e del terrorismo, internazionali ed europee, di carattere vincolante e non vincolante.<sup>37</sup> Questo significa che, oltre che sui regimi giuridici relativi ai diritti umani, la prevenzione della radicalizzazione dei giovani adulti si innesta su quadri politici e normativi più ampi, relativi all'antiterrorismo, alla cooperazione in ambito giudiziaria e penale, nonché alle politiche pubbliche in materia di welfare, integrazione culturale e inclusione sociale.<sup>38</sup> In altre parole, gli Stati non sono vincolati solamente dagli obblighi in materia di diritti umani ma hanno anche obblighi giuridici di protezione contro gli atti terroristici, che pongono una particolare enfasi sulla prevenzione del terrorismo e dell'estremismo violento.<sup>39</sup>

A rendere complessa la riflessione sulla prevenzione della radicalizzazione giovanile nelle carceri è poi – come si accennava – il fatto che gli strumenti giuridici internazionali che dovrebbero

37 ReportI 2022: 11 s.

38 Golia *et al.* 2023. Tra gli strumenti giuridici volti alla prevenzione dell'estremismo violento e del terrorismo di cui gli Stati analizzati sono parti si annoverano, oltre al già citato ICCPR e alla CRC, alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale (UNGA) e del Consiglio di sicurezza (UNSC) dell'ONU, tra cui l'*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ('The Beijing Rules')*, adottate dall'UNGA con la Risoluzione 40/33 del 29 novembre 1985; la *United Nations Security Council Resolution 1373 (2001)*; le *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners ('The Nelson Mandela Rules')*, UNGA resolution 70/175, adottata il 17 dicembre 2015; l'*Handbook on the Management of Violent Extremist Prisoners and the Prevention of Radicalization to Violence in Prisons*, adottato dall'UN Office on Drugs and Crime (UNODC) nell'ottobre 2016, le convenzioni, gli atti, le comunicazioni e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa [oltre alla già menzionata CEDU, la Convenzione di Varsavia per la prevenzione del Terrorismo del 2005; la raccomandazione Rec(2006)2-rev del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole penitenziarie europee] e delle istituzioni europee [la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2012/C 326/02); European Commission Communication to the European Parliament and the Council concerning terrorist recruitment, 'Addressing the factors contributing to violent radicalization', COM/2005/0313 final; Council of the European Union, 'Revised EU Strategy for Combating Radicalization and Recruitment to Terrorism', Brussels, 19 May 2014, (OR. en) 9956/14, JAI 332, ENFOPOL 138, COTER 34; European Parliament resolution of 25 November 2015 on the prevention of radicalization and recruitment of European citizens by terrorist organizations (2015/2063(INI)); Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA; Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online (Text with EEA relevance)]. Sul punto, cfr. ReportI 2022: 12 s.

39 Golia *et al.* 2023.

orientare la regolamentazione nazionale in materia sono spesso non vincolanti e adottati da istituzioni che non hanno una chiara competenza per la regolamentazione diretta della materia. Essi includono una varietà di strumenti di *soft law* di diversa natura, origine e autorità normativa, che assumono la forma di raccomandazioni e linee guida.<sup>40</sup> La coesistenza di strumenti giuridici vincolanti, come la Convenzione EDU, e non vincolanti, come le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, è fonte di incertezza giuridica nel quadro dei diritti umani concernente la prevenzione della radicalizzazione in carcere, trattandosi di individuare gli obblighi effettivi gravanti sugli Stati e la loro differenza con le 'semplici' migliori pratiche.<sup>41</sup>

Dall'analisi della vasta gamma di fonti sopramenzionate, il gruppo di ricerca ha potuto rilevare anzitutto che la prevenzione della radicalizzazione è spesso ancora legata all'antiterrorismo e, più in generale, a visioni *law and order*<sup>42</sup> e ad approcci punitivi che non tengono conto, o tengono conto solo in misura limitata e in ogni caso a posteriori, dei diritti umani dei giovani adulti.<sup>43</sup> In altri termini, la prevenzione della radicalizzazione è stata spesso equiparata alla prevenzione del crimine in quanto tale, anche nel diritto internazionale ed europeo.<sup>44</sup> Tuttavia, è emerso un approccio più ampio, soprattutto all'interno di strumenti di *soft law*, che collega la prevenzione della radicalizzazione a politiche sociali distinte, inclusi i diritti dei detenuti.<sup>45</sup> In questo contesto, "minori e giovani adulti sono stati individuati come soggetti più vulnerabili alla radicalizzazione. Ad esempio, è riconosciuto che il loro trattamento – sia all'interno che all'esterno delle carceri – richiede regole specifiche e una formazione specializzata del personale carcerario ed educativo".<sup>46</sup> Oltre alle caratteristiche di umanità del trattamento si è registrata "l'esigenza più forte, contenuta nella

40 Report1 2022: 11.

41 Report1 2022: 11

42 Golia *et al.* 2023.

43 Report1 2022: 11

44 Si veda, ad esempio, la Direttiva (UE) 2017/541 e la Relazione dell'Agenzia per i diritti fondamentali del 2021 (*Report: Directive (EU) 2017/541 on combating terrorism — Impact on fundamental rights and freedoms*, 18 November 2021).

45 Report1 2022: 11.

46 Golia *et al.* 2023.

Dichiarazione di Venezia del 2021<sup>47</sup> di accentuare il ricorso alla giustizia riparativa, alla diversione dai procedimenti giudiziari e alle misure non detentive”,<sup>48</sup> anche con riferimento al fenomeno della radicalizzazione giovanile.

### 3.2. Elementi critici e diritti umani da realizzare

A partire dall’analisi della legislazione internazionale ed europea, diversi elementi critici sono stati rilevati rispetto “all’individualizzazione del trattamento penitenziario, al monitoraggio specifico e alla valutazione del rischio; all’affollamento delle strutture di detenzione; alla professionalizzazione del personale sia per quanto riguarda il personale di custodia che per quello educativo; ai programmi di reintegrazione e riabilitazione”<sup>49</sup> con riferimento a soggetti vulnerabili, quali i giovani adulti.

È stato rilevato, infatti, come le amministrazioni penitenziarie e i dipartimenti di sicurezza spesso adottino strategie di contrasto alla radicalizzazione dei detenuti con ampia discrezionalità e sulla base di fonti e linee guida interne relativamente poco trasparenti. Si tratta di misure capaci di incidere significativamente sui diritti riconosciuti dagli strumenti giuridici internazionali ed europei a tutela dei diritti umani, relativi, tra gli altri, ai trattamenti inumani e degradanti, al principio di legalità, all’accesso alla giustizia, alla tutela della vita privata e familiare e alla libertà religiosa.<sup>50</sup> Oltre ai diritti specifici dei detenuti, la ‘troppa’ discrezionalità delle amministrazioni penitenziarie rischia di compromettere il più generale principio dell’effettività dei diritti umani che, come interpretato in particolare dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con riferimento all’art. 13 CEDU, vincola i governi e le giurisdizioni a guardare alla realtà di una situazione, e non semplicemente al suo dato formale esteriore. In base a tale principio, infatti, i diritti sanciti dalla CEDU dovrebbe essere interpretati “to

47 Dichiarazione dei Ministri della giustizia degli Stati membri del Consiglio d’Europa sul ruolo della giustizia riparativa in materia penale, 13 e 14 dicembre 2021, Venezia, punto 12.

48 Golia *et al.* 2023.

49 Golia *et al.* 2023.

50 Report1 2022: 15.

render guaranteed rights practical and effective, not theoretical and illusory”.<sup>51</sup>

Una riflessione importante ha riguardato le basi giuridiche per l’inasprimento degli standard di monitoraggio per i detenuti a rischio di radicalizzazione, la cui previsione deve essere legittima, chiara e prevedibile. Sul punto, il Report di SERENY “on the coherence between EU/International legislation related to human rights” ha rilevato come, sempre la Corte europea dei diritti dell’uomo, abbia affermato che le ragioni di sicurezza possono sì legittimare la sorveglianza delle comunicazioni nelle aree di visita, la sorveglianza sistematica e la registrazione delle comunicazioni, ma che le stesse non possono però avvenire per altri motivi che interferirebbero con i diritti sanciti dall’art. 8 della CEDU, e dunque con il rispetto della vita privata e familiare dei soggetti detenuti.<sup>52</sup> Per quanto riguarda il collocamento e i trasferimenti collettivi, è stato sottolineato che mentre il trasferimento dei detenuti da una struttura all’altra può essere giustificato da problemi di sicurezza, i trasferimenti multipli ingiustificati possono risultare violativi dell’art. 3 CEDU, e cioè del divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti.<sup>53</sup> Secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, infatti, la detenzione di un individuo in un carcere lontano dalla famiglia, che rende le visite molto difficili o addirittura impossibili, può interferire con la vita familiare ai sensi dell’art. 8 CEDU.<sup>54</sup> Anche la detenzione in una struttura carceraria

51 Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo rispetto diritti dei detenuti, si veda ECtHR Registry, “*Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Prisoners’ rights*”, aggiornata al 31 agosto 2022 disponibile a: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Prisoners\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf). Sulla giurisprudenza della Corte EDU relativa all’art 13, si veda invece ECtHR Registry, “*Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights Right to an effective remedy*”, aggiornata al 31 agosto 2022, disponibile su: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide\\_art\\_13\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_13_eng).

52 Report1 2022: 15. Il diritto alla vita privata e familiare è stato bilanciato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con le esigenze di sicurezza che impongono di recidere i legami tra i detenuti e il loro contesto criminale. Nel contesto del terrorismo, la Corte “ha ‘tollerato’ scelte politiche volte a tagliare i legami tra i detenuti interessati e il loro ambiente criminale originario per ridurre al minimo il rischio che mantengano contatti con organizzazioni terroristiche” (Golia et al. 2023). Tuttavia, i giudici di Strasburgo richiedono costantemente agli Stati l’adozione di garanzie adeguate a proteggere il detenuto da abusi, consentendo il contatto con i familiari e gli amici (Golia et al. 2023).

53 Report1 2022: 15.

54 Report1 2022: 15. Considerazioni cruciali attengono alla necessità di prevedere garanzie adeguate a proteggere il detenuto interessato da abusi e verificare in

di massima sicurezza, sia in custodia cautelare che a seguito di una condanna penale, genera contrasti con l'art. 3 CEDU. Benché sia possibile in base a considerazioni di ordine pubblico introdurre regimi carcerari di massima sicurezza per particolari categorie di detenuti, basati sulla necessaria separazione di tali detenuti dalla comunità carceraria e su controlli di sicurezza più severi, l'art. 3 CEDU impone infatti allo Stato di garantire che una persona sia detenuta in condizioni compatibili con la dignità umana e che le modalità e il metodo di esecuzione della misura non la sottopongano a difficoltà di intensità superiore al livello inevitabile di sofferenza legato alla detenzione.<sup>55</sup>

### **3.3. Modelli, misure e rischi comuni: la centralità di un approccio di prevenzione del crimine**

L'indagine condotta nelle prime due fasi della ricerca di SERENY ha rilevato come i sistemi penali e penitenziari degli otto Paesi partner varino sotto molti punti di vista. Tuttavia, i rispettivi quadri giuridici in materia di prevenzione della radicalizzazione in carcere mostrano alcune caratteristiche e modelli comuni. Anzitutto, il carattere 'reattivo' delle strategie preventive. L'analisi giuridica ha infatti confermato che, negli Stati oggetto di indagine, le misure finalizzate alla prevenzione della radicalizzazione sono state introdotte e si sono sviluppate principalmente come reazione alle più recenti e ricorrenti ondate di attacchi terroristici in

concreto le misure adottate dalle autorità al fine di garantire i contatti tra il detenuto e la sua famiglia e i suoi amici (sul punto v. Maggio 2021).

- 55 Report1 2022: 16. Nell'analisi condotta dal progetto SERENY rispetto agli standard di monitoraggio per i detenuti a rischio di radicalizzazione, le Regole penitenziarie europee (EPR), elaborate e ulteriormente modificate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, hanno costituito un altro elemento fondamentale. Esse prevedono che qualsiasi restrizione o sorveglianza delle comunicazioni e delle visite, necessaria per le indagini penali, il mantenimento dell'ordine, la sicurezza e la prevenzione del crimine, e la protezione delle vittime del crimine – comprese le disposizioni dell'autorità giudiziaria – debba comunque garantire un contatto minimo accettabile. Le regole sottolineano come l'adozione di misure speciali di alta sicurezza e protezione sia consentita solo in casi eccezionali. Le misure devono essere stabilite secondo procedure chiare. La natura delle stesse, la loro durata e i motivi del loro utilizzo devono essere determinati dalla legislazione nazionale. Le misure devono essere applicate a singoli detenuti e non a gruppi di detenuti. È importante sottolineare che ogni detenuto sottoposto a tali misure ha il diritto di presentare un reclamo (Report1 2022: 16).

Europa, spesso – ma non sempre – perpetrati da organizzazioni jihadiste.<sup>56</sup>

Il carattere prevalentemente di contrasto “ha influenzato profondamente l’approccio generale dei regolatori nazionali, con effetti duraturi sulle strategie attuate”.<sup>57</sup> Uno di questi effetti è l’approccio generale alla prevenzione del crimine, per cui le misure di prevenzione della radicalizzazione sono spesso equiparate alla prevenzione del crimine in senso ampio, sia all’interno che all’esterno delle carceri, con la conseguenza che le considerazioni relative ai diritti umani rilevano spesso solo dopo che le normative e le strategie relative all’antiterrorismo siano state progettate e implementate.<sup>58</sup> Un secondo elemento convergente riguarda l’attenzione alla radicalizzazione jihadista.<sup>59</sup> Sebbene la radicalizzazione sia un processo che può potenzialmente avvenire all’interno di una varietà di spettri ideologici e comportamentali, i legislatori e le amministrazioni penitenziarie si concentrano per lo più sulla radicalizzazione jihadista di stampo islamista, trascurando altre forme di radicalizzazione, con il rischio di un’eccessiva stigmatizzazione e compromissione delle legittime espressioni religiose, che possono tradursi nell’adozione di misure violative dei diritti umani, con riferimento appunto alla libertà religiosa e al trattamento non discriminatorio dei detenuti.<sup>60</sup>

Ulteriori punti (e difficoltà) in comune derivano dalla mancanza – già sopra accennata – di una definizione giuridica condivisa di ‘radicalizzazione’, che rischia di compromettere i diritti dei detenuti, con riferimento in particolare alla certezza, non arbitrarietà e prevedibilità del trattamento penitenziario, soprattutto nella sussistenza di quadri normativi molto variegati.<sup>61</sup> Si è rilevato infatti che nella maggior parte dei Paesi analizzati, le strategie penitenziarie relative alla prevenzione della radicalizzazione sono incentrate su fonti di rango inferiore, misure amministrative, cir-

56 Report1 2022: 17 s. In questo senso, si è evidenziato come la Slovenia, che poco ha percepito, rispetto agli altri Paesi europei, le gravi minacce alla sicurezza negli ultimi anni, sia stato uno degli ultimi Paesi dell’UE a predisporre un documento strategico che fissasse le misure di contrasto al terrorismo e all’estremismo violento.

57 Golia *et al.* 2023.

58 Report1 2022: 20 s.

59 Report1 2022: 21.

60 Report1 2022: 21.

61 Report1 2022: 21 s.

colari interne, istruzioni e altri strumenti simili. In genere, la legislazione primaria si limita a stabilire le regole organizzative e procedurali generali, ma non regola in dettaglio le possibilità e i limiti sostanziali delle misure di prevenzione della radicalizzazione.<sup>62</sup> Inoltre, gli strumenti che regolano concretamente le pratiche penitenziarie hanno uno status giuridico ed effetti incerti, spesso non sono accessibili al pubblico.<sup>63</sup> La poca trasparenza dei regimi normativi inerenti alla prevenzione della radicalizzazione rischia certo di aprire a un'ampia gamma di abusi dei diritti umani, soprattutto perché amplifica la potenziale discrezionalità e arbitrarietà delle amministrazioni penitenziarie già ispirate da approcci di prevenzione del crimine. Ciò nonostante, è stato sottolineato come la stessa potrebbe agevolare una maggiore personalizzazione del trattamento e l'adattamento ai fenomeni di radicalizzazione, che sono di per sé stessi mutevoli.<sup>64</sup>

Un altro elemento ricorrente rilevato dalla ricerca è l'assenza di normative e trattamenti specificamente dedicati ai giovani adulti, categoria che – si è detto – presenta specifiche caratteristiche psicosociali. Le amministrazioni penitenziarie spesso non riescono a cogliere le specificità e a gestire adeguatamente individui che, pur non essendo del tutto equivalenti ai minori, ne condividono molte delle vulnerabilità, soprattutto quando si tratta di esposizione al reclutamento in carcere.<sup>65</sup>

Un ultimo elemento comune alle normative nazionali dei Paesi analizzati riguarda le strategie di prevenzione della radicalizzazione relative alla riabilitazione e all'inclusione socioeconomica dei detenuti. Nella maggior parte dei casi i programmi di formazione per il personale carcerario e di polizia specificamente finalizzati alla prevenzione della radicalizzazione sono stabiliti e sviluppati nell'ambito di organizzazioni e reti esterne e sono spesso relativamente estemporanee.<sup>66</sup> A questo proposito, "si assiste a una sorta di «divisione del lavoro». Da un lato, le strategie di prevenzione del crimine, ancora oggi preoccupazione primaria delle

62 Golia *et al.* 2023.

63 Golia *et al.* 2023.

64 Golia *et al.* 2023.

65 Report1 2022: 22.

66 Report1 2022: 22. Questo vale anche per iniziative ben note e di relativo successo come la Rete europea di sensibilizzazione alla radicalizzazione (*Radicalisation Awareness Network, RAN*), a cui partecipa la maggior parte dei Paesi analizzati.

amministrazioni pubbliche (penitenziarie e di polizia); dall'altro, le strategie di inclusione sociale, per lo più lasciate a collaborazioni con enti esterni e privati".<sup>67</sup> Il coinvolgimento delle reti esterne al carcere appare essenziale in qualsiasi strategia di prevenzione della radicalizzazione e, più in generale, di riabilitazione dei detenuti. Tuttavia, il fatto che tali strategie e programmi di formazione rimangano in qualche modo decentrati "contribuisce al rischio di perdere di vista l'obiettivo generale e quindi apre la possibilità di ulteriori violazioni dei diritti umani".<sup>68</sup>

Se si guarda più specificamente alle misure adottate in carcere, gli otto Paesi analizzati mostrano una relativa omogeneità nei sistemi di prevenzione della radicalizzazione.<sup>69</sup> La maggior parte di essi si ispira o si è ispirata a un modello quasi standardizzato, sempre legato ad un approccio ispirato dalla prevenzione del crimine, in cui "la radicalizzazione viene inquadrata come uno spettro caratterizzato da fasi progressive e sempre più estreme di un processo (non necessariamente lineare) verso ideologie estremiste e – potenzialmente – verso crimini violenti".<sup>70</sup>

Ognuna di queste fasi individua un diverso livello di rischio, enucleando misure mirate e potenzialmente afflittive, che vanno dalla raccolta, il monitoraggio e la classificazione dei dati all'interazione dei ristretti con gli altri detenuti in carcere e con il mondo esterno, compresi i familiari, le condizioni di collocamento in carcere, il trasferimento in istituzioni diverse e l'accesso al trattamento non detentivo.<sup>71</sup>

Questo modello si basa necessariamente su una serie di 'indicatori' di radicalizzazione relativamente tipizzati<sup>72</sup> che devono essere raccolti, monitorati e analizzati dal personale carcerario, spesso in collaborazione con i dipartimenti di polizia e i servizi di intelligence nazionali. Sebbene strumenti di governo come circolari e istruzioni interne non facciano sempre riferimento esplicito al jihadismo, tali indicatori si sono concentrati negli ultimi anni in

67 Golia *et al.* 2023.

68 Golia *et al.* 2023.

69 Golia *et al.* 2023.

70 Golia *et al.* 2023.

71 Report1 2022: 24.

72 Le strategie sviluppate per prevenire e contrastare la radicalizzazione in carcere sono generalmente basate su indicatori di rischio comportamentali, già di per sé problematici per gli standard dei diritti umani. Sul punto, cfr. par. 6.2 in questo contributo.



modo sproporzionato sui comportamenti legati alla religione islamica.<sup>73</sup> Inoltre, gli elementi utilizzati dal personale penitenziario e di polizia come indicatori di radicalizzazione non sono sempre resi noti in modo esaustivo e spesso non hanno una solida base scientifica.<sup>74</sup> Infine, le misure adottate sulla base dell'analisi degli indicatori di radicalizzazione sono potenzialmente in grado di incidere sull'effettivo trattamento penitenziario, al punto da poter essere facilmente qualificate come pene distinte, applicate oltre a quelle inflitte in seguito alla commissione di un reato. Peraltro, essendo generalmente qualificate come misure organizzative e di gestione del carcere, cioè come parte dell'amministrazione interna del sistema penitenziario, soffrono spesso la difficoltà della realizzazione di un controllo davanti all'autorità giudiziaria.<sup>75</sup>

In estrema sintesi, in generale, la prevenzione della radicalizzazione in carcere è ancora oggi concepita principalmente come una questione di sicurezza nazionale e secondo un approccio di prevenzione del crimine. Il detenuto sospettato di essere radicalizzato è per lo più trattato come un potenziale criminale piuttosto che come un individuo con un maggior grado di vulnerabilità, considerando anche che le misure sopra menzionate possono ulteriormente ritardare la riabilitazione sociale del detenuto, soprattutto se si tratta di un giovane adulto, e compromettere violare i suoi diritti umani.<sup>76</sup>

Al fine di migliorare la coerenza dei sistemi esistenti con le norme pertinenti in materia di diritti umani, il progetto SERENY ha rilevato come due strategie, diverse ma che non si escludono a vicenda, potrebbero essere perseguite: da un lato, la mitigazione dei rischi per i diritti umani intrinsecamente associati ai modelli esistenti; dall'altro, l'orientamento verso modelli alternativi incentrati sulla vulnerabilità e su misure di giustizia riparativa.<sup>77</sup> Per

73 ReportI 2022: 24 s.

74 ReportI 2022: 24 s.

75 ReportI 2022: 24 s.

76 La ricerca ha sottolineato che l'approccio di prevenzione del crimine non implica di per sé violazioni dei diritti umani. Occorre però che il monitoraggio, la raccolta dei dati e il trattamento più invasivo, così come le decisioni relative alla collocazione e ai trasferimenti detenuti siano necessari e proporzionati (ReportI 2022: 24 s.).

77 In questo senso, i rapporti che hanno concluso le prime fasi di ricerca hanno indicato, tra le strategie preliminari e buone pratiche da adottare, oltre alla determinazione di definizioni giuridicamente vincolanti nella legislazione primaria

essere compatibile con gli standard dei diritti umani, l'approccio alla prevenzione del crimine richiederebbe condizioni ideali che sono estremamente difficili da rinvenire nella realtà concreta dei sistemi penitenziari, tanto nei Paesi ad alto reddito quanto in quelli a basso reddito.<sup>78</sup> Tali condizioni passerebbero da un'adeguata dotazione e formazione del personale penitenziario, degli psicologi e dei mediatori culturali, perché possano individualizzare in modo appropriato le misure, adattandole alle specifiche vulnerabilità dei detenuti, e valutare i dati raccolti in modo non discriminatorio e imparziale.<sup>79</sup>

Dotazione e formazione che spesso, però, mancano o sono carenti.

#### **4. L'amministrazione penitenziaria e la gestione delle situazioni a rischio: il *gap* formativo da colmare**

Per quanto i diritti umani risultino elementi essenziali nella formazione dei giudici in tutti i Paesi analizzati, la ricerca condotta dal progetto SERENY ha evidenziato come in nessuno dei Paesi osservati siano in atto formazioni speciali per i giudici in materia di radicalizzazione dei giovani adulti.<sup>80</sup>

Percorsi formativi in relazione all'estremismo e al terrorismo esistono in Albania, in cui i giudici si formano su argomenti specifici relativi al reclutamento di affiliati o al finanziamento del terrorismo all'interno del quadro internazionale e regionale.<sup>81</sup> In Belgio non esistono programmi di formazione specifici per i giudici

dedicata, il rafforzamento delle garanzie procedurali, in particolare giudiziarie, per i detenuti; l'esplorazione e l'attuazione di strategie di trattamento e superamento degli approcci di prevenzione del crimine, in particolare quelli basati sulla vulnerabilità; e il rafforzamento della giustizia riparativa e di strategie di inclusione democratica (sul punto vedi Evidence-based recommendations 2022: 6-8).

78 Report1 2022: 24 s.

79 A questo proposito, il Report1 ha sottolineato che i dati accessibili sui finanziamenti e sui bilanci dei sistemi penitenziari dei Paesi analizzati e dei loro capitoli specifici non consentono di comprendere in modo esaustivo le risorse effettivamente destinate alla prevenzione della radicalizzazione in carcere, siano esse rivolte ai giovani adulti o ad altri gruppi. Quando disponibili, tali dati si riferiscono piuttosto al sistema penitenziario nel suo complesso o a programmi specifici di prevenzione della radicalizzazione. In ogni caso, emergono problemi di sottofinanziamento e, più in generale, non è chiarito l'effettivo impegno finanziario dei governi nazionali nella prevenzione della radicalizzazione (Report1 2022: 24 s.).

80 Report2 2023: 4.

81 Report2 2023: 4.

in materia di radicalizzazione dei giovani adulti. Tuttavia, questi ricevono una formazione generale sul tema della radicalizzazione. Tutti i magistrati francesi hanno accesso a un programma di formazione continua che permette loro di comprendere meglio tutte le questioni relative alla lotta alla radicalizzazione o al trattamento giudiziario del terrorismo, mentre in Austria e in Slovenia i giudici partecipano ad una serie di programmi internazionali e formazioni *online* sulla prevenzione della radicalizzazione e la risposta giudiziale al terrorismo.<sup>82</sup>

Anche la formazione per il personale penitenziario e civile sulla radicalizzazione dei giovani assume forme diverse in quasi tutti i Paesi analizzati. In alcuni Paesi l'attenzione è rivolta alla radicalizzazione in generale, mentre in altri viene posto l'accento sul gruppo dei giovani adulti.<sup>83</sup>

In Albania i programmi di formazione sui temi dell'estremismo violento sono di carattere generale, ma affrontano questioni specifiche, esigenze e rischi associati ai giovani, come l'età del primo coinvolgimento in attività criminali, l'abbandono scolastico, la personalità criminale, le associazioni criminali, l'impulsività e l'uso della violenza in giovane età.<sup>84</sup>

In Belgio, così come in Francia, non esistono programmi di formazione che abbiano un'attenzione specifica all'estremismo violento dei giovani adulti. Il personale carcerario riceve solo formazioni generali sul tema della radicalizzazione.<sup>85</sup>

La radicalizzazione dei giovani non è nemmeno un punto focale dei programmi sloveni di formazione e istruzione per gli agenti penitenziari sloveni.

Quando si parla di programmi di formazione sulla radicalizzazione in generale, i rappresentanti dell'Amministrazione penitenziaria prendono parte – ma non sempre in maniera regolare – ai programmi di formazione RAN (*Radicalisation Awareness Network*) ed EuroPris.<sup>86</sup> In Austria è stata istituita un'unità di coordinamento per la prevenzione dell'estremismo e la deradicalizzazione presso la Direzione generale dell'esecuzione penale e della detenzione carceraria che, tra i vari compiti, fornisce una

82 Report2 2023: 4.

83 Report2 2023: 5-7.

84 Report2 2023: 5-7.

85 Report2 2023: 5 s.

86 Report2 2023: 5-7.

formazione adeguata al personale carcerario, al contrario che in Spagna, dove continue sono le lamentele da parte dei dipendenti pubblici che lavorano nelle carceri per la scarsa formazione che ricevono a questo proposito.<sup>87</sup>

In Italia esistono programmi di formazione specifici per il personale penitenziario su tutti i soggetti a rischio di radicalizzazione, non solo sui giovani adulti, mirati a individuare il rischio di radicalizzazione all'interno delle carceri (ad esempio, il comportamento religioso) attraverso una lista condivisa di indicatori sviluppati con riferimento a diversi aspetti: la storia personale (per cui si consente agli operatori penitenziari di raccogliere informazioni sul vissuto del detenuto e sulla sua famiglia); il comportamento che il detenuto assume all'interno del carcere (e anche in questo caso il personale è legittimato a raccogliere e analizzare informazioni relative agli atteggiamenti, alle azioni che il detenuto compie durante la detenzione); le dimensioni emotive, per permettere al personale penitenziario di comprendere e valutare il livello di coinvolgimento del soggetto nel processo di radicalizzazione; e, infine le dimensioni valoriali o ideologiche per capire se i comportamenti e gli atteggiamenti assunti dal detenuto sono espressione delle convinzioni, valori, ideologie proprie dell'estremismo violento.<sup>88</sup>

A seguito dell'analisi condotta da SERENY sui programmi di formazione esistenti, è emersa la necessità, in tutti i Paesi, di intensificarne l'offerta per tutti i professionisti che lavorano con i giovani detenuti. Le informazioni raccolte evidenziano, infatti, l'assenza ma anche la difficoltà di accedere a una formazione specifica da parte di coloro che lavorano con i giovani detenuti.<sup>89</sup> Sembra che molti dei programmi di formazione siano stati sviluppati nell'ambito di progetti di cooperazione internazionale e non tutto il personale possa accedervi a causa della lingua. Pertanto, risulterebbe necessario sviluppare un modello di diffusione della formazione a livello nazionale o, meglio ancora, a livello

87 Report2 2023: 5-7.

88 Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia anno 2019*, disponibile su [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/anno\\_giudiziario\\_2020\\_dap.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/anno_giudiziario_2020_dap.pdf), ultimo accesso 14.11.2023.

89 Report2 2023: 7-10.

di singolo carcere.<sup>90</sup> In questo modo si potrebbe anche garantire una migliore rispondenza ai bisogni formativi.

In secondo luogo, i programmi di formazione esistenti non appaiono sufficienti ad una formazione specifica sul tema. Spesso gli elementi relativi alla radicalizzazione sono offerti durante la formazione generale degli agenti di polizia penitenziaria, nel corso della quale l'argomento non riceve l'attenzione di cui ha bisogno. In questo senso, occorrerebbe concentrarsi sui diversi aspetti del processo di radicalizzazione e sulla prevenzione della radicalizzazione, dedicandovi anche una maggiore quantità di tempo. I dati raccolti, infatti, hanno rilevato come le formazioni offerte fossero per lo più di breve durata e fornissero una panoramica molto superficiale sul processo di radicalizzazione e il target specifico dei giovani adulti. Da ultimo, la formazione necessita di risorse finanziarie e umane, oltre che di tempo adeguato, di cui spesso l'amministrazione finanziaria, gli agenti penitenziari, ma anche il personale civile delle carceri non dispongono.

Per questo le risorse da investire sulla formazione dovrebbero essere incrementate, anche per favorire la cooperazione e gli approcci multidisciplinari (da quello giuridico a quello sociologico e psicologico), essenziali per affrontare la questione della prevenzione della radicalizzazione e per raggiungere un maggior numero di professionisti che lavorano nelle carceri con giovani a rischio di radicalizzazione o già radicalizzati: agenti di polizia penitenziaria, direzione del carcere, operatori sociali, pedagogisti, operatori della libertà vigilata.<sup>91</sup>

## **5. I primi risultati del progetto SERENY: tra raccomandazioni e buone prassi**

A termine delle prime due fasi di ricerca, e dunque a fronte dei primi risultati prodotti,<sup>92</sup> il team del progetto SERENY ha potu-

90 Report2 2023: 7-10.

91 Report2 2023: 7-10. In estrema sintesi, i corsi di formazione per gli agenti di polizia penitenziaria e il personale civile dovrebbero essere potenziati e concentrarsi su vari elementi, che vanno dalle cause del processo di radicalizzazione ai fattori psicologici e sociologici e dunque alla situazione particolare dei giovani detenuti, passando per il riconoscimento di indicatori di radicalizzazione che oltrepassino gli stereotipi e da metodi concreti di prevenzione e intervento, oltre che da buone prassi.

92 Sul punto v. *supra*, nt. 25.

to constatare come il rafforzamento della coerenza dei sistemi di prevenzione della radicalizzazione in carcere con gli standard dei diritti umani richieda innanzitutto il rafforzamento delle basi legislative condivise su cui si fondano e vengono adottate le misure in questione.<sup>93</sup> Le amministrazioni penitenziarie e di polizia adottano le misure pertinenti seguendo procedure amministrative opache, guidate da criteri sostanziali contenuti in istruzioni interne prive di un chiaro *status* giuridico e di accessibilità.<sup>94</sup> Ciò lascia spazio a un'ampia discrezionalità e, quindi, a un trattamento potenzialmente discriminatorio dei detenuti, soprattutto quando il personale penitenziario non è adeguatamente formato e le carceri sono sovraffollate. Per questo, secondo le raccomandazioni fornite dalla ricerca, le misure dovrebbero basarsi sulla legislazione primaria e dimostrarsi specificamente dedicate a regolamentare i poteri e le competenze della polizia e dell'amministrazione penitenziaria in materia di prevenzione della radicalizzazione.<sup>95</sup>

Gli esperti di SERENY, alla luce dell'analisi condotta nelle prime due fasi di ricerca, hanno poi fatto notare che le fonti giuridiche non dovrebbero esclusivamente concentrarsi sulla radicalizzazione jihadista, quanto piuttosto fornire strumenti e linee guida volti a evitare rischi di applicazione distorta, guardando al fenomeno nel suo complesso.<sup>96</sup>

È risultata inoltre fondamentale la circostanza che la legislazione dedicata alla prevenzione della radicalizzazione si rivolga adeguatamente alla fascia d'età più vulnerabile, con disposizioni specifiche riguardanti le garanzie sostanziali e procedurali.<sup>97</sup> A quest'ultimo proposito, la legislazione pertinente non dovrebbe fornire solo gli standard sostanziali riguardanti, ad esempio,

93 Golia *et al.* 2023.

94 Golia *et al.* 2023.

95 Golia *et al.* 2023. Migliorare la qualità giuridica delle fonti pertinenti presenterebbe diversi vantaggi. Anzitutto, consentirebbe la trasparenza e il controllo pubblico e stabilirebbe meglio i vincoli giuridici per la polizia e l'amministrazione penitenziaria. Inoltre, faciliterebbe il controllo giudiziario delle relative misure, fornendo standard sostanziali e procedurali su cui basare il controllo. In terzo luogo, aiuterebbe a collegare e valutare meglio i quadri giuridici interni con le fonti internazionali ed europee pertinenti.

96 Golia *et al.* 2023.

97 Golia *et al.* 2023.

le pratiche discriminatorie, ma dovrebbe fissare anche garanzie procedurali, prevedendo meccanismi di tutela giudiziaria.<sup>98</sup>

Con riferimento anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, "i detenuti dovrebbero poter accedere a meccanismi di revisione giudiziaria delle misure che riguardano la loro classificazione, il regime di confinamento, la collocazione e il trasferimento, quando sono basate sulla presunta prevenzione della radicalizzazione".<sup>99</sup> In questo senso, il controllo giudiziario non dovrebbe limitarsi alla revisione della regolarità procedurale delle misure adottate, ma includere anche un esame sostanziale e, soprattutto quando si tratta di giovani adulti, essere effettuato da giudici con una formazione specifica, assistiti da esperti con competenze specifiche.

Un'altra serie di misure e strategie dovrebbe poi concentrarsi sul superamento della persistente centralità dell'approccio di prevenzione del crimine. A questo proposito, un'esperienza interessante è risultata quella dell'amministrazione catalana, che, seguendo le linee guida più avanzate a livello internazionale, opera secondo un paradigma basato sui bisogni e collega meglio la radicalizzazione alla vulnerabilità.<sup>100</sup> Piuttosto che sugli indicatori di un comportamento potenzialmente criminale, l'approccio catalano si concentra su persone con caratteristiche cognitive specifiche, come la mancanza di ragionamento critico e la facilità di essere influenzati.<sup>101</sup> L'idea di fondo è quella di lavorare con i soggetti considerati a rischio di radicalizzazione nello stesso modo in cui si lavora con gli altri detenuti, concentrandosi sui loro bisogni specifici, sociali e personali.<sup>102</sup> "Le considerazioni sul rilievo centra-

98 Golia *et al.* 2023. La revisione periodica interna della necessità e dell'adeguatezza delle misure adottate da parte delle amministrazioni penitenziarie non è di per sé sufficiente, se non è accompagnata da meccanismi di tutela giudiziaria. In questo senso, le misure che incidono profondamente sul trattamento penitenziario dei detenuti dovrebbero essere sottoposte a un efficace e tempestivo controllo giudiziario, soprattutto se non costituiscono necessariamente parte della pena originariamente inflitta e se sono potenzialmente in grado di incidere sulla risocializzazione del detenuto.

99 Golia *et al.* 2023.

100 Golia *et al.* 2023.

101 Best Practices 2022: 7.

102 Best Practices 2022: 7. Questo approccio individualizzato basato sulla 'vulnerabilità' si è già dimostrato efficace, in base a un confronto con la proiezione nazionale catalana. Il risultato del solo 2% (corrispondente a un singolo caso) che era stato radicalizzato nelle carceri della Catalogna induce a ritenere l'approccio

le dei diritti umani sono qui integrate nel trattamento complessivo dei detenuti e non vengono prese in considerazione a posteriori. Inoltre, non è richiesta una classificazione specifica della pericolosità criminale, che comporta il rischio di stigmatizzazione ed emarginazione, particolarmente dannosa per individui appartenenti a gruppi di età specifici come i giovani adulti".<sup>103</sup>

Un'altra strategia alternativa da seguire potrebbe (e dovrebbe) essere quella di 'puntare' sulla giustizia riparativa e sull'inclusione democratica dei detenuti nel circuito sociale. Le misure di giustizia riparativa sono da tempo indicate come percorsi da potenziare per prevenire la radicalizzazione, soprattutto di gruppi vulnerabili come i giovani adulti.<sup>104</sup> Tuttavia, sebbene tali misure siano già disponibili nella maggior parte dei Paesi analizzati e teoricamente applicabili ai crimini legati al terrorismo, le esperienze che si sono analizzate, soprattutto in Francia e in Belgio, hanno dimostrato quanto sia difficile implementarle nella pratica.<sup>105</sup>

Nello stesso solco, un'altra strategia da seguire per rafforzare la coerenza dei Paesi analizzati con gli standard dei diritti umani riguarda le iniziative di promozione della democrazia e di inclusione civica.<sup>106</sup> A questo proposito, l'esempio più sviluppato è rappresentato dalla Germania, dove la deradicalizzazione nelle carceri è di competenza dei *Bundesländer*. Tuttavia, il governo federale ha promosso sempre più l'impegno civico e il comportamento democratico a livello locale, statale e federale con alcuni programmi che hanno coinvolto diverse associazioni e organizzazioni della società civile, per promuovere la democrazia e la diver-

basato sulla vulnerabilità più coerente con i requisiti stabiliti a livello internazionale ed europeo. Certo, l'adozione di questo approccio è meno problematica nei casi – come nell'esperienza catalana – in cui le strutture penitenziarie sono gestite da amministrazioni regionali e non si occupano di detenuti condannati per reati di terrorismo o estremismo violento, che sono invece affidati a istituti gestiti dall'amministrazione penitenziaria nazionale con la collaborazione dei servizi antiterrorismo (Best Practices 2022: 7).

103 Golia *et al.* 2023.

104 Golia *et al.* 2023.

105 Tra le difficoltà, si possono annoverare la mancanza di coordinamento tra le strutture detentive che applicano standard diversi nella promozione e nell'informazione sugli strumenti di giustizia riparativa, l'opposizione del personale di sicurezza e carcerario locale, la posizione geografica delle carceri, che spesso rende difficili interventi a livello locale, ad esempio per l'organizzazione di incontri di gruppo tra autori e vittime (Golia *et al.* 2023).

106 Golia *et al.* 2023.



sità e combattere gli estremismi e, in generale, gli atteggiamenti antidemocratici di odio, come l'omofobia e la transfobia, la violenza e la radicalizzazione.<sup>107</sup>

L'analisi condotta dal progetto SERENY ha dimostrato che la coerenza delle misure di prevenzione della radicalizzazione – soprattutto quelle riguardanti i gruppi più vulnerabili come i giovani adulti – con gli standard di tutela dei diritti umani può essere valutata soltanto prendendo in considerazione il sistema penitenziario di un determinato Paese nella sua interezza e che “aumentare la qualità e la quantità del personale specializzato e migliorare le condizioni generali delle strutture penitenziarie appare essenziale per qualsiasi strategia efficace di prevenzione della radicalizzazione realmente ispirata dal rispetto delle garanzie fondamentali”.<sup>108</sup>

## **6. La dimensione individuale. L'impatto delle condizioni sistemiche delle carceri e l'indagine sui professionisti**

L'ultima parte della ricerca di SERENY ha avuto ad oggetto la dimensione individuale della tutela dei diritti umani dei soggetti detenuti o in contesto di libertà vigilata. I dati – quantitativi e qualitativi – a supporto della terza fase dell'analisi sono stati raccolti attraverso diversi strumenti, tra cui un'indagine paneuropea *online* rivolta ai professionisti interessati, vale a dire personale carcerario e di sorveglianza; incontri di gruppo con il personale carcerario e di sorveglianza e, infine, interviste con giovani a rischio, condotte da assistenti sociali qualificati.<sup>109</sup>

Per migliorare la tutela dei diritti umani a livello individuale, i risultati ottenuti dalle interviste e dagli incontri di *focus group* hanno evidenziato, anzitutto, la necessità di considerare i problemi strutturali dei sistemi penitenziari.<sup>110</sup> Strategie efficaci e buone pratiche a livello individuale possono infatti essere attuate con successo solo in presenza di determinate condizioni sistemiche delle carceri, molte delle quali non riguardano necessariamente la questione specifica della prevenzione della radicalizzazione

107 Golia *et al.* 2023.

108 Golia *et al.* 2023.

109 I dati raccolti sono convogliati in Handbook 2023.

110 Handbook 2023: 25.

ma incidono sulla protezione complessiva dei diritti umani.<sup>111</sup> Il punto di partenza, in questa terza fase, è apparsa la 'dimensione individuale', il punto di vista, dei professionisti coinvolti nei programmi di prevenzione della radicalizzazione giovanile in carcere, che nel corso dei *focus group* hanno avuto modo di condividere le criticità riscontrate nell'implementazione delle strategie antiradicalizzazione.

Tra le principali difficoltà riferite dai partecipanti agli incontri va annoverata (ancora una volta) la mancanza di risorse, con riferimento in particolare all'assenza di personale specializzato o adeguatamente formato, assieme al sovraffollamento delle strutture penitenziarie, che incidono sulle possibilità concrete degli operatori in prima linea di svolgere efficacemente i propri compiti.<sup>112</sup>

Le dimensioni degli istituti penitenziari e di libertà vigilata sono in generale rilevanti perché influiscono sulla possibilità di attuare con successo le strategie di riabilitazione e antiradicalizzazione.<sup>113</sup> Dal momento che consentono una migliore integrazione e conoscenza tra i detenuti e tra il personale penitenziario e i detenuti, le strutture più piccole presentano – come i partecipanti all'indagine hanno sottolineato – diversi vantaggi, che vanno dall'osservazione più ravvicinata e, dunque, accurata da parte degli operatori alla riduzione del rischio (alimentato magari dai pregiudizi da parte del personale) di interpretare in maniera errata i comportamenti dei detenuti, fino alla capacità di individuare correttamente gli indicatori significativi di un effettivo processo di radicalizzazione, senza considerarli inamovibili e immutabili durante il periodo di detenzione.<sup>114</sup> Strutture più piccole consentirebbero, in altre parole, di costruire un rapporto di fiducia nei confronti delle autorità pubbliche oltre che circolazione di informazioni precise e conoscenza di prima mano dei singoli detenuti da parte di operatori penitenziari con *background* formativi e mansioni diverse, senza considerare il fatto che le stesse possono ridurre di molto i rischi derivanti dalla mancanza di appartenenza

111 Handbook 2023: 25.

112 Handbook 2023: 21.

113 Handbook 2023: 25.

114 Handbook 2023: 25.

e dalla ricerca di identità: motivazioni spesso alla base dei processi di radicalizzazione.<sup>115</sup>

Rispetto ai programmi di formazione sui diritti umani e sulla prevenzione della radicalizzazione rivolti al personale penitenziario, soprattutto nelle strutture che si occupano di giovani adulti, i professionisti intervistati hanno sottolineato come l'offerta formativa sia spesso affidata ad enti esterni al carcere e come la partecipazione, ma anche l'effettiva applicazione delle competenze acquisite durante tale formazione, non siano spesso considerate fattori rilevanti nella valutazione del lavoro e nella progressione di carriera.<sup>116</sup>

Gli operatori in prima linea a volte faticano a cogliere la rilevanza immediata della formazione sui diritti umani per la prevenzione della radicalizzazione. Inoltre, spesso percepiscono la partecipazione a questi programmi come un semplice dovere da adempiere, senza o con un limitato collegamento diretto ai loro compiti effettivi o alla loro effettiva utilità.<sup>117</sup>

Le esperienze positive ricavate dai dati raccolti provengono da contesti organizzativi in cui diversi tipi di formazione vengono erogati internamente, sottolineando così l'importanza di un radicamento istituzionale dei programmi di formazione. Come in ogni struttura organizzativa, il comportamento dei singoli individui è strettamente legato alle reti di relazioni sociali all'interno della loro istituzione. Pertanto, ai fini della tutela dei diritti umani dei detenuti, sarebbe importante che le risorse e le procedure mobilitate e le relative valutazioni, così come i controlli, fossero interni all'organizzazione in cui il personale opera e, in particolare, che siano in grado di fornire una formazione di base necessaria per svolgere le proprie mansioni e il proprio lavoro,<sup>118</sup> anche in considerazione del fatto che "authentic awareness of the value of human rights, strengthened by internal incentives, is crucial to creating an environment where inmates and penitentiary administration staff can reach the ultimate goals of rehabilitation and, more specifically, prevention of radicalisation, especially of individuals at risk such as young adults".<sup>119</sup>

115 Handbook 2023: 25.

116 Handbook 2023: 25.

117 Handbook 2023: 25.

118 Handbook 2023: 23-25.

119 Handbook 2023: 24.

## 6.1. Prevenzione della radicalizzazione e tutela dei diritti umani. Verso un approccio ‘a somma positiva’

Prendendo in considerazione più nello specifico la dimensione individuale dei detenuti, i dati raccolti dal progetto SERENY hanno mostrato come ancora oggi, anche fra il personale penitenziario, vi sia la tendenza a percepire un livello più elevato di protezione dei diritti umani come contrario alle esigenze di prevenzione della radicalizzazione (cosiddetto, approccio a somma zero, *zero-sum approach*).<sup>120</sup> Peraltro, tale percezione sarebbe a volte condivisa anche dagli stessi detenuti, che spesso “considerano una maggiore attenzione ai diritti umani da parte del personale correzionale come un segno della loro «debolezza»”.<sup>121</sup> Al contrario, è fondamentale sottolineare che la prevenzione della radicalizzazione passa attraverso l’effettiva tutela dei diritti umani. In altre parole, diventa essenziale puntare a strategie basate su un approccio a somma positiva (*a positive-sum approach*), per il quale la prevenzione della radicalizzazione e la tutela dei diritti umani non si escludono ma si rafforzano reciprocamente.<sup>122</sup>

In questo senso, tenendo la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Il Patto dell’ONU sui diritti civili e politici come principali punti di riferimento normativo, l’ultima parte dell’analisi condotta dal gruppo di esperti di SERENY ha individuato una serie di ‘migliori pratiche’ emerse dai dati raccolti in relazione ad alcuni diritti umani, quali il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU e art. 7 ICCPR), il principio *nulla poena sine lege* (art. 7 CEDU e art. 15 ICCPR), il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU e art. 24 ICCPR) e il diritto alla libertà religiosa (art. 9 CEDU e artt. 4 e 18 ICCPR) in grado di coniugare, da un lato, l’esigenza di prevenire la radicalizzazione e, dall’altro, la necessità di rafforzare la tutela dei diritti umani dei giovani adulti in carcere.<sup>123</sup>

120 Handbook 2023: 25.

121 Handbook 2023: 25.

122 Handbook 2023: 25.

123 Handbook 2023: 26.

## 6.2. Le migliori pratiche per rafforzare la tutela dei diritti umani dei giovani adulti in carcere: i risultati finali di SERENY

Tra le strategie che potrebbero rafforzare di gran lunga la tutela dei diritti umani dei detenuti a rischio di radicalizzarsi, si annovera anzitutto la riduzione al minimo dell'isolamento in relazione al divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti.

In molti sistemi penitenziari, i detenuti – anche giovani adulti – considerati o sospettati di essere a rischio di radicalizzazione, sono sottoposti a un trattamento penitenziario più severo, che spesso prevede l'isolamento. Come pure sottolinea l'*Handbook to increase human rights protection in prisons with regard to young adults*, l'isolamento non viola di per sé l'art. 3 CEDU, ma il fatto che la misura rientri nell'ambito del divieto di tortura e trattamenti degradanti dipende dalle condizioni particolari, dalla severità della misura, dalla sua durata, dall'obiettivo perseguito e dalle condizioni di detenzione.<sup>124</sup> Pertanto, nella loro applicazione concreta, tali misure e trattamenti disciplinari analoghi rischiano spesso di violare il divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU e dell'art. 7 dell'ICCPR, soprattutto per quanto riguarda la salute mentale, le capacità di socializzazione e le prospettive di riabilitazione, senza considerare il fatto che, nel momento in cui isolano i detenuti dal loro ambiente sociale e li escludono dalle attività di risocializzazione, sia all'interno che all'esterno degli istituti penitenziari, rischiano di innescare o rafforzare i processi di radicalizzazione, soprattutto quando si tratti di persone particolarmente vulnerabili come i giovani adulti.<sup>125</sup>

In altre parole, l'isolamento e la reclusione in isolamento dei detenuti spesso innescano e possono rafforzare piuttosto che ridurre il rischio di radicalizzazione. In questo contesto, una delle migliori pratiche emerse dai dati di supporto riguarda i modi in cui l'isolamento non dovrebbero essere utilizzato. Il personale – soprattutto le guardie carcerarie – dovrebbe essere formato e messo nelle condizioni di ridurre al minimo il ricorso a misure di isolamento e confinamento, imponendo l'isolamento solo sulla base di standard chiari e per periodi brevi, chiaramente stabiliti e limitati nel tempo, e come strumento di ultima istanza.<sup>126</sup>

124 Handbook 2023: 26.

125 Handbook 2023: 26-28.

126 Handbook 2023: 26-28.

In alternativa all'isolamento e alla detenzione in isolamento, le strategie più efficaci per la prevenzione della radicalizzazione sono quelle che mirano a 'decostruire' le relazioni sociali con le personalità carismatiche, verosimilmente radicalizzate, e a costruirne di nuove, separando ad esempio i detenuti identificati come agenti dell'indottrinamento dagli altri, aumentando l'integrazione tra detenuti di nazionalità, etnie e religioni diverse assieme alle attività di socializzazione (laboratori artistici, gruppi di lettura, etc.).<sup>127</sup> In questo senso, i giovani detenuti dovrebbero essere sottoposti a un trattamento differenziato che, a prescindere dai regimi speciali formalmente applicabili, possa prendere in considerazione la particolare situazione di immaturità e il processo di identità in formazione, evitando misure che possano contribuire all'isolamento sociale o bassa autostima.<sup>128</sup>

Un'ulteriore buona pratica raccolta dall'*Handbook*, utile a prevenire l'estremismo violento, assicurando allo stesso tempo il rispetto dei diritti umani dei giovani detenuti, riguarda l'uso corretto degli indicatori di radicalizzazione in relazione al principio *nulla poena sine lege*.<sup>129</sup> Le strategie sviluppate per prevenire e contrastare la radicalizzazione in carcere sono generalmente basate – si è detto più volte in questo scritto – su indicatori di rischio comportamentali, già di per sé problematici per gli standard dei diritti umani, perché si fondano su contestabili basi scientifiche; spesso non pubblici, anche per ragioni di sicurezza; e perché la loro applicazione concreta potrebbe risultare poco trasparente e soggetta a pregiudizi legati a fattori religiosi, etnici, nazionali o di genere.<sup>130</sup> Gli stessi indicatori diventano spesso elementi centrali per la formazione del personale penitenziario, che potrebbe essere indotto a rilevare condizioni di detenzione diverse, più o meno afflittive, e rischiare di compromettere l'individualizzazione del trattamento penitenziario.<sup>131</sup> In altre parole, pur non essendo contrari al diritto dei diritti umani in quanto tali, l'uso di 'semplici' indicatori, per quanto scientificamente validi, apre al rischio di trattamenti penitenziari privi di chiare basi giuridiche, in viola-

127 Handbook 2023: 26-28.

128 Handbook 2023: 26-28.

129 Handbook 2023: 28-30.

130 Handbook 2023: 28-30.

131 Handbook 2023: 28-30.

zione di uno dei principali principi in materia, quello appunto del *nulla poena sine lege*.

L'applicazione potenzialmente distorta dei suddetti indicatori rischia poi di violare il divieto generale di discriminazione previsto dal diritto internazionale dei diritti umani.<sup>132</sup> Per quanto i dati di supporto mostrino un consenso generale tra gli operatori penitenziari sul fatto che gli indicatori siano ancora fondamentali o almeno utili per individuare i segnali di radicalizzazione, c'è un consenso altrettanto forte sul fatto che gli stessi debbano essere utilizzati in modo imparziale e con cautela, poiché alcuni comportamenti non sono qualificabili, di per sé, come 'marcatori di radicalizzazione'.<sup>133</sup> Segnali estetici come la barba lunga o comportamenti specifici come il tempo trascorso in preghiera potrebbero, ad esempio, non rivelare un processo di radicalizzazione. Piuttosto, potrebbero essere considerati come un mezzo con cui gli individui cercano cambiamenti positivi nella loro vita.<sup>134</sup> In questo senso, sarebbe opportuno – sottolinea l'*Handbook* – che il personale penitenziario, gli operatori e i professionisti fossero formati per utilizzare correttamente gli indicatori e superare gli stereotipi e i pregiudizi che potrebbero influenzare il modo in cui osservano e valutano i comportamenti dei detenuti nel tempo.<sup>135</sup>

A questo proposito, i dati di supporto hanno mostrato come alcune amministrazioni penitenziarie stiano già conducendo esperimenti di trattamento per superare le strategie basate su indicatori predeterminati, concentrandosi sull'osservazione diretta dei comportamenti.<sup>136</sup> In altre parole, nell'ambito di tali strategie, ciò che conta non è l'indicatore in sé, ma piuttosto la modifica del comportamento del detenuto nel tempo. Fattori di rischio di radicalizzazione sarebbero, in questo senso, i cambiamenti improv-

132 Tra le molte altre disposizioni si vedano l'art. 14 CEDU; l'art. 26 ICCPR; l'art. 2 ICE-SCR; l'art. 2 CRC.

133 Handbook 2023: 29.

134 Handbook 2023: 29.

135 Handbook 2023: 29. La questione centrale è, in altri termini, quella di gestire gli indicatori in maniera non distorta, in modo che il loro utilizzo non sia contrario ai diritti umani e agli obiettivi di prevenzione della radicalizzazione. A questo proposito, gli operatori penitenziari dovrebbero essere formati a condurre esercizi di autovalutazione, autoconsapevolezza e autoidentificazione dei pregiudizi, soprattutto nei casi in cui sono chiamati a prendere decisioni sull'effettivo rischio posto da certi comportamenti e sulla loro falsificazione strumentale (cfr. Handbook 2023: 29 s.).

136 Handbook 2023: 30.

visi nei comportamenti degli individui (ad esempio, smettere di parlare con i membri della famiglia).<sup>137</sup>

Un'ulteriore buon pratica è da intravedere nel rafforzamento dei legami familiari e sociali in relazione al diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU e art. 24 ICCPR). Sebbene, infatti, la detenzione comporti limitazioni intrinseche alla vita privata e familiare, le autorità hanno l'obbligo di consentire o assistere i detenuti nel mantenere i contatti con i loro familiari più stretti e qualsiasi interferenza con tale diritto deve essere giustificata.<sup>138</sup> Ciò nonostante, le strategie antiradicalizzazione sono spesso caratterizzate da una separazione troppo rigida tra i detenuti e le loro famiglie e altri legami sociali, soprattutto al di fuori del carcere, specie quando vengono rilevati indicatori di rischio.<sup>139</sup> Questo approccio, a sua volta radicato nelle strategie di prevenzione del crimine e del 'rischio zero', si è rilevato spesso controproducente: "by pushing them towards the monothematic, extreme, tunnel-like, and potentially violent visions typical of radical thinking, be it religious or not, they negatively affect the capacity of inmates to build meaningful and diversified social connections and identity-building experiences. This applies even more to psychologically more vulnerable people like young adults, whose social and psychological identity goes through processes of reframing and re-understanding, also because of the traumatic experience of detention".<sup>140</sup> Al contrario, i dati di supporto dell'indagine *online* e degli incontri di *focus group* hanno mostrato che i legami sociali e soprattutto familiari sono uno strumento prezioso per prevenire o invertire i processi di radicalizzazione.<sup>141</sup>

Un'ultima buona pratica rilevata dal gruppo di ricerca riguarda le attività religiose e confessionali e i cosiddetti 'sportelli di aiuto spirituale' in relazione al diritto alla libertà religiosa.<sup>142</sup>

137 Handbook 2023: 30. Nei casi di studio emersi dai dati di supporto, un indicatore ricorrente di un processo di radicalizzazione è la brusca tendenza dei detenuti a isolare sé stessi e a non coinvolgere i propri cari nelle vicende carcerarie, con conseguente interruzione dei rapporti con le famiglie (Handbook 2023: 30).

138 Handbook 2023: 31. A proposito, vedi Corte Europea dei Diritti Umani, ECtHR: Khoroshenko v. Russia, 30 June 2015; Nusret Kaya and Others v. Turkey, 22 April 2014.

139 Handbook 2023: 31.

140 Handbook 2023: 31. Sul punto v. anche Khosrokhavar 2014.

141 Handbook 2023: 31.

142 Handbook 2023: 32 s.



Le strategie di prevenzione della radicalizzazione – si è detto più volte – sono spesso caratterizzate da un pregiudizio negativo nei confronti dei segni religiosi, soprattutto quando si tratti dell'Islam, che deriva essenzialmente dal fatto che molte strategie antiradicalizzazione, in molti Paesi, specie negli ultimi due decenni, sono emerse come risposta agli attacchi terroristici jihadisti, a loro volta collegati ad approcci di prevenzione del crimine.<sup>143</sup> Di conseguenza, alcuni segnali basati sulla religione rischiano di essere letti in modo sproporzionato come indicatori di processi di radicalizzazione. Il personale carcerario e di sorveglianza spesso legge in nuove pratiche (la lettura e l'attenzione assidua al Corano) o nei cambiamenti di vestiario segnali di radicalizzazione, di fatto limitando o condizionando la pratica religiosa del detenuto con la religione.<sup>144</sup> Questo genere di comportamento da parte degli operatori è dannoso anzitutto perché influenza negativamente le strategie antiradicalizzazione, dal momento che i trattamenti penitenziari basati su osservazioni di parte spesso portano all'etichettatura e quindi all'esclusione del detenuto, mettendo a rischio gli obiettivi di risocializzazione e riabilitazione legati alla costruzione dell'identità soprattutto dei soggetti più vulnerabili come i giovani adulti, e poi perché rischia di il diritto alla libertà religiosa dei detenuti, tutelato tra l'altro dall'art. 9 CEDU<sup>145</sup> e dagli artt. 4 e 18 dell'ICCPR.<sup>146</sup>

In questo contesto, i dati di supporto hanno mostrato diverse buone pratiche in cui la prevenzione della radicalizzazione dei giovani adulti e la protezione del diritto alla libertà religiosa non si escludono ma si rafforzano a vicenda.<sup>147</sup> In effetti, nel campo specifico del diritto alla libertà religiosa, gli sportelli di assistenza spirituale, con la presenza anche dei ministri di culto, si sono dimostrati strumenti estremamente efficaci di deradicalizzazione e prevenzione della radicalizzazione.<sup>148</sup> Il potenziale positivo di

143 Handbook 2023: 32 s.

144 Handbook 2023: 32 s.

145 ECtHR, Korostelev v. Russia, 12 May 2020; Neagu v. Romania, 10 November 2020; and Abdullah Yalçın (No. 2) v. Türkiye, 14 June 2022.

146 Handbook 2023: 32.

147 Handbook 2023: 32.

148 Gli esempi di buone pratiche hanno riguardato, in questo senso, la disponibilità di letteratura religiosa verificata e di interazioni con l'imam e altri ministri del culto religioso ben integrati nelle comunità locali, che hanno aiutato i detenuti a interpretare correttamente il Corano e a stabilire relazioni sociali con le comunità

queste pratiche è ampiamente confermato dai dati di supporto provenienti da diverse fonti che hanno riportato i casi di giovani adulti i quali, dopo periodi iniziali di chiusura e resistenza, hanno mostrato una crescente apertura, con segnali forti di deradicalizzazione.<sup>149</sup>

## 7. Conclusioni

I risultati delle diverse fasi della ricerca del progetto SERENY hanno evidenziato la reciprocità fra il rafforzamento dell'efficacia delle strategie di prevenzione della radicalizzazione e della tutela dei diritti umani dei giovani adulti in carcere, sottolineando la stretta correlazione tra elementi sistemici e individuali nella protezione dei diritti dei (giovani) detenuti.

I risultati ottenuti nelle prime fasi di ricerca, strumentali al prosieguo, hanno contribuito a sottolineare l'importanza di affrontare le questioni strutturali all'interno dei sistemi penitenziari per migliorare la protezione dei diritti umani a livello individuale.<sup>150</sup> È risultato evidente, infatti, che le strategie efficaci e le migliori pratiche possono prosperare solo all'interno di determinate condizioni sistemiche e strutturali, che vanno al di là della preoccupazione specifica di prevenire la radicalizzazione, comprendendo il più ampio spettro della protezione dei diritti umani. Il sovraffollamento e la carenza di personale rimangono sfide persistenti, potenzialmente causa di violazioni del diritto internazionale dei diritti umani.

Anche le dimensioni degli istituti penitenziari e di libertà vigilata giocano un ruolo cruciale nel facilitare il successo degli sforzi di riabilitazione e antiradicalizzazione. Le strutture più piccole presentano vantaggi in termini di osservazione più accurata, costruzione della fiducia, condivisione della formazione e riduzione dei rischi derivanti dalla mancanza di appartenenza. Il radicamento istituzionale della formazione è emerso poi come fattore importante per rafforzare la tutela dei diritti umani nei singoli istituti penitenziari. I programmi di formazione spesso operano

islamiche locali. Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante per i giovani adulti che, nella costruzione della loro identità, hanno bisogni specifici di socializzazione (cfr. Handbook 2023: 32).

149 Handbook 2023: 33.

150 Handbook 2023: 35 s.

esternamente alle amministrazioni penitenziarie, con efficacia limitata all'interno delle carceri. L'integrazione istituzionale della formazione creerebbe, in tal senso, un ambiente in cui la consapevolezza dei diritti umani diventa parte integrante del percorso di recupero dei detenuti e dello sviluppo professionale del personale carcerario. Il passaggio da un approccio 'a somma zero' a uno 'a somma positiva' nel rapporto tra la tutela dei diritti umani e la prevenzione della radicalizzazione in carcere è un cambiamento di rotta che dovrebbe, infine, essere incoraggiato e abbracciato.

In estrema sintesi, un'efficace prevenzione della radicalizzazione e la tutela dei diritti umani non sono obiettivi contrapposti, ma si rafforzano, anzi, a vicenda.<sup>151</sup> Garantendo la protezione dei diritti umani e lo stato di diritto, si possono contrastare le narrazioni estremiste, per prevenire la radicalizzazione attraverso strategie specifiche, che guardano al singolo e all'insieme.<sup>152</sup>

In tal senso, è bene che la prevenzione della radicalizzazione e la tutela dei diritti umani sia concepita in chiave sinergica e non competitiva<sup>153</sup> dai politici, dai legislatori e dalle amministrazioni penitenziarie, perché possano adottare normative e implementare buone prassi che sappiano affrontare fattori individuali e sistemici, creando ambienti carcerari che non solo prevengono la radicalizzazione, ma promuovono anche (e soprattutto) il benessere a tutto tondo e la riabilitazione dei detenuti, garantendo il loro reinserimento nella società, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

## Bibliografia

Best Practices 2022: SERENY, *Deliverable 2.5 – Best practices related to radicalisation prevention programs with focus on young adults' rights in prison and probation settings*, 2022, disponibile su <https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2022/10/2.5-Best-practices-related-to-radicalisation-prevention-programs.pdf>.

151 Handbook 2023: 35 s.

152 Handbook 2023: 35 s.

153 Handbook 2023: 35 s.

- Collection 2023: SERENY, *Deliverable 3.3 – Collection of Case Studies*, 2023, disponibile su <https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2023/10/D3.3-Case-studies.pdf>.
- Evidence-based recommendations 2022: SERENY, *Deliverable D2.4 – Evidence-based recommendations to policymakers for designing and implementing young adults' radicalization prevention interventions in prison and probation settings*, 2022, disponibile su <https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2022/10/D2.4-Evidence-based-recommendations-for-policymakers.pdf>.
- Golia et al. 2023: Golia A., Iadicicco M.P., Maggio P., Minafra M., *Radicalizzazione e carcere: i primi risultati di una ricerca europea*, in Osservatorio sull'esecuzione penale 2023, disponibile su <https://osep.jus.unipi.it/2023/05/18/radicalizzazione-e-carcere-i-primi-risultati-di-una-ricerca-europea/>, ultimo accesso 15.11.2023.
- Handbook 2023: SERENY, *Handbook to increase Human Rights protection in prisons with regard to Young Adults*, 2023, disponibile su <https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2023/10/Handbook-Sereny-3.1-3.pdf>.
- Higley 2019: Higley E., *Defining Young Adulthood*, in DNP Qualifying Manuscripts 17, 2019, disponibile su [https://repository.usfca.edu/dnp\\_qualifying/1](https://repository.usfca.edu/dnp_qualifying/1).
- Kemmesies 2006: Kemmesies U.E., *Zukunftsansagen wagen: Zwischen Verstehen und Erklären – Methodologische und theoretische Notizen zur Prognoseforschung im Phänomenbereich Extremismus/Terrorismus*, in Id. (a cura di), *Terrorismus und Extremismus – der Zukunft auf der Spur*, Berlin 2006.
- Khosrokhavar 2014: Khosrokhavar F., *Nouveau paradigme de radicalisation en prison*, in Cahiers de la sécurité et de la justice 30, 2014, 12-21.
- Maggio 2021: Maggio P., *La Consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord. penit., ridimensionando i «danni simbiotici» originati dal carcere*, in Giurisprudenza Costituzionale 2, 2021, 753-776.
- Marini 2017: Marini L., *L'estremismo violento e le contraddizioni delle "nostre" libertà*, in *Questione Giustizia* 3, 2017, 244-251.

- Marone 2019: Marone F., *La radicalizzazione jihadista in carcere: un rischio anche per l'Italia*, in ISPI online 2019, disponibile su <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/la-radicalizzazione-jihadista-carcere-un-rischio-anche-litalia-22475>, ultimo accesso 14-11-2023.
- Martucci 2019: Martucci S., *Radicalizzati jihadisti: profilazione e deradicalizzazione Constitution-compliant*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale* 8, 2019, 1-26.
- Neumann 2010: Neumann P.R., *Prisons and Terrorism Radicalisation and De-radicalisation in 15 Countries*, in *London: International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence (ICSR)* 2010.
- Pettinari 2019: Pettinari F., *Radicalizzazione jihadista in Europa. Indagine sul "tempo di attivazione" degli individui radicalizzati*, in *Osservatorio Strategico III*, 2019, 93-97.
- Report1 2022: SERENY, *Deliverable 2.1 – Report on the coherence between EU/International legislation related to human rights and its implementation in 8 analyzed countries with a special focus on young adults, 2022*, disponibile su <https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2022/10/Report-of-national-legislation-frameworks-on-youth-radicalization-programs.pdf>.
- Report2 2023: SERENY, *Deliverable 2.2 – Report on the training gaps of prison and civilian staff related to human rights in 8 analysed countries with special focus on young adults, 2023*, disponibile su [https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2023/10/DEF\\_D2.2\\_UWK.pdf](https://www.sereny.eu/wp-content/uploads/2023/10/DEF_D2.2_UWK.pdf).
- Vidino 2014: Vidino L., *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, ISPI – Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, Milano 2014.



# DIRITTI SOCIALI COME DIRITTI FONDAMENTALI? QUESTIONI ANTICHE PER GUARDARE IL FUTURO

MANFREDI MATASSA

Università degli Studi di Palermo

**Abstract:** In recent years, the debate on the protection of social rights has taken on a renewed centrality in the national, European and international legal debate. Far-reaching and impactful global challenges, such as climate change, rapid technological evolution, significant demographic transitions and rising inequalities, have catalysed a deeper analysis of the role and scope of social rights. Also, since the adequate protection of these rights is now more than ever considered indispensable for the sustainable progress of societies, the possibility – once firmly opposed – of considering social rights as fundamental human rights seems to be gaining ground in the current debate. In order to address this question, it is not only necessary to reconsider the traditional generational classification between civil and political rights and economic, social and cultural rights, but it is necessary to investigate the effective capacities of institutions to face the challenges of the new century to give effectiveness to the idea of “freedom from fear and want ... as man’s highest aspiration”. In this context, this article aims to describe the implications of this redefinition, proposing a critical examination of the current regime of protection of social rights in Italy and evaluating the prospects for their strengthening in the European and international context.

**Parole chiave:** diritti umani, diritti sociali, diritti finanziariamente condizionati, diritto pubblico dell’economia, diritto amministrativo delle nuove generazioni.

## 1. Inquadramento generale del tema

Il tema della tutela dei diritti sociali<sup>1</sup> ha trovato ampio spazio nella letteratura giuridica italiana già all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana.<sup>2</sup> Nonostante i riflessi sul ver-

1 Per una ricognizione generale e sintetica delle diverse elaborazioni dottrinali sulla natura dei diritti sociali v. anzitutto Perfetti 2013: 64 s. e la letteratura ivi citata (con particolare riferimento a Cicala 1967; Luciani 1980: 769; Colapietro 1996 e Torchia 2002: 716). Per un’analisi più puntuale si vedano i diversi inquadramenti costituzionalistici dei diritti sociali messi a fuoco nelle successive pagine: come funzione del precetto sull’uguaglianza (73-77), come interesse legittimo (77), come pretesa nei confronti del legislatore (78-79), come posizioni soggettive con pluralità di regimi (79-81), come diritti fondamentali (82-89). Per un lavoro monografico sulla natura dei diritti sociali si veda invece Rovagnati 2009.

2 Tra i primi contributi monografici è possibile ricordare il lavoro di Pergolesi 1953, Lener 1966 e Cicala 1967, mentre per una ricostruzione storica volta ad approfondire anche il dibattito sul tema nel periodo prerепubblicano si veda Benvenuti 2013. Si precisa che la Costituzione italiana non ha accolto, al contrario di come fatto ad esempio dalla Legge Fondamentale tedesca (v. Corso 1981: 755), una clausola generale sullo ‘stato sociale’, ma ha preferito offrire una tutela indivi-

sante politico, economico e giuridico dell'argomento<sup>3</sup> abbiano condotto non pochi grandi maestri delle scienze giuridiche ed economiche dell'ultimo secolo a occuparsi del tema, la categoria dei diritti sociali risulta oggi ancora controversa a partire dalle sue stesse fondamenta teoriche.

Il presente lavoro non ha di certo l'ambizione di mettere ordine in tale settore dell'ordinamento multilivello, ma mira a evidenziare le cause che hanno contribuito a determinare le principali incertezze dogmatiche che caratterizzano allo stato dell'arte la materia.

I problemi più evidenti ricollegati al tema dei diritti sociali possono ricercarsi anzitutto sul versante concettuale o definitivo, rivolgendo particolare attenzione a quella tradizionale categorizzazione che vede i diritti sociali come gruppo distinto – se non proprio contrapposto – rispetto a quello dei diritti civili e politici (o diritti 'di libertà').<sup>4</sup>

Complice anche la visione 'generazionale' con cui nell'ultimo trentennio si è affrontato il tema dei diritti,<sup>5</sup> la relazione di-

duale a singoli diritti. Tra questi è possibile ricordare, senza pretese di esaustività: il diritto al lavoro (art. 4), allo sviluppo sostenibile e alla tutela ambientale (art. 9), alla salute (art. 32), all'istruzione (art. 34), ad un'equa retribuzione (art. 36), alla parità di trattamento (art. 37), alla previdenza (art. 38) nonché alla libertà sindacale e di sciopero (artt. 39-40).

- 3 V. Pino 2016: 495 s., il quale individua diversi "livelli di discorso della materia" con riferimento alla stratificazione politica, economica e giuridica dei diritti sociali.
- 4 Bobbio 1996: 464: "[c]iò che caratterizza un diritto sociale, a differenza di un diritto di libertà, è che esso è riconosciuto e protetto non solo nell'interesse primario dell'individuo, ma anche nell'interesse generale della società di cui l'individuo fa parte. ... Naturalmente, questa non è la sola differenza. La differenza fondamentale, quale già risulta dalla loro definizione di diritti di prestazione, sta nel fatto che i diritti di libertà obbligano lo Stato a un comportamento meramente negativo, cioè a non impedire spazi personali di libertà, come praticare la religione di cui si è convinti o non praticarne nessuna, o esprimere la propria opinione politica; i diritti sociali obbligano lo Stato, come rappresentante dell'intera collettività, a intervenire positivamente nel creare istituti atti a rendere di fatto possibile l'accesso all'istruzione, l'esercizio di un lavoro, la cura della propria salute". Grossi 1991: 274: "nei diritti di libertà ... l'individuo chiede allo Stato essenzialmente di astenersi e con l'astensione dello Stato (e ovviamente anche dei terzi, singoli e gruppi) la libertà risulta tutelata, poiché il titolare di essa può scegliere liberamente come utilizzare lo spazio che viene lasciato libero (a suo favore dal diritto); ... [il diritto sociale importa invece che] il cittadino chieda allo Stato di garantire una prestazione, ovvero di fornire un servizio che può essere l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la messa e disposizione di una abitazione, etc."
- 5 Per un approfondimento sulla suddivisione elaborata alla fine degli anni Settanta tra diritti di prima generazione (diritti civili e politici), di seconda generazione



cotomica<sup>6</sup> fra tali categorie è stata storicamente interpretata in modo da attribuire soltanto ai diritti 'di libertà' la qualità di 'diritti fondamentali dell'uomo'<sup>7</sup> pienamente tutelati. Per contro, i diritti sociali sono stati a lungo intesi dalla letteratura prevalente come dei diritti 'di carta'<sup>8</sup> o 'imperfetti'<sup>9</sup> a causa della loro natura 'finanziariamente condizionata',<sup>10</sup> mentre altra parte della dottrina ha ritenuto che l'espressione in esame – "ricca di fascino storico ma

(diritti sociali) e di terza generazione (categoria residuale che comprende i cd. diritti verdi) si rimanda a Vasak 1977: 29-32. In termini marcatamente critici sulle ricostruzioni volte a rappresentare i diritti attraverso una prospettiva generazione cfr. Pino 2016: 498 (il quale descrive tale rappresentazione come una 'favoletta').

- 6 Sulla presunta dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà si rimanda a Pino 2016: 501-511.
- 7 Va chiarito, tuttavia, come la nozione di 'diritto fondamentale' risulti a oggi ancora controversa. Nella letteratura italiana tra gli studi più riusciti sull'argomento si veda Ferrajoli 2001: 5, secondo cui "[i diritti fondamentali possono essere identificati come] quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta a un soggetto da una norma giuridica, e per '*status*' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio". Sulla base di tali presupposti, la più attenta dottrina ha ricavato quattro tesi: "(a) i diritti fondamentali sono diversi da quelli patrimoniali – che non sono universali –, con il che i diritti fondamentali e diritti soggettivi sono necessariamente differenti tra loro (b) i diritti fondamentali, corrispondendo d'interessi ed aspettative di tutti, sono il fondamento dell'uguaglianza sostanziale e quindi preliminari alla stessa democrazia politica, (c) i diritti fondamentali hanno una dimensione sovranazionale, (d) i diritti fondamentali «consistono in aspettative positive o negative cui corrispondono obblighi (di prestazione) o divieti (di lesione)»" (così Perfetti 2013: 71, mentre il virgolettato è ancora di Ferrajoli 2001: 11).
- 8 Guastini 1994: 164.
- 9 Bobbio 1996: 461.
- 10 Tale espressione, che ha riscosso particolare successo in letteratura, è di Merusi 1990: 30, secondo il quale "[s]e invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti alla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo politico-rappresentativo".

formalmente tautologic[a]”<sup>11</sup> – fosse usata per fare riferimento a una categoria in realtà sprovvista di elementi comuni.<sup>12</sup>

Sebbene a lungo radicata nella teoria generale dei diritti umani, la descritta idea dei diritti sociali come diritti secondari (più che di seconda generazione) – e per questo meno tutelati rispetto a quelli civili e politici – non raccoglie più gli stessi consensi dello scorso secolo. Per alcuni, addirittura, la distinzione tradizionale fra queste categorie andrebbe considerata ormai al pari di una “diffusa vulgata”.<sup>13</sup>

L'esistenza di una distinzione fra diritti di prima e di seconda generazione appare all'evidenza ancora giustificata sul piano storico, dal momento che permette di mettere a fuoco con nitidezza le principali ideologie (liberalismo e socialismo) che hanno ispirato le politiche europee degli ultimi cinquant'anni.<sup>14</sup> Sul piano giuridico-formale, tuttavia, le ragioni utilizzate a sostegno dell'opportunità di mantenere tale dicotomia sono state con il trascorrere del tempo sempre più criticate,<sup>15</sup> anche se gli argomenti a

11 Spadaro 2000: 1.

12 In tal senso, Cheli 1995: 1775 e Salazar 2000: 15-22. Va chiarito, tuttavia, come anche la migliore dottrina non abbia raggiunto un'uniformità di vedute circa il rapporto tra i diritti sociali e gli altri diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Dunque, non potendo per esigenze di sintesi e di sviluppo coerente della trattazione ripercorrere le diverse posizioni emerse in letteratura, per una ricostruzione convincente sui diritti sociali come diritti di eguaglianza e solidarietà si veda Schiavello 2000: 65-79, mentre per una ricostruzione volta a ricondurli nel novero dei diritti di cittadinanza si veda Corso 2014: 281, secondo cui “[i] diritti sociali sono diritti di cittadinanza e non diritti dell'uomo – sono legati allo *status civitatis* (del quale in qualche misura partecipano gli immigrati specie se regolari) perché è la *civitas* che fornisce i mezzi necessari per soddisfarli. Questo spiega perché i diritti sociali, che pure sono presenti in tutte le costituzioni del dopoguerra, non sono previsti dalle convenzioni internazionali o sono previsti solo eccezionalmente”.

13 Pino 2016: 496, secondo cui esiste una “diffusa vulgata, seconda la quale i «diritti» sociali sarebbero in definitiva un artificio retorico da un punto di vista giuridico e un lusso dal punto di vista dei conti pubblici, e comunque recessivi rispetto ai veri diritti (i diritti di libertà), con i quali sono inevitabilmente destinati ad entrare in conflitto”. Sulla stessa linea v. anche Diciotti 2004: 733-762.

14 Anche se vi è chi, come Peces-Barba Martínez 2000: 38 s., sostiene l'impossibilità di far coincidere perfettamente il pensiero socialista con la massima estensione di tutela dei diritti sociali.

15 I principali dubbi ricollegati ai diritti sociali sono attentamente sintetizzati da Perfetti 2013: 68, secondo cui “[è], quindi, dubbio (a) cosa e (b) quali siano i diritti sociali, (c) se siano una posizione soggettiva e non un insieme di istituti eterogenei e, anche laddove siano intesi come pretese, (d) se appartengano al novero di quelle attive o passive – e se siano posizioni dirette o derivate – e, comunque, (e) quali siano la loro natura e regime ed (f) i loro beneficiari (vale a dire se a chi si tro-

sostegno della materialità dei diritti sociali hanno continuato a mantenere nel tempo un innegabile fascino.<sup>16</sup>

In particolare, nel corso dell'ultimo ventennio la dottrina ha inteso rivalutare la distinzione fra diritti sociali e diritti 'di libertà' partendo proprio dalla volontà di confutare le differenze tra i due concetti ritenute fino a quel momento insuperabili.<sup>17</sup> Fra queste sono state messe in dubbio, in particolare, quelle rappresentazioni volte a sostenere che: (a) i diritti di libertà fossero diritti universali, mentre i diritti sociali fossero diritti particolari; (b) i diritti di libertà fossero diritti negativi, volti a imporre agli altri soggetti un obbligo di mera astensione, mentre i diritti sociali fossero diritti positivi, in considerazione degli adempimenti richiesti allo Stato;<sup>18</sup> (c) soltanto i diritti di libertà potessero ritenersi provvisti di un contenuto ben definito e dunque immediatamente esigibile e (d) soltanto i diritti di libertà fossero direttamente (o efficacemente) tutelabili in giudizio.<sup>19</sup>

Ciò che rileva maggiormente in questa sede non è tanto l'individuazione dell'esatto rapporto tra i due concetti in esame, ammesso che sia possibile individuarne uno in modo stabile, visto il loro costante mutamento di forma e contenuto, quanto piuttosto ricordare che "le classificazioni nei discorsi sui diritti non sono quasi mai innocenti (in considerazione al fatto che nel caso di specie sembrano alludere ad una realtà in cui soltanto i diritti

vi in posizione svantaggiata di disuguaglianza, qualificandosi così il titolare per via dell'appartenenza ad un gruppo – non importa se di cittadini o non – ovvero se si tratti di un diritto individuale, indipendente dalla situazione di svantaggio, esclusione, sottoprotezione o disagio".

16 In tal senso si veda, su tutti, la recente posizione di Goldoni 2022: 141-169.

17 Altri autorevoli studiosi, invece, si sono espressi a sostegno dell'assenza di una distinzione strutturale fra diritti sociali e diritti di libertà proponendo delle distinzioni alternative. Fra tutti si veda Luciani 2000: 400 (n. 4), secondo cui "non vi è diversità strutturale tra diritti (storicamente qualificati come) sociali e diritti (storicamente qualificati come) di libertà, ma fra diritti di difesa; diritti di partecipazione; diritti di partecipare ad un utile sociale; diritti a prestazione. Tutti i diritti (quale che sia la loro storica qualificazione come «sociali», «politici» o «di libertà») rientrano strutturalmente in una di queste categorie, e sovente anche in più d'una di esse".

18 Con riferimento alla relazione tra diritti inviolabili della persona e i doveri inderogabili dell'amministrazione v. Monteduro 2020: *passim* (nonché le ulteriori considerazioni di Cavallaro 2021: 407-425).

19 La classificazione è da attribuire a Pino 2016: 503 (al quale si rimanda anche per i riferimenti degli autori che hanno sostenuto una o più posizioni tra quelle espresse).

di libertà possono considerarsi ‘veri diritti’, mentre i diritti sociali sembrano una categoria secondaria – o addirittura terziaria –, creati e successivamente tenuti in vita artificialmente da apparati burocratici).<sup>20</sup>

Posto in ogni caso che, almeno con riferimento al contesto europeo, i diritti sociali “non riguardano solo i soggetti deboli o svantaggiati, ma tutti i consociati”,<sup>21</sup> l’effettiva tutela di quest’ultimi sembra affermarsi sempre più come un presupposto ineludibile sia per la sicurezza interna delle organizzazioni multilivello, sia per la piena titolarità dei diritti civili e politici dei cittadini. Nonostante negli ultimi anni le istituzioni internazionali ed europee abbiano inteso affrontare il complesso tema dei diritti sociali con maggiore attenzione, non può farsi a meno di notare come nella maggior parte dei Paesi occidentali il rapporto fra Stato, mercato e individuo risulta ancora oggi non poco tormentato.<sup>22</sup>

Poste tali premesse, prima di mettere a fuoco l’equilibrio tra garanzia dei diritti sociali e diritto pubblico dell’economia, è opportuno soffermarsi brevemente sulla nascita, sull’evoluzione nonché sui limiti dei principali ‘pilastri’ della tutela dei diritti sociali nell’ordinamento multilivello.

## **2. La tutela dei diritti sociali nell’ordinamento multilivello e il suo bilanciamento con il governo dell’economia**

Come è noto, i diritti sociali non sono oggetto di una tutela diretta dalle convenzioni sui diritti umani e, come evidente ricaduta, sono considerati diritti sostanzialmente non giustiziabili dinanzi le Corti internazionali.<sup>23</sup>

Anche quando previsti in Carte dei diritti, come per esempio nel *Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali* del 1996, questi diritti ricoprono in ambito internazionale un valore meramente programmatico a causa dell’assenza di organi preposti all’effettivo controllo sull’osservanza delle disposizioni

20 Pino 2016: 503.

21 Spadaro 2011: 2. Negli stessi termini v. anche Giorgis 2006: 1905.

22 Per alcuni spunti sul tema nel dibattito italiano si vedano Giubboni 2003 e Diciotti 2006.

23 Un approfondimento sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo è offerto da Guazzarotti 2013: 9-46.

in esse contenute.<sup>24</sup> Stante l'evidente inidoneità strutturale degli strumenti oggi offerti dal diritto internazionale per proteggere i 'diritti ad avere', l'idea di quest'ultimi come posizioni giuridiche rilevanti solo sul versante del diritto nazionale è oggi resa meno scontata in conseguenza del processo di integrazione europea dei diritti.<sup>25</sup>

Ancor prima di interrogarsi sulla portata del contributo offerto dagli strumenti eurounitari nella tutela di questi diritti, esigenze di sviluppo coerente della trattazione suggeriscono di ripercorrere brevemente il percorso che ha condotto l'UE a interessarsi di giustizia sociale.<sup>26</sup> Come è noto, durante i primi anni di vita dell'Unione i Paesi membri hanno inteso porre alla base del nascente ordinamento esclusivamente la tutela dei quattro pilastri del mercato interno (libera circolazione dei capitali, delle merci, delle persone e dei servizi). Del resto, se si considera che la Comunità europea degli anni Cinquanta era formata da Stati fra loro culturalmente molto distanti e con l'esperienza del secondo conflitto globale ancora sulle spalle, risulta evidente come l'obiettivo dei Fondatori risultasse più lontano dalla prospettiva della realizzazione di una "Unione Sociale Europea".<sup>27</sup> L'attenzione delle istituzioni comunitarie sull'argomento, infatti, si è sviluppata "molto lentamente e solo per gradi".<sup>28</sup> Inizialmente, i diritti sociali erano tenuti in considerazione nell'ordinamento europeo soltanto in funzione di alcuni atti specifici dal valore programmatico come, per esempio, la *Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori* del 1989 (inizialmente ostacolata dal Regno Unito)

- 24 Come ricordato da Corso 2014: 275 s. "[il Patto sui diritti economici, sociali e culturali] si limita a stabilire che gli Stati contraenti sottopongono rapporti periodici sulle misure prese in attuazione del patto al Consiglio economico e sociale, il quale può a sua volta trasmetterli alla Commissione dei diritti umani dell'ONU o sottoporli all'attenzione dell'Assemblea generale". Si precisa che un mero richiamo di carattere programmatico ai diritti sociali è contenuto anche nell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 (DUDU) nonché al punto V della Dichiarazione del Millennio delle Nazioni Unite del 2000.
- 25 Sul ruolo dei diritti sociali nei processi di integrazione europea v. Azzena 1998; Cancilla 2010; Giubboni 2003; Luciani 2000: 367-405. Fra i recenti contributi con un taglio più generale sulle teorie dell'integrazione europea v. invece Pitruzzella 2023: 107-122; Lupo 2023: 729-755; Patroni Griffi 2022: 57-70.
- 26 Per una panoramica completa sulla tutela sovranazionale dei diritti sociali nell'ordinamento europeo si vedano fra gli altri i lavori di De Búrca, de Witte 2005; Kastrougalos 2009; Galetta 2013; Della Cananea 2014.
- 27 La questione è invece oggi affrontata da Ferrera 2018: 567-589
- 28 Spadaro 2011: 2.

e nell'importante revisione della Carta sociale europea nel 1996. Successivamente, però, gli stessi hanno trovato una tutela più esplicita all'interno della componente sociale della *Carta di Nizza* del 2001<sup>29</sup> (e nella conseguente 'costituzionalizzazione' dei principi in essa contenuti per mezzo del *Trattato di Lisbona* del 2007, il quale comunque li menziona tra gli obiettivi dell'Unione).<sup>30</sup>

Non è facile comprendere se il processo di valorizzazione dei diritti sociali sia da intendere come causa o effetto dello stato di 'effervescenza costituzionale'<sup>31</sup> proprio dell'Unione europea tra gli anni Novanta e Duemila, ma risulta di tutta evidenza come il perseguimento di tale obiettivo sia stato uno dei motori trainanti del processo di integrazione europea. Tuttavia, per quel che rileva maggiormente ai fini di questa analisi, va messo in luce come il sogno di una pacifica convivenza tra "un'Europa dei mercanti e un'Europa sociale"<sup>32</sup> fosse destinato a infrangersi già sul nascere. Infatti, l'insanabile frattura tra Paesi 'debitori' e 'creditori' sorta a seguito della crisi del 2008 ha messo in evidenza come le politiche europee fossero troppo acerbe per preservare contemporaneamente gli interessi dell'Unione sul fronte economico e socia-

- 29 Per un recente studio sulla *Carta di Nizza* e la tutela multilivello dei diritti sociali v. Losana 2023: 27-52. Per un approfondimento sulla qualificazione dei diritti sociali attribuita dai Trattati si rimanda invece a Luciani 2000: 377, secondo cui "[l]e previsioni dei Trattati non chiariscono se i diritti sociali cui fanno riferimento siano veri e propri diritti «comunitari» o non siano piuttosto semplici diritti «statali». Nel primo caso, ovviamente, avremmo diritti nuovi, che si aggiungerebbero a quelli già riconosciuti negli ordinamenti degli Stati membri, nel secondo avremmo invece la semplice integrazione dei diritti garantiti dagli Stati nell'ordinamento comunitario, ma i cittadini dell'Unione resterebbero titolari di un invariato patrimonio di diritti" (per una riflessione più ampia su questi temi si veda invece Azzena 1998: *passim*).
- 30 Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione si rimanda, per tutti, a De Siero 2001: 33-56 e Guazzarotti 2014: 55-75.
- 31 Giubboni 2018: 560, il quale si sofferma sulla "apparente contraddizione di una vasta affermazione dei diritti sociali a livello internazionale, con una vera e propria effervescenza «costituzionale» nell'Unione europea grazie alle nuove carte dei diritti e al Trattato di Lisbona, e insieme il trionfo globale del neoliberismo, inevitabilmente accompagnato da un'esplosione senza precedenti delle disuguaglianze sociali ed economiche". L'idea è esplorata anche da Moyn 2018: 202.
- 32 Il richiamo è al lavoro di Spadaro 2011: 3, che discorre di una "contrapposizione pericolosa e semplicistica fra due modelli entrambi inesistenti nella loro purezza: un'Europa dei mercanti e un'Europa sociale, col rischio che l'intero progetto politico dell'Unione Europea – imperfetto e gradualistico, ma unico ed esemplare nel quadro degli ordinamenti contemporanei – venga messo in crisi".

le.<sup>33</sup> In questo contesto, la ‘morsa’<sup>34</sup> finanziaria con cui l’Unione ha provato a salvaguardare la stabilità degli Stati maggiormente esposti alla crisi (e conseguentemente dell’intera struttura economica europea) non ha potuto che arrestare il processo di ampliamento dei diritti sociali. Ma non solo: la crisi dello scorso decennio ha anche innescato un meccanismo di “crescente perdita di interesse [delle istituzioni europee] per la dimensione politica e materiale dei diritti sociali”<sup>35</sup> giustificato dall’idea per cui “non ci sono diritti quesiti che tengano, quando le risorse mancano”.<sup>36</sup>

All’indomani della crisi, in un contesto ormai di generale sfiducia sul futuro impegno europeo sul fronte dei diritti sociali, si è inteso ritornare sul progetto volto a “completare l’Unione economica e monetaria dell’Europa”<sup>37</sup> attraverso una consultazione pubblica sull’idea di un Pilastro sui diritti sociali (PEDS).<sup>38</sup>

I risultati di tale consultazione sono stati condensati all’interno di una raccomandazione<sup>39</sup> e di una proclamazione interistitu-

- 33 Sull’argomento Ferrera 2018: 567 s. evidenzia che “[l]’avvento della crisi finanziaria e la conseguente grande recessione hanno tuttavia bruscamente interrotto questa traiettoria di conciliazione fra Europa economica e sociale, risvegliando invece quella logica di economismo socialmente frigido [il riferimento è a Mancini 1986] che aveva caratterizzato alcune fasi pendenti del processo di integrazione” e che “quella convergenza socio-economica che doveva conseguire allo spirito di Maastricht e Nizza, e poi rilanciata dal Trattato di Lisbona, ha lasciato il posto a nuove divergenze e antagonismi, aprendo così a una linea di frattura tra i paesi creditori del Nord e i paesi debitori del Sub (la cosiddetta periferia)”.
- 34 Giubboni 2018: 571. Sulla tutela dei diritti sociali in tempi di crisi v. anche Spadaro 2011; Morana 2013; Pavolini, Raitano 2015: 9-30 e Poggi 2017: 1-16. Invece, tra i più rilevanti contributi nella letteratura internazionale si veda Civitarese, Halliday 2017.
- 35 Goldoni 2022: 143.
- 36 Corso 2014: 279.
- 37 Commissione europea (‘relazione dei cinque Presidenti’), *Completare l’Unione economica e monetaria dell’Europa*, Bruxelles, 2023, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>.
- 38 Commissione europea, *Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2016), Bruxelles, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>.
- 39 Commissione europea, *Comunicazione della commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali)*, Bruxelles, 2017, reperibile su <https://commission.europa.eu> (visitato il 16 novembre 2023). In particolare, all’esito della consultazione sono state individuate quattro grandi questioni che il Pilastro avrebbe dovuto affrontare: “i) le conseguenze sociali della crisi, tra cui l’aumento della povertà e dell’esclusione sociale, le disuguaglianze e la disoccupazione, il basso livello di crescita competitività, ii) il futuro del loro e l’emergente

zionale (fra Commissione, Consiglio e Parlamento),<sup>40</sup> ma il nuovo Pilastro non si è dimostrato in grado di superare l'ormai caratteristica 'inconsistenza'<sup>41</sup> delle politiche europee in materia di diritti sociali. Infatti, la scelta di affidare la tutela delle sempre più richieste istanze sociali a soli strumenti di *soft law* non solo non ha convinto i primi commentatori dell'iniziativa,<sup>42</sup> ma è stata intesa persino come un fattore di indebolimento della *Carta europea dei diritti fondamentali*.<sup>43</sup>

Anche a volere accettare la prospettiva volta a rintracciare all'interno del PEDS alcuni 'semi nascosti'<sup>44</sup> che un domani potrebbero germogliare in favore della realizzazione di un'Unione sociale europea, a oggi non può che ritenersi ancora valido l'assunto per cui "i diritti sociali sono tutelati, quando lo sono, nell'ambito di ciascuno Stato".<sup>45</sup>

Dunque, almeno allo stato dell'arte, le soluzioni per la tutela dei diritti sociali sembrerebbero doversi ricercare all'interno degli strumenti offerti dagli ordinamenti statali. Nella dimensione nazionale, tuttavia, il tema della protezione di questi diritti incontra

mercato del lavoro digitale; iii) l'evoluzione demografica, ossia l'invecchiamento della popolazione europea; iv) la divergenza economica tra Stati membri".

40 Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea, *Pilastro europeo dei diritti sociali* 2017, reperibile su <https://commission.europa.eu>.

41 Giubboni 2018: 561 si riferisce al Pilastro europeo dei diritti sociali come un testo dalla "evidente – e del resto già conclamata – inconsistenza e irrilevanza politica".

42 Per un'analisi in chiave critica sul contenuto del Pilastro europeo dei diritti sociali, oltre a Idem 2018: 557-578, cfr. anche Gotti 2021: 166-198; Maccabiani 2018: 2-37.

43 In tal senso Cozzi 2018: 518, secondo cui "[r]iscrivendo l'ennesimo elenco di diritti sociali, per di più in forma di obiettivi politici, si finisce per scolorire i diritti di analogo contenuto della Carta e per confonderne ulteriormente il regime giuridico. Il rischio è che le norme sociali della Carta siano ridotte a mere proclamazioni, e non vedano affermata la loro forza giuridica". Una prospettiva simile è fatta propria anche da Giubboni 2018: 574, il quale evidenzia che "la sola costituzionalizzazione formale dei diritti sociali – in un contesto normativo che favorisce sistematicamente politiche di de-socializzazione e di de-solidarizzazione dei rapporti tra gli stati membri – rischia addirittura di avere effetti perversi, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ... [che si è dimostrata] incapace di svolgere quella funzione di bilanciamento tra contrapposte istanze che, sia pure con crescenti difficoltà, sono riusciti invece in molti casi a esprimere i giudici costituzionali nazionali". Con particolare riferimento a quest'ultima prospettiva, si rimanda alle riflessioni di Bin 2018: 97 s. sulla circostanza per cui la CGUE non sia stata istituita per proteggere i diritti fondamentali, quanto piuttosto le libertà di mercato.

44 In questi termini, Ferrera 2018: 575.

45 Corso 2014: 276.



problemi non meno rilevanti di quelli rappresentati nel contesto internazionale ed europeo, in quanto finisce in primo luogo per essere attratto nella più ampia questione della crisi identitaria dei legislatori delle democrazie occidentali.<sup>46</sup>

Se si guarda più da vicino lo scenario italiano, emerge come il compito di individuare un bilanciamento fra diritti sociali e governo dell'economia sia affidato principalmente alla giurisprudenza della Corte costituzionale (e alle sue oscillazioni)<sup>47</sup> nonché spesso alla creatività dei giudici di merito di ogni ordine e grado.<sup>48</sup> Sempre nel contesto nazionale, l'effettività della tutela di questi diritti dipende poi da altri temi di notevole ampiezza e complessità che questo contributo può limitarsi soltanto a mettere in evidenza, come per esempio la *vexata quaestio* della garanzia di livelli essenziali di prestazioni (LEP) nell'ambito dell'autonomia differenziata su cui si discute in letteratura da oltre un ventennio.<sup>49</sup>

Poiché in questa sede non è possibile addentrarsi all'interno delle innumerevoli intersezioni fra politica, diritto ed economia inevitabilmente ricollegate alla materia, ci si limiterà a rappresentare come l'ordinamento italiano abbia inteso definire il rapporto tra la sostenibilità finanziaria e protezione delle istanze sociali.

### 3. La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Nelle pagine precedenti si è messo in evidenza come la tutela dei diritti sociali presenti limiti abbastanza evidenti in ogni dimensione dell'ordinamento multilivello (seppur a causa di problemi distinti nel contesto nazionale, europeo e internazionale).

46 Fra gli studi più rilevanti sulla 'crisi della legge' nella letteratura italiana v. Meoli 2013; Irti 2016 e Stella 2020.

47 La prospettiva della 'Corte costituzionale legislatore' è stata da ultimo affrontata da Palazzo 2023: 189-218.

48 Per due visioni tra loro contrapposte sul ruolo della giurisprudenza creativa v., da un lato, Ferrajoli 2016: 13-32 (il quale parla di "ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge) e, dall'altro, Pardolesi, Pino 2017: 113-122 (il quale, riprendendo le parole di Lipari 2017a: 492 s., intende il fenomeno come un "significativo momento di emersione di un processo inarrestabile in cui la teoria delle fonti dei diritti trova all'un tempo la sua morte e la sua resurrezione").

49 All'interno della vastissima e imponente letteratura sull'argomento si vedano, tra gli altri, Pinelli 2002: 881-907; Molaschi 2008; Flick 2023: 244-249 e Manganaro 2022: 323-334.

La maggior parte degli aspetti critici finora esaminati sembrano tuttavia combinarsi nel momento in cui il soggetto chiamato a far fronte alle diverse istanze risolvibili sul fronte statale finisce per essere, come anticipato, la Corte costituzionale e non invece il legislatore.

La principale difficoltà che si presenta risulta piuttosto evidente: poiché tali diritti consistono nella maggior parte dei casi in ‘pretese a prestazioni’, il loro soddisfacimento richiede all’evidenza un costo e – come ricaduta – un bilanciamento fra le diverse istanze delle società e le risorse economiche disponibili. In tale scenario – ed è qui che il problema assume proporzioni di carattere sistemico – qualsiasi giudizio sulla spettanza o meno di un dato diritto a una parte della popolazione non può che tradursi inevitabilmente in una valutazione sul suo ‘costo’. Posto che le ricostruzioni tradizionali che hanno inteso circoscrivere il problema del ‘costo delle sentenze’ ai soli diritti sociali<sup>50</sup> si scontrano oggi con prospettive più moderne volte a sostenere l’idea per cui, nella sostanza, tutti i diritti finiscono per ‘costare’<sup>51</sup> (elevando così il problema a questione di ordine generale), ragioni di coerenza argomentativa suggeriscono delimitare comunque l’analisi alla tutela dei diritti sociali.<sup>52</sup>

La giurisprudenza costituzionale è stata chiamata già nei suoi primi decenni di attività a individuare meccanismi di contenimento fra gli interessi economici e il soddisfacimento di diritti che potessero supplire alla ‘insostenibile leggerezza’ del legislatore.

Con particolare riferimento alla tutela dei diritti sociali, a partire dagli anni Settanta la Consulta ha avvertito la necessità di af-

50 Questa idea è ben descritta da Corso 2014: 277. Sempre secondo la prospettiva dell’Autore: “[i]l diritto di libertà ha un costo quando viene violato; il diritto sociale ha un costo quando viene soddisfatto, e quindi ogni volta che viene esercitato e aspira alla sua attuazione”.

51 Pino 2016: 507, secondo cui “[d]unque, tutti i diritti costano. Certo, è vero che per i diritti sociali i costi sono più evidenti, più visibili, mentre per i diritti di libertà i costi sono in qualche modo sommersi (anche se non è sempre così)”. La stessa idea è condivisa anche da Luciani 2016a: 8, secondo cui “sarebbe più corretto qualificare tutti i diritti come risorse giuridicamente scarse (nel senso che il loro godimento non è illimitato), condizionate alla disponibilità di risorse economicamente scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti)”.

52 Tra i principali contributi volti ad approfondire problema della quantificazione del ‘costo’ delle pronunce della Consulta si vedano, tra gli altri, Colapietro 1996; Bifulco 2003 e Troisi 2019: 353-366.

frontare il tema attraverso l'elaborazione di un *corpus* di principi specifici costruito sulla base di una combinazione tra il principio di ragionevolezza e quello di gradualità<sup>53</sup> (e un utilizzo frequente del potere di modulazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze).<sup>54</sup>

Potendo rinviare l'analisi dell'evoluzione delle molteplici 'tecniche argomentative e decisorie' impiegate dalla Consulta *in subjecta materia* fino al primo decennio degli anni Duemila a trattazioni a più approfondite,<sup>55</sup> l'analisi proposta intende tenere in considerazione il percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale a partire dall'indomani della crisi finanziaria del 2008. Come è noto, la crisi globale determinata dallo scoppio della bolla immobiliare statunitense non ha imposto soltanto una modulazione complessiva delle priorità e degli assetti dell'Unione,<sup>56</sup> ma ha anche condotto il legislatore italiano a modificare in senso restrittivo l'art. 81 della Carta attraverso la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio.<sup>57</sup> Il Giudice delle leggi è stato così chiamato a trovare un nuovo punto di equilibrio tra due conseguenze antitetiche prodotte dagli stessi eventi: da un lato, la crisi ha inevitabilmente comportato il sorgere di una più intensa richiesta di interventi di tipo assistenziale da parte soprattutto delle fasce più deboli della popolazione; e, dall'altro, essa ha reso quanto mai necessario il rispetto dei vincoli di spesa imposti

- 53 Come ricordato da Troisi 2019: 355, la gradualità può assumere due distinti significati nel contesto dei diritti sociali. In particolare, con questo termine può farsi riferimento sia al 'grado di realizzazione' di questi diritti che il giudice può stabilire attraverso un bilanciamento tra la prestazione dovuta e gli altri elementi in conflitto (gradualità come 'variabilità' del grado di realizzazione), sia alla progressiva intensificazione del soddisfacimento del diritto sociale (gradualità come 'attuazione parziale' del diritto).
- 54 Per uno studio recente sull'argomento si veda Zammartino 2021, mentre per una riflessione critica sull'esercizio di tale potere nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sia consentito invece un richiamo a Matassa 2021: 834-840.
- 55 Luciani 2016a: spec. 9 s. Più in generale, per ripercorrere i principali interventi della Corte costituzionale in materia si rimanda a Cavallaro 2021: 420 s.
- 56 Un'efficace ricognizione dei principali interventi europei di risposta alla crisi è offerta da Chiti 2011 e Pitruzzella 2012.
- 57 Per un approfondimento in chiave critica sul tema si rimanda a Cabras 2012; Dickmann 2012 e Brancasi 2012, mentre sulla formulazione originaria dell'art. 81 della Costituzione si rinvia per tutti a Lupo 2007.

dall'ordinamento europeo ormai tutelati con una disposizione costituzionale dall'alto valore precettivo.<sup>58</sup>

In tale contesto, per quanto sia difficile orientarsi all'interno delle diverse oscillazioni riscontrabili nell'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia*, può evidenziarsi come la Corte non abbia mai abbandonato il ruolo di "garante della protezione del contenuto ragionevole"<sup>59</sup> di questi diritti. Cionondimeno, pur lasciando ferma l'idea di un nucleo essenziale volto a garantire le necessarie prestazioni sul versante sociale indipendentemente rispetto alla presenza di disposizioni legislative volte a prevederle<sup>60</sup> (e dunque, in quanto inviolabile, la possibilità di fare valere in giudizio il diritto senza il tramite della legislazione positiva),<sup>61</sup> nell'ultimo decennio il principio di contenimento della spesa pubblica ha acquisito inevitabilmente una nuova centralità nella valutazione della Corte costituzionale. Si pensi, per esempio, al bilanciamento fra tutela della salute e coordinamento della spesa pubblica individuato dalla Consulta nei primi anni dello scorso decennio, quando si è ritenuto che il legislatore statale po-

- 58 A tale ragionamento potrebbe in astratto obiettarsi come il rispetto dei vincoli di spesa sarebbe dovuto essere un elemento già di per sé 'pregnante' all'interno delle valutazioni del Giudice delle Leggi già prima delle modifiche introdotte con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, in funzione degli impegni presi sul fronte eurounitario. Tuttavia, come ricorda Cavallaro 2021: 420: "... se guardiamo all'esperienza interna è questa [il conflitto tra diritti e finanza pubblica] la ragione che ha indotto la Corte costituzionale a formulare la nota teoria dei controlimiti, il cui scopo potrebbe essere appunto quello di arginare l'onda espansiva di una normativa europea che avrebbe finito con l'imporre, anche al nostro giudice delle leggi, il primato dei principi di matrice europea nel bilanciamento con i diritti costituzionalmente protetti". Per un approfondimento sulla teoria dei controlimiti si rimanda, su tutti, a Luciani 2016b.
- 59 Goldoni 2022: 144. L'Autore giunge a tale conclusione partendo dal presupposto secondo cui "[i]l ruolo della Corte costituzionale nella protezione dei diritti sociali si è fatto più visibile in quanto le capacità e il carisma necessari per porre un argine ai segnali di cambiamento costituzionale provenienti dall'ambiente esterno si possono ritrovare solamente in tale istituzione".
- 60 La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma legislativa regionale non idonea ad assicurare il finanziamento del servizio di trasporto degli studenti disabili, osservando che la discrezionalità del legislatore non potesse incidere "sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore" (Corte cost., sent. 80/2010).
- 61 Tra i più autorevoli autori che hanno approfondito l'argomento si vedano Zagrebelsky 1992, Rodotà 2012 e Lipari 2017b. Per una ricognizione del dibattito sul tema della tutelabilità diretta in sede di giudizio dei diritti riconosciuti nella Costituzione si veda invece Cavallaro 2018: 104 (e la letteratura ivi citata).

tesse imporre alle Regioni vincoli di spesa “per assicurare l’equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari”.<sup>62</sup>

Al di là dell’individuazione dei livelli minimi di prestazione, il cui dibattito è oggi più vivo che mai in funzione dell’istituzione di un Comitato tecnico governativo *ad hoc*, negli ultimi anni la Corte ha dimostrato l’intenzione di volere rivalutare in senso ampliativo il carattere ‘finanziariamente condizionato’ dei diritti sociali. In particolare, in occasione di un giudizio ricollegato alla legittimità costituzionale di una norma volta a consentire le risorse destinate a garanzia del diritto allo studio “nei soli limiti della disponibilità finanziaria”,<sup>63</sup> la Consulta si è spinta ad affermare che “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”.<sup>64</sup> Ancor più di recente, in materia di riconoscimento del diritto alla salute del cittadino, si è affermata l’idea della “trasversalità e primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali”.<sup>65</sup>

Risulta difficile comprendere se l’innegabile apertura della Corte costituzionale sia determinata dalla rivalutazione sostan-

62 Si vedano, *ex multis*, le sentenze 91/2012 e 180/2013. Tra le pronunce più significative della Corte in materia di tutela del diritto alla salute v. anche la sent. n. 275 del 2005, nella quale si è affermato che “al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all’attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino ‘pieno e incondizionato’ nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie”. Cionondimeno, la stessa sentenza sembra poi arretrare di fronte ai limiti ricollegati all’effettiva tutelabilità dei diritti sociali in assenza delle necessarie risorse economiche nella parte in cui evidenzia che “l’esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario”.

63 Art. 6, comma 2-*bis*, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, così come modificato dall’art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15.

64 Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

65 Corte cost., sent. n. 62 del 2020.

ziale di alcuni valori rispetto ad altri o solo dalla ritrovata (e, occorre sottolineare, ingiustificata) rilassatezza con cui il legislatore – vedendo allontanare lo spettro dell'*austerità* in favore di una nuova solidarietà europea – ha interpretato in anni recenti il principio della sostenibilità del debito pubblico. Ciò non toglie che, al di là dell'indispensabile ruolo svolto dalla Consulta per assicurare l'effettività dei diritti sociali, l'unica strada che potrà ritenersi soddisfacente per raggiungere in astratto livelli minimi di tutela è quella di un'attenta e ponderata programmazione di risorse.

Va rilevato che l'ostacolo più rilevante per raggiungere un grado di protezione soddisfacente di questi diritti non è rappresentato oggi soltanto dalla ricerca del giusto bilanciamento fra le esigenze di sostenibilità finanziaria del Paese e di sostegno attivo al cittadino e neppure dal rapporto di quest'ultime politiche con le risorse economiche disponibili in un dato momento. Costituisce un ostacolo, infatti, anche il mantenimento generazionale di un livello minimo di diritti.<sup>66</sup>

Del resto, reinterprestando l'interrogativo posto da Guido Corso ormai quarant'anni fa, così continuando le future generazioni saranno private della speranza di poter anche soltanto immaginare il (comunque poco realistico) 'miraggio dell'abbondanza' dei diritti nella limitatezza delle risorse.<sup>67</sup>

## Bibliografia

Azzena 1998: Azzena L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino 1998.

Benvenuti 2013: Benvenuti M., *Diritti sociali*, Milano 2013.

Bifulco 2003: Bifulco D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003.

Bin 2018: Bin R., *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.

66 Per un approfondimento sul tema si rimanda, su tutti, alle recenti riflessioni di Palombino 2022.

67 Il riferimento è a Corso 1981: 784, il quale, facendo esplicito richiamo al lavoro di MacPherson 1973: 236, ha concluso il suo saggio con il seguente interrogativo: "Che cosa giudicheremmo oggi più realistico? Il miraggio dell'abbondanza o il vecchio postulato della scarsità dei beni nella illimitatezza dei desideri?".

- Bobbio 1996: Bobbio N., *Diritti dell'uomo*, in Bovaro M. (a cura di), *Teoria generale della politica*, Torino 1996, 431-466.
- Brancasi 2012: Brancasi A., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in QC 1, 2012, 108-111.
- Cabras 2012: Cabras D., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in QC 1, 2012, 111-115.
- Cancilla 2010: Cancilla F.A., *Servizi di welfare e diritti sociali nella prospettiva di un'integrazione europea*, Milano 2010.
- Cavallaro 2018: Cavallaro M.C., *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Milano 2018.
- Cavallaro 2021: Cavallaro M.C., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in *Persona e Amministrazione* 1, 2021, 407-425.
- Cheli 1995: Cheli E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano 1995, 1773-1796.
- Chiti 2011: Chiti E., *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.* 3, 2011, 311-315.
- Cicala 1967: Cicala G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli 1967.
- Civitarese, Halliday 2017: Civitarese S., Halliday S. (a cura di), *Social Rights in the Age of Austerity*, Abingdon 2017.
- Colapietro 1996: Colapietro C., *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova 1996.
- Corso 1981: Corso G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 3, 1981, 755-784.
- Corso 2014: Corso G., *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in Di Blase A. (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma 2014, 275-286.
- Cozzi 2018: Cozzi A.-O., *Perché il pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in QC 2, 2018, 516-518.

- De Búrca, de Witte 2005: De Búrca G., de Witte B. (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford 2005.
- De Siervo 2001: De Siervo U., *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.* 1, 2001, 33-56.
- Della Cananea 2014: Della Cananea G., *Lex fiscalis europea*, in *QC* 1, 2014, 7-21.
- Diciotti 2004: Diciotti E., *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *QC* 1, 2004, 733-762.
- Diciotti 2006: Diciotti E., *Il mercato delle libertà*, Bologna 2006.
- Dickmann 2012: Dickmann R., *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *federalismi.it* 4, 2012, 1-55.
- Ferrajoli 2001: Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001.
- Ferrajoli 2016: Ferrajoli L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.* 4, 2016, 13-32.
- Ferrera 2018: Ferrera M., *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *QC* 3, 2018, 567-590.
- Flick 2023: Flick G.M., *La tutela costituzionale del malato non autosufficiente: le garanzie sanitarie dei LEA, il "pericolo" dei LEP*, in *Rivista AIC* 2, 2023, 244-249.
- Galetta 2013: Galetta D.U., *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 5-6, 2013, 1175-1188.
- Giorgis 2006: Giorgis A., *Diritti sociali*, S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico* III, Milano, 1903-1915.
- Giubboni 2003: Giubboni S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003.
- Giubboni 2018: Giubboni S., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.* 4, 2018, 557-578.
- Goldoni 2022: Goldoni M., *La materialità dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.* 1, 2022, 141-171.



- Gotti 2021: Gotti G., *L'implementazione partecipata del Pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in Rivista AIC 1, 2021, 166-198.
- Grossi 1991: Grossi P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino 1991.
- Guastini 1994: Guastini R., *Diritti*, in Comanducci P., Guastini R. (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino 1994.
- Guazzarotti 2013: Guazzarotti A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1, 2013, 9-46.
- Guazzarotti 2014: Guazzarotti A., *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in DPCE 1, 2014, 55-75.
- Irti 2016: Irti N., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.
- Katrougalos 2009: Katrougalos G.S., *The justiciability of social rights: the universalization of the European exception*, in Eur. rev. publ. law 4, 2009, 1481-1509.
- Lener 1966: Lener S., *Lo stato sociale contemporaneo*, Roma 1966.
- Lipari 2017a: Lipari N., *Giudice legislatore*, in Foro it. 1, 2017, 492-493.
- Lipari 2017b: Lipari N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017.
- Losana 2023: Losana M., *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in federalismi.it 5, 2023, 27-52.
- Luciani 1980: Luciani M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in Dir. soc. 4, 1980, 769-811.
- Luciani 2000: Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in Pol. dir. 3, 2000, 367-405.
- Luciani 2016a: Luciani M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in Rivista AIC 3, 2016, 1-18.
- Luciani 2016b: Luciani M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in Rivista AIC 2, 2016, 1-20.
- Lupo 2007: Lupo N., *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento*, Roma 2007.
- Lupo 2023: *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea*, in Dir. pubbl. 3, 2023, 729-755.

- Maccabiani 2018: Maccabiani N., *Il duplice "stress test" del Pilastro europeo dei diritti sociali nell'UEM in via di completamento: nuove iniziative, vecchie questioni*, in *federalismi.it* 24, 2018, 2-37.
- MacPherson 1973: MacPherson C.B., *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford 1973.
- Mancini 1998: Mancini F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle comunità europee*, in *DCSI* 1986, 587-601.
- Manganaro 2022, Manganaro F., *Dalla cittadinanza alle cittadinanze. Questioni su un concetto poliformico*, in *ambienteditto.it* 4, 2022, 323-334.
- Matassa 2021: Matassa M., *Il Consiglio di Stato "immagina" il nuovo regime giuridico delle concessioni demaniali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 5-6, 2021, 825-845.
- Meoli 2013: Meoli C., *Il declino della legge statale*, Roma 2013.
- Merusi 1990: Merusi F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990.
- Molaschi 2008: Molaschi V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino 2008.
- Monteduro 2020: Monteduro M., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione* 2, 2020, 543-596.
- Morana 2013: Morana D., *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC* 4, 2013, 1-12.
- Moyn 2018: Moyn S., *Not enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge (MA) 2018.
- Palazzo 2023: Palazzo N., *La Corte costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, 189-218.
- Palombino 2022: Palombino G., *Il Principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022.
- Pardolesi, Pino 2017: Pardolesi R., Pino G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.* 5, 2017, 113-122.

- Patroni Griffi 2022: Patroni Griffi F., *Costituzioni, diritti e giudici nello scenario dell'integrazione europea*, in *Dir. pubbl. eur. (online)* 2, 2022, 57-70.
- Pavolini, Raitano 2015: Pavolini E., Raitano M., *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, in *Meridiana* 83, 2015, 9-30.
- Peces-Barba Martínez 2000: Peces-Barba Martínez G., *Diritti sociali: origini e concetto*, in *Soc. dir.* 1, 2000, 33-51.
- Perfetti 2013: Perfetti L.R., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.* 1, 2013, 61-130.
- Pergolesi 1953: Pergolesi F., *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano 1953.
- Pinelli 2002: Pinelli C., *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m Cost.)*, in *Dir. pubbl.* 3, 2002, 881-907.
- Pino 2016: Pino G., *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion Pratica* 2, 2016, 495-517.
- Pitruzzella 2012: Pitruzzella G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa?* in *QC* 1, 2012, 9-49.
- Pitruzzella 2023: Pitruzzella G., *Identità, linguaggio e integrazione europea*, in *Rivista AIC* 1, 2023, 107-122.
- Poggi 2016: Poggi A.M., *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC* 1, 2017, 1-16.
- Rodotà 2012: Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Bari 2012.
- Romano 1969: Romano S., *La crisi dello Stato*, Milano 1969.
- Rovagnati 2009: Rovagnati A., *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino 2009.
- Salazar 2000: Salazar C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie, della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000.
- Schiavello 2000: Schiavello A., *Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica* 14, 2000, 65-79.

- Spadaro 2011: Spadaro A., *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC* 4, 2011, 1-23.
- Stella 2020: Stella G., *Crisi della legge e potere del giudice*, Sesto San Giovanni 2020.
- Torchia 2002: Torchia L., *Sistemi di welfare e federalismo*, in *QC* 4, 2002, 713-740.
- Troisi 2019: Troisi M., *La quantificazione del «costo» delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *Riv. dir. sic. Soc.* 2, 2019, 353-366.
- Vasak 1977: Vasak K., *A 30 years struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in *The UNESCO Courier* 1977, 29-32.
- Zagrebelsky 1992: Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino 1992.
- Zammartino 2021: Zammartino F., *Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento*, in *Nuove Autonomie* 2, 2021, 359-376.

# IL 'NUOVO' CRIMINE DI ECOCIDIO: RIFLESSIONI CRITICHE SULL'INSERIMENTO DELL'ECOCIDIO NELLO STATUTO DI ROMA

FRANCESCA SIRONI DE GREGORIO  
Università degli Studi di Palermo

Abstract: The present work aims at briefly reconstructing the debate surrounding the introduction of the crime of ecocide in the Rome Statute of the International Criminal Court.

Parole chiave: Ecocidio; Statuto di Roma; Corte Penale Internazionale; Danni ambientali.

## 1. Introduzione

L'ecocidio, termine derivante dal greco *'oikos'* (casa) e dal latino *'caedere'* (distruggere), è uno dei principali argomenti di interesse nel dibattito internazionalistico e internazional-penalistico contemporaneo. Le ragioni dell'interesse per il tema sono molteplici e traggono origine anzitutto dalla prominenza delle tematiche ambientali nel dibattito politico, sociale e giuridico mondiale, in una corsa contro il tempo per fermare il cambiamento climatico. Le sfide in materia ambientale sono infatti globali ed è più che naturale che il diritto internazionale venga visto come uno degli strumenti prediletti per combattere la crisi climatica.

Gli ultimi anni sono stati particolarmente importanti per lo sviluppo della tutela, in quanto si è assistito ad una crescente invocazione della disciplina e di principi di diritto internazionale pubblico in diverse arene, a partire dalla presentazione di ricorsi dinnanzi a tribunali internazionali, regionali o altri organi sovranazionali, e dall'invocazione di principi di diritto internazionale da parte di giudici interni.<sup>1</sup> Il diritto internazionale ambientale è però in larga misura basato su principi piuttosto che su espliciti divieti, rendendo di fatto la disciplina estremamente frammentata e ricca di vuoti di tutela.

1 Si vedano in proposito, a titolo esemplificativo: Comitato sui Diritti del Fanciullo, *Sacchi et alt c. Argentina et alt.*, 23 Settembre 2019; Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, *Futuras Generaciones (Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia)*, 15 novembre 2017; Corte Suprema dei Paesi Bassi, *Hurgenda*, 20 dicembre 2019; Tribunale Distrettuale dell'Aja, *Milieudefensie c. Shell*, 26 maggio 2021; Corte Costituzionale Federale della Germania, *Neubauer et alt.*, 24 Marzo 2021.

A causa dunque dell'inadeguatezza della legislazione internazionale, anche nell'ambito del diritto internazionale penale – quella branca del diritto internazionale volta a punire condotte di individui resisi responsabili di crimini internazionali – l'ecocidio, inteso come la distruzione volontaria di un ecosistema, è stato recentemente oggetto di un'importante iniziativa patrocinata dalla fondazione *Stop Ecocide*, che nel 2020 ha chiesto ad un gruppo di esperti di elaborare una definizione del crimine che potesse essere inserita nello Statuto della Corte Penale Internazionale.

Il presente contributo intende quindi analizzare lo sviluppo del concetto di ecocidio, avendo riguardo principalmente all'aspetto internazionale-penalistico dal problema. A tal fine, in primo luogo verrà brevemente ricostruita la storia del concetto di ecocidio; successivamente verrà presentata la definizione adottata dal gruppo di esperti della *Stop Ecocide Foundation*, calandola all'interno del sistema della Corte Penale Internazionale ed evidenziandone eventuali aspetti critici; infine, verranno brevemente analizzate alcune ulteriori fattispecie che alla luce dello Statuto di Roma criminalizzano la distruzione dell'ambiente e verranno presentate alcune conclusioni circa l'opportunità e la necessità dell'inserimento del presente crimine all'interno dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

Come già specificato, il quadro di riferimento è unicamente il diritto internazionale penale, volto a perseguire con strumenti penalistici condotte di individui. Ove necessario, riferimenti a normativa interna saranno evidenziati, ma si è deliberatamente scelto di non trattare profili di responsabilità degli Stati per atti illeciti.

## **2. Il concetto di ecocidio: dalla guerra in Vietnam alla proposta della *Stop Ecocide Foundation***

Il termine ecocidio è stato creato ed utilizzato per la prima volta nel 1969 da Arthur W. Galston durante un'audizione davanti al Congresso statunitense in riferimento agli estesi danni collaterali all'ambiente verificatisi durante la guerra in Vietnam.<sup>2</sup>

2 Galston A.W., *Statement of Dr Arthur W. Galston, Professor of Biology and Lecturer in Forestry, Yale University*, Hearings Before the Subcommittee on National Security Policy and Scientific Developments of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, Ninety-First Congress, November 18,20; December 2,9, 18 and 19, 1969, U.S. Government Printing Office (1970), 107.

Galston, biologo e scienziato, aveva contribuito alla scoperta delle componenti chimiche in seguito utilizzate per lo sviluppo dell'*Agent Orange*, un erbicida estremamente potente usato nel conflitto dalle truppe americane per distruggere i raccolti e quindi portare allo scoperto le posizioni nemiche, di fatto però distruggendo un ecosistema di primaria importanza per la sopravvivenza di crostacei e pesci migratori. Pochi anni più tardi, nel 1972 in occasione della *Conference on War and National Responsibility*, lo stesso Galston utilizzò nuovamente il termine, sempre in riferimento alla guerra in Vietnam, e propose formalmente l'introduzione di un divieto dell'ecocidio attraverso l'adozione di un nuovo trattato.<sup>3</sup>

A seguito del lavoro di Galston il termine si impose ufficialmente sulla scena politica mondiale alla Conferenza di Stoccolma del 1972, ritenuta come il punto di inizio della cd. *green generation*, quando il Primo Ministro svedese Palme descrisse esplicitamente la guerra in Vietnam come un 'ecocidio' e chiese alla comunità internazionale di iniziare formali consultazioni e discussioni sul tema, con l'obiettivo di concludere un accordo internazionale che vietasse la pratica come illecito e crimine internazionale.<sup>4</sup>

L'anno successivo il giurista Richard Falk propose in un articolo pubblicato dalla *Revue Belge de Droit International* il testo di una Convenzione contro l'Ecocidio.<sup>5</sup> Nell'articolo, Falk descrive dettagliatamente – criticandoli – i mezzi e metodi di guerra scelti dalle truppe americane in Vietnam, ritenendo che oltre al genocidio della popolazione vietnamita fosse stato compiuto un vero e proprio genocidio contro l'ambiente. Falk individua quindi, attraverso lo studio del diritto internazionale pattizio e consuetudinario vigente in materia, importanti lacune e la necessità di chiarimenti circa l'illegalità della distruzione volontaria dell'ambiente durante un conflitto armato, proponendo l'adozione di diversi strumenti internazionali al fine di rendere la protezione dell'ambiente effettiva ed efficace.<sup>6</sup>

3 Si veda: New York Times, 26 febbraio 1970, accessibile al link: <https://www.nytimes.com/1970/02/26/archives/and-apelea-to-ban-ecocide.html>.

4 Le parole del primo ministro svedese sono disponibili al link: <https://endecocide.se/uncategorized/olof-palme-and-ecocide-law/>. Per ulteriori riferimenti e un'analisi dettagliata si veda: Chiarini 2022: 1933-1938.

5 Falk 1973: 13.

6 Falk 1973: 18. V. Annex 1-4 per i testi proposti per l'adozione. Per un'analisi più dettagliata e nella prospettiva del lavoro di Falk si vedano Cusato 2018; Maljean-Dubois 2015.

Da attento internazionalista, però, Falk era ben consapevole delle difficoltà insiste nel creare 'nuovo diritto internazionale' e pertanto, nelle conclusioni del suo articolo, pone al centro della questione la necessità che l'azione della società civile sia motore e spinta all'avanzamento in materia.<sup>7</sup>

Nonostante la proposta dell'*UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* di inserire l'ecocidio tra le condotte proibite nella Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di Genocidio del 1948 e i successivi dibattiti in seno alla Commissione di Diritto Internazionale riguardo l'adozione di un *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, l'ecocidio – o specifiche condotte riguardanti la distruzione intenzionale dell'ambiente – non vennero formalmente criminalizzate.<sup>8</sup>

In un crescente interesse per la tutela dell'ambiente, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso diversi Stati inseriscono l'ecocidio nella propria legislazione. Primo fra tutti il Vietnam introduce all'articolo 278 del codice penale la punizione di:

Those who, in peace time or war time, commit acts of annihilating en-mass population in an area, destroying the source of their livelihood, undermining the cultural and spiritual life of a country, upsetting the foundation of a society with a view to undermining such society, as well as other acts of genocide or acts of ecocide or destroying the natural environment, shall be sentenced to between ten years and twenty years of imprisonment, life imprisonment or capital punishment.<sup>9</sup>

Similmente, la Federazione Russa, seguita da altre repubbliche ex-sovietiche quali Kazakistan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Bielorussia e Georgia, hanno introdotto il crimine nella propria legislazione, con definizioni leggermente differenti.<sup>10</sup> Ad esempio, l'articolo

7 Falk 1973: 20 s.

8 Sub-Commission of Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Question of the prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, E/CN-4/Sub.2/416, 128-134.

9 Codice Penale del Vietnam del 1990, Art. 278. Nella versione del 1999 l'articolo di riferimento è il 342 (accessibile al sito: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/vn/vn017en.html>).

10 Per ulteriori dettagli e le definizioni introdotte dai singoli Stati si veda il sito web: <https://ecocidelaw.com/>.



358 del codice penale russo prevede che “massive destruction of the animal or plant kingdoms, contamination of the atmosphere or water resources, and also commission of other actions capable of causing an ecological catastrophe” possa essere punito con la privazione della libertà da 12 a 20 anni.<sup>11</sup>

Nei primi anni duemila altri Stati appartenenti all'ex-blocco sovietico (Ucraina, Moldavia e Armenia) hanno introdotto la medesima fattispecie, con formulazioni pressoché identiche a quella russa, e dunque rendendo punibile la distruzione di massa di flora e fauna, l'avvelenamento di acque e aria, e ogni altra azione che possa causare un disastro ambientale.<sup>12</sup>

In tempi più recenti l'Ecuador ha modificato la propria legislazione per punire crimini contro “l'ambiente, la natura e Pacha Mama”, e crimini contro la biodiversità e nel 2021 la Francia ha introdotto la Loi 2021-1104 per la “lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets”.<sup>13</sup>

A livello internazionale, nel 1991 la Commissione di Diritto Internazionale ha incluso all'articolo 26 del *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* la punibilità di “an individual who willfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment”.<sup>14</sup> Nelle sedute successive però, la Commissione ha scelto di rimuovere la distruzione dell'ambiente come crimine autonomo, e dunque di limitare i crimini internazionale all'aggressione, ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità e al genocidio.<sup>15</sup> I danni all'ambiente sono stati unicamente riconosciuti come rilevanti nel con-

11 Codice penale della Federazione Russa, Art. 358 (accessibile al link: <https://wipo-lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru080en.html>). Per ulteriori informazioni circa le singole definizioni si veda: Ecocide Law, Existing Ecocide Law, accessibile al link: <https://ecocidelaw.com/existing-ecocide-laws/>.

12 Per i riferimenti completi si veda il seguente link: <https://ecocidelaw.com/existing-ecocide-laws/>.

13 Codice penale dell'Ecuador, Capitolo IV (accessibile al link: <https://www.global-regulation.com/translation/ecuador/3349985/comprehensive-criminal-code.html>); Assemblea Nazionale e Senato di Francia, Legge 2021-1140 del 22 agosto 2021.

14 Commissione di Diritto Internazionale, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Yearbook of the International Law Commission 1991 Vol. II, 79-107, Art. 26.

15 Commissione di Diritto Internazionale, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Yearbook of the International Law Commission 1996 Vol. II, Part II, 15-54.

testo di un conflitto armato, e dunque punibili come crimini di guerra.<sup>16</sup>

La Conferenza di Roma del 1998, istituita per la creazione di una corte penale internazionale a carattere permanente, ha segnato una simbolica sconfitta per la tutela dell'ambiente, in quanto – in conformità con l'ultimo codice elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale – ha introdotto soltanto la distruzione dell'ambiente e degli ecosistemi come crimine di guerra.<sup>17</sup> Inoltre, la condotta ha assunto rilevanza unicamente in scenari di conflitto armato di carattere internazionale, limitando di fatto le condotte punibili ed escludendo la punibilità di danni ambientali compiuti durante conflitti armati di carattere non internazionale.

L'ambiente però non è del tutto escluso del regime della Corte Penale Internazionale (CPI): nella prassi, è l'Ufficio del Procuratore della CPI ad accendere i riflettori su situazioni, tematiche o tipologie di crimini ritenuti di maggiore importanza e dunque più meritevoli di azione. Al fine di rendere più trasparenti e comprensibili dal pubblico determinate scelte, a partire dal 2003 l'Ufficio pubblica regolarmente *Strategic Plans* e *Policy Papers* ove si individuano priorità coerentemente con la più generale strategia dell'Ufficio, che consiste nei seguenti sei punti: (i) ottenere il più alto tasso di successo; (ii) aumentare la velocità, l'efficienza e l'efficacia delle singole fasi del procedimento (esame preliminare, indagini e procedimento giudiziario); (iii) sviluppare in sinergia con gli Stati Parte strategie e metodologie rafforzate per aumentare il tasso di arresti dei sospettati oggetto di mandato di cattura pendenti davanti alla CPI; (iv) perfezionare e rafforzare l'approccio alle vittime, in particolare alle cd. vittime deboli (bambini e vittime di crimini sessuali e di genere); (v) aumentare ulteriormente la capacità dell'Ufficio di gestire le proprie risorse umane in maniera efficace e responsabile; (vi) rafforzare il ruolo della Corte come istituzione in grado di colmare il vuoto di impunità.<sup>18</sup>

Si ritrovano espliciti riferimenti alla tutela dell'ambiente in diversi documenti, incluso il *Policy Paper* del 2013 sulle *Preliminary Examinations*, che considera eventuali danni ambientali come un criterio utilizzato dall'Ufficio per la misurazione dell'impatto dei crimini sulle

16 Commissione di Diritto Internazionale, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Yearbook of the International Law Commission 1996 Vol. II, Part II, Art. 20(g).

17 Statuto di Roma, Art. 8(2)(b)(iv).

18 Ufficio del Procuratore, *Policies and Strategies* (accessibile al link: <https://www.icc-cpi.int/about/otp/otp-policies>).

vittime e sulle popolazioni coinvolte.<sup>19</sup> Successivamente, viene specificato che una particolare attenzione verrà riservata proprio a quei crimini che hanno generato danni all'ambiente ovvero che sono stati commessi per mezzo di, o hanno causato, sfruttamento illegittimo di risorse naturali o di espropriazioni illegali di terreni a danno della popolazione locale.<sup>20</sup>

Sebbene quindi si possa evidenziare una precisa intenzione del Procuratore di interessarsi ai danni all'ambiente, quanto meno quando essi discendano da crimini che ricadono sotto la sua giurisdizione, la possibilità per la Corte stessa di perseguire direttamente crimini internazionali commessi contro l'ambiente, ecosistemi o risorse naturali appare a prima vista circoscritta a danni causati in connessione ad un conflitto armato di carattere internazionale, rendendo la tutela estremamente limitata.

Al fine di poter ampliare lo spettro dei crimini sotto la giurisdizione della CPI è possibile emendare lo Statuto attraverso una specifica procedura (art. 121) che prevede, a seguito della presentazione di una proposta, l'assenso della maggioranza qualificata dei due terzi degli Stati Parte della Corte.<sup>21</sup> L'inserimento del crimine di ecocidio come quinto crimine, dunque, richiederebbe anzitutto la modifica dell'articolo 5, comprendente la lista dei crimini posti sotto la giurisdizione della Corte, e l'aggiunta di un articolo (Art. 8-ter) contenente la definizione di ecocidio e le opportune specificazioni.

Alla luce di ciò, nel 2010 Polly Higgins, giurista e attivista per l'introduzione del crimine di ecocidio, propose una nuova definizione di ecocidio, ricomprendendo "extensive damage to, of or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been or will be severely diminished".<sup>22</sup> La proposta non ebbe grande seguito, ma il lavoro pionieristico di Higgins spinse la *Stop Ecocide Foundation* a creare un gruppo di esperti di diritto internazionale ambientale e diritto internazionale penale con l'obiettivo di redigere una definizione operativa di ecocidio, inteso quale quinto crimine perseguibile dalla Corte Penale Internazionale e dunque contenente tutti gli elementi fondamentali per poter essere considerato coerente con l'attuale sistema dello Statuto di Roma. La proposta ha suscitato un grande interesse, attirando anche numerosi dissensi, in un momento di particolare criticità per

19 Ufficio del Procuratore, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, para. 65.

20 Ufficio del Procuratore, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, para. 41.

21 Statuto di Roma, Articolo 121(3).

22 Si vedano per ulteriori dettagli: Higgins 2015; Higgins et al. 2013.

quanto attiene la crisi climatica e ambientale, dove il risultato catastrofico delle attività dell'uomo è ogni giorno sempre più evidente.

### **3. La proposta del gruppo di esperti del 2021**

Di seguito si riporta nella sua interezza la definizione di ecocidio proposta dal Gruppo di Esperti. La definizione è poi seguita da un approfondito commentario, che ha l'obiettivo di spiegare la base giuridica della proposta, le scelte degli esperti ed indentificarne i punti di forza.

#### Article 8-ter

#### Ecocide

1. For the purpose of this Statute, "ecocide" means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts.

2. For the purpose of paragraph 1:

- a. "Wanton" means with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated;
- b. "Severe" means damage which involves very serious adverse changes, disruption or harm to any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources;
- c. "Widespread" means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;
- d. "Long-term" means damage which is irreversible or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;
- e. "Environment" means the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, as well as outer space.<sup>23</sup>

23 La definizione e il commentario del gruppo di esperti è accessibile al link: <https://www.stopecocide.earth/legal-definition>.

Nell'elaborazione di un crimine internazionale, bisogna preliminarmente prestare particolare attenzione a due elementi: l'*actus reus* (l'identificazione delle condotte punibili) e la *mens rea* (la condizione psicologica dell'autore). Circa la condotta, i singoli articoli dello Statuto prevedono con un grado di dettaglio differente ma sufficientemente preciso – nel rispetto del principio di legalità – le condotte punibili.

Lo Statuto è accompagnato dai cd. *Elements of the Crimes*, adottati dalla Assemblea degli Stati Parte della CPI nel 2002 e che hanno il compito di facilitare l'interprete nell'identificazione degli elementi dei singoli crimini, avendo riguardo a profili sia oggettivi che soggettivi.<sup>24</sup> Non mancano clausole residuali, quali ad esempio l'articolo 7(1)(k), che rende punibili condotte non specificatamente enumerate ma che costituiscono atti inumani di carattere simile alle altre fattispecie di crimini contro l'umanità indicate precedentemente, qualora commesse con l'obiettivo di causare grande sofferenza o seri danni al corpo o all'integrità fisica e psichica.<sup>25</sup>

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, lo Statuto della CPI prevede all'articolo 30 uno standard minimo comune a tutti i crimini, rendendo necessaria la presenza dell'intento e della conoscenza (*intent and knowledge*).<sup>26</sup> Al paragrafo due si specifica che l'"intento" sussiste quando la persona ha l'intenzione di porre in essere la condotta criminosa e, in relazione alle conseguenze della propria azione, intenda porre in essere quella condotta o – in relazione ad una conseguenza – sia comunque consapevole che la stessa si verificherà nell'ordinario corso degli eventi.<sup>27</sup> Per conoscenza si intende invece la consapevolezza che una determinata circostanza esista ovvero che determinate conseguenze possano verificarsi nell'ordinario corso degli eventi.<sup>28</sup> Si tratta pertanto di una *mens rea* con uno standard sufficientemente alto, che esclude la possibilità di punire per mera colpa o per dolo eventuale.

È naturalmente possibile poi che specifici crimini richiedano una *mens rea* particolare: tra di essi si ricordino il genocidio, che

24 Assemblea degli Stati Parte della Corte Penale Internazionale, *Elements of the Crimes*, 2002.

25 Statuto di Roma, Art. 7(1)(k).

26 Statuto di Roma, Art. 30.

27 Statuto di Roma, Art. 30(2).

28 Statuto di Roma, Art. 30(3).

richiede il dolo specifico di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o ancora il crimine contro l'umanità di persecuzione, che necessita dell'intenzione di discriminare il gruppo vittima della condotta.<sup>29</sup>

Tornando alla definizione di ecocidio, il primo paragrafo punisce atti illeciti, ovvero atti leciti che siano commessi con la consapevolezza che esiste una sostanziale probabilità che tali atti causino un danno grave e diffuso o a lungo termine all'ambiente. Il secondo paragrafo specifica alcuni termini della definizione, chiarendo il suo campo di applicazione.

Innanzitutto, si evince già da una prima lettura della norma proposta che non ci si ritrova in presenza di un crimine in alcun modo comparabile al genocidio, da cui chiaramente il termine nasce e tende ad ispirarsi. Il genocidio è infatti un crimine internazionale particolarissimo che identifica come vittima un gruppo protetto, mentre nella definizione di ecocidio la dimensione di 'gruppo' è totalmente assente, rendendo il crimine molto più simile ad una fattispecie di crimine contro l'umanità che al genocidio. Ciò, non è necessariamente da considerarsi come un fattore negativo, dal momento che in primo luogo sarebbe particolarmente difficile immaginare che un individuo decidesse consapevolmente di voler distruggere un preciso ecosistema o un gruppo di animali e, in secondo luogo, è apprezzabile lo sforzo, anche se non del tutto riuscito, di porre al centro del crimine – e dunque come vittima – l'ambiente, prescindendo dalla sua relazione con l'uomo e con l'umano. Proprio in quest'ottica potrebbe essere stata fatta la scelta di concepire l'ecocidio come quinto crimine e non come una nuova fattispecie di crimine contro l'umanità, cercando così di evitare di dare rilevanza agli elementi contestuali dei crimini contro l'umanità, e dunque al fatto che la condotta si inserisca all'interno di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.

Questo elemento antropocentrico, però, non è totalmente estraneo alla definizione proposta, infatti, si specifica che atti leciti che hanno causato danni rilevanti all'ambiente possano essere criminalizzati unicamente quando compiuti con noncuranza

29 Statuto di Roma, Art. 6; Art. 7(1)(h). A livello giurisprudenziale si vedano, a titolo esemplificativo: CPI, *Procuratore c. Al-Bashir*, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 marzo 2009, 103; CPI, *Procuratore c. Katanga*, *Judgement pursuant to Art. 74 of the Statute*, 7 marzo 2014, 770-772.

per un danno ambientale che sarebbe chiaramente eccessivo in relazione ai benefici sociali ed economici che ci si aspetta di ricevere a seguito della condotta definibile, in tale occasione, 'incauta'. L'introduzione di un'analisi costi-benefici è potenzialmente pericolosa perché il diritto internazionale ambientale contiene pochissimi divieti, essendo in larga misura basato su principi che rendono la maggior parte delle situazioni estremamente difficoltose da caratterizzare come sicuramente illecite, esistendo numerosissime lacune e carenze a molteplici livelli.<sup>30</sup>

Cosa è vietato viene in larga misura fatto discendere quindi dal diritto nazionale, rendendo pertanto in un procedimento davanti alla CPI di primaria importanza l'analisi costi-benefici. D'altro canto, come ricordato su *Twitter* da Voigt, una delle esperte nel panel, un *genuine ecocentric approach* includerebbe potenzialmente nelle condotte illegittime la costruzione di ogni nuova ferrovia, autostrada, scuola, ospedale, e finanche un parco eolico o solare o una centrale idroelettrica sviluppati legalmente – diventando di fatto la miglior garanzia di insuccesso della stessa iniziativa.<sup>31</sup>

Ulteriori elementi dell'*actus reus* sono la severità del danno e il fatto che sia esteso o a lungo termine, definiti puntualmente al paragrafo 2. È opportuno notare che l'ecocidio utilizza un test per la prova ibrido congiuntivo/disgiuntivo ('danni gravi e diffusi ovvero a lungo termine all'ambiente'), mentre quello dell'art. 8(2) (b)(iv) è strettamente congiuntivo ('danni diffusi, a lungo termine e gravi all'ambiente naturale'). Come ricordato anche da Heller, questa differenziazione è meritevole di attenzione, in quanto è impossibile partecipare ad un conflitto armato senza creare anche solo minimi danni all'ambiente, mentre è necessario abbassare la soglia di gravità con riferimento a situazioni di pace.<sup>32</sup>

Le questioni realmente problematiche attengono però alla formulazione dell'elemento soggettivo. La definizione di 'knowledge' proposta differisce parzialmente da quella standard enucleata all'articolo 30, interpretata dai giudici della CPI – in linea con quasi tutti i sistemi penali nazionali – come consapevolezza-

30 Heller 2021.

31 È possibile accedere al thread su *Twitter* al link: <https://twitter.com/ChristinaVoigt2/status/1408060703966056450>.

32 Per ulteriori dettagli sul punto si veda <https://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/>.

za che le proprie azioni siano ‘virtualmente certe’ di provocare le conseguenze proibite.<sup>33</sup> Lo standard di consapevolezza soggettiva è quindi molto più elevato della ‘sostanziale probabilità’ prevista nella proposta del gruppo di esperti, che nella pratica si avvicina alla cd. *recklessness*, per semplificare comparabile ad un criterio di imputazione della responsabilità situabile a metà strada tra la colpa cosciente e il dolo eventuale. Tale difformità viene evidenziata anche dagli autori della definizione, che hanno ritenuto lo standard dell’articolo 30 come insufficiente in materia ambientale, così come già ritenuto insufficiente (e pertanto attenuato dalla presenza del criterio del dolo eventuale) nel contesto della responsabilità del superiore e del crimine di guerra di arruolamento di bambini-soldato.<sup>34</sup> Nel caso poi di *wanton acts committed with knowledge*, ci si trova in presenza di una doppia *mens rea*, che richiede una *recklessness* anche in riferimento all’eccessività del danno. L’autore del reato deve quindi non solo ‘prefigurarsi’ che la propria condotta causi danni gravi e diffusi o a lungo termine all’ambiente, ma anche che il danno sarà chiaramente eccessivo rispetto ai benefici economici o sociali previsti, introducendo un test di difficile prova.<sup>35</sup>

Da ultimo, sembra difficile coniugare il sistema appena delineato con alcune delle condotte di distruzione ambientale più significative, riguardanti ad esempio la responsabilità di multinazionali. Da questo punto di vista, però, il sistema dello Statuto mal si concilia con profili di responsabilità di impresa, la cui punibilità necessiterebbe di profonde modifiche e di un ripensamento generale dell’intero quadro di riferimento.

#### 4. Conclusioni

Sebbene senza ombra di dubbio l’introduzione del crimine di ecicidio – anche solo simbolicamente – costituirebbe un chiaro riconoscimento del disvalore sociale della distruzione ambien-

33 Si vadano, *inter alia*: CPI; Procuratore c. Lubanga Dyilo, Judgement pursuant Art. 74 of the Statute, 14 marzo 2012, 1012; CPI; Procuratore c. Katanga, 7 marzo 2014, 774-778; CPI, Procuratore c. Ongwen, Trial Judgement, 4 febbraio 2021, 2695.

34 Stop Ecocide Foundation, Commentario.

35 Questo test è particolarmente simile a quello richiesto per la prova della necessità militare per determinate tipologie di crimini di guerra. A tal fine si rimanda a Hayashi 2020.



tale, un approccio pragmatico alla questione non può che riconoscere l'enorme difficoltà legata all'introduzione di un nuovo crimine nello Statuto di Roma, legata principalmente a fattori politici e di opportunità.

Una corte internazionale per il suo funzionamento necessita del supporto degli Stati, in termini sia politici che finanziari. L'introduzione di un nuovo crimine richiederebbe quindi una chiara volontà degli Stati di impegnarsi sul fronte ambientale, anche in contrasto con scelte economiche e potenzialmente esponendosi in prima persona (o esponendo *players* fondamentali) a futuri procedimenti.

Inoltre, agli occhi dell'opinione pubblica, una corte è un'istituzione forte se produce giudizi e firma condanne, giustificando così la spesa richiesta per il proprio funzionamento; l'introduzione del reato di ecocidio necessiterebbe quindi di difficili e costose indagini, avendo riguardo anche a questioni scientifiche connesse ai danni ambientali, e dunque richiederebbe fondi specifici per evitare di togliere risorse ad altre situazioni ed indagini già sotto esame da parte dell'Ufficio del Procuratore, che da anni vive in un perenne stato di sottofinanziamento ed opera con un organico estremamente ridotto.

Alla luce del composito quadro presentato, ci si deve quindi chiedere in prima battuta se lo Statuto di Roma non presenti già al suo interno gli strumenti necessari per potere, quantomeno in particolari situazioni, punire gravi danni ambientali ovvero se altri sistemi siano più confacenti alla questione, prescindendo da questioni di responsabilità internazionale penale individuale.

Come già ricordato, se compiuta in connessione ad un conflitto armato internazionale, la distruzione dell'ambiente è punibile come crimine di guerra dall'articolo 8(2)(b)(iv). Se commessa invece in tempo di pace, nulla osta al potenziale riconoscimento della condotta come crimine contro l'umanità. Partendo dalla disposizione rilevante, l'articolo 7(1)(k) criminalizza atti inumani comparabili agli altri crimini contro l'umanità, riconoscendo come tali quegli atti che siano in grado di causare, *inter alia*, danni severi alla salute fisica o mentale. Naturalmente, è poi necessario che tali condotte rispettino gli elementi contestuali dei crimini contro l'umanità, e dunque che siano state commesse come parte di un attacco esteso e sistematico nei confronti della popolazione civile. Senza ombra di dubbio, come già sopra ricordato, il

merito di introdurre un crimine specifico permetterebbe di riconoscere come prima vittima l'ambiente, e non le conseguenze che il danno ambientale possa avere sull'uomo. D'altro canto, è ormai risaputo che l'inquinamento e la distruzione degli ecosistemi hanno effetti gravissimi sulla salute dell'uomo e pertanto sarebbe possibile immaginare la qualificazione di tali attività come crimini contro l'umanità, specie se compiute su larga scala ed in maniera sistematica.

Permangono però difficoltà connesse alla possibilità di incriminare gli attori maggiormente responsabili di tali condotte – le imprese – che sfuggono alla giurisdizione della Corte Penale Internazionale, limitata a persone fisiche.

Il panorama complesso fin qui delineato fa nascere dubbi circa l'opportunità dell'inserimento di un quinto crimine all'interno dello Statuto di Roma, sia per le oggettive difficoltà correlate all'emendare lo Statuto, sia per il limitato numero di casi che potenzialmente potranno essere decisi dalla Corte. Non è però da escludere che in un futuro prossimo questioni ambientali vengano decise dalla CPI, ad esempio con riferimento alla guerra russo-ucraina, di competenza della Corte e classificabile come conflitto armato internazionale, nel corso del quale si ritiene siano stati commessi crimini di guerra anche contro l'ambiente.

Da ultimo, è opportuno evidenziare che la proposta della *Stop Ecocide Foundation* è solamente una delle definizioni proposte a vario titolo da studiosi e accademici, tutte azioni che hanno il merito di tenere la luce accesa su una problematica di estrema attualità ed importanza.<sup>36</sup> E, come già riconosciuto fondamentale da Richard Falk nel 1973, il ruolo della società civile nel dibattito rimane il più importante motore per il rafforzamento della tutela, avvenga essa a livello domestico, regionale o sovranazionale.

## Bibliografia

Chiarini 2002: Chiarini G., *Ecocidio: dalla Guerra in Vietnam alla Giurisdizione Penale Internazionale? Problematiche Proces-*

36 Si vedano al riguardo: European Law Institute, *ELI Report on Ecocide*, 20 febbraio 2023; Gillet 2022.

*suali al Confine tra Scienza e Diritto*, in Cassazione Penale 62, 2022, 1930-1968.

Cusato 2018: Cusato E., *From Ecocide to Voluntary Remediation Projects: Legal Responses to Environmental Warfare in Vietnam and the Spectre of Colonialism*, in *MelbJIntLaw* 19, 2018, 494-520.

Falk 1973: Falk R.A., *Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal and Proposals*, in *RBDI* 9, 1973, 1-27.

Gillet 2022: Gillet M., *Prosecuting Environmental Harm Before the International Criminal Court*, Cambridge 2022.

Higgins et al. 2013: Higgins P., Short D., Shout N., *Protecting the Planet: a Proposal for a Law of Ecocide*, in *Crime, Law and Social Change* 59, 2013, 251-266.

Higgins 2015: Higgins P., *Eradicating Ecocide. Laws and Governance to Stop the Destruction of the Planet*, London 2015<sup>2</sup>.

Hayashy 2020: Hayashi N., *Military necessity. The Art, Morality and Law of War*, Cambridge University Press 2020.

Heller 2021: Heller K.J., *Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis*, in *OpinioJuris.org*, 26 giugno 2021.

Maljean-Dubois 2015: Maljean-Dubois S., *A Propos de Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal and Proposals de Richard Falk*, in *RBDI* 28, 2015, 359-367.



# L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: VECCHI PROBLEMI NEI NUOVI ORIZZONTI

LAURA CALANDRIELLO  
Università degli Studi di Palermo

**Abstract:** This contribution aims to examine the complex issue of the execution of the judgments of the European Court of Human Rights within the Italian legal system. Starting from a comprehensive examination of the most significant case law on the subject, the paper focuses on the difficult interaction between the principles set by the Strasbourg Court and the national application of these principles. In particular, it is intended to critically explore the dynamics and challenges associated with the adaptation of European rulings in the Italian legal context, highlighting the many problems that still remain in the legal system despite the introduction of new *ad hoc* regulatory instruments.

**Parole chiave:** esecuzione penale, Corte europea dei diritti dell'uomo, CEDU, Corte EDU, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, equo processo.

## 1. Introduzione

Negli ultimi decenni la questione dell'esecutività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo è emersa, a più riprese, in occasione di alcuni casi particolarmente noti che hanno sollevato interrogativi complessi sull'interazione tra ordinamenti giuridici nazionali e giurisprudenza europea.

Ancora oggi, nonostante il tema dell'esecuzione delle sentenze CEDU sia stato al centro di un dialogo ventennale tra Corti nazionali e sovranazionali (accompagnato da un serrato dibattito tra la migliore dottrina processualpenalista), le diverse questioni ricollegate all'eseguibilità delle sentenze della Corte EDU non sembrano essersi del tutto risolte neppure in seguito al recente intervento del Legislatore nazionale. Difatti, lungi dall'estendere una piena ed effettiva tutela sul piano del diritto interno anche ai 'fratelli minori' dei ricorrenti, il nuovo sistema disegnato dalla riforma Cartabia non sembra capace di sciogliere i principali nodi della previgente disciplina.

Su queste premesse, dopo aver ripercorso per brevi cenni le pronunce più significative *in subiecta materia* (prestando parti-

colare attenzione alle pronunce ricollegate alla tutela degli artt. 6 e 7 della Convenzione), il presente contributo intende approfondire i meccanismi di esecuzione delle sentenze della Corte EDU nel diritto nazionale. In particolare, una volta messe a fuoco le principali vicende anteposte allo sviluppo dell'istituto della 'revisione europea', si intende analizzare con un taglio critico l'attuale assetto positivo per comprendere se il nuovo rimedio processuale possa ritenersi idoneo a far fronte alle criticità della previgente disciplina.

## 2. Dal 'caso Dorigo' alla revisione europea

L'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede che lo Stato italiano debba dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo, la quale è in ultima istanza garante dei diritti consacrati e tutelati in via convenzionale. Nel nostro ordinamento, tuttavia, per anni non vi è stata chiarezza circa i rimedi esperibili a tal fine e ciò ha generato un vuoto di tutela di non poco conto.

Nonostante l'evidente lacuna normativa, la giurisprudenza ha concepito una pluralità di ipotesi allo scopo di ottemperare alle sentenze di condanna della CEDU.

Tra queste è possibile rammentare l'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p. per ottenere la declaratoria di ineseguitabilità del giudicato in occasione del 'caso Dorigo', il ricorso straordinario ex art. 625-*bis* c.p.p. nei casi 'Drassich' e 'Scoppola' fino a giungere all'ipotesi di 'revisione europea' delle sentenze pronunciate dal giudice nazionale introdotta dalla nota decisione della Consulta numero 113 del 2011. Come si avrà modo di evidenziare nelle successive pagine, tali "opere di supplenza in via interpretativa"<sup>1</sup> si sono tuttavia dimostrate poco convincenti.

In questa sede è possibile soffermarsi brevemente sulle ragioni che hanno condotto all'elaborazione di questi strumenti, nonché ai limiti e alle difficoltà applicative che hanno reso comunque necessario un intervento legislativo (giunto come anticipato solo in tempi molto recenti).

Le vicende processuali del 'caso Dorigo' sono ormai note anche al di fuori della cerchia degli studiosi del diritto penale. Quest'ultimo, ritenuto responsabile di un attentato terroristico in

1 Furfaro 2010: 2643.

conseguenza di alcune dichiarazioni rese prima del dibattimento (e mai discusse in contraddittorio),<sup>2</sup> ha adito la Corte EDU lamentando una violazione dei canoni dell'equo processo sanciti dall'art. 6 della Convenzione.<sup>3</sup> Tuttavia, anche una volta ottenuta la condanna dello Stato italiano, il ricorrente si è ritrovato privo degli strumenti necessari per eseguire la sentenza del giudice sovranazionale nell'ordinamento interno. In questa prima fase, il rimedio impiegato dalla Suprema Corte per ottemperare alla pronuncia europea è stato l'incidente di esecuzione, nell'ambito del quale – sulla base di una *fictio iuris* adottata dai giudici nazionali – il giudicato è stato dichiarato ineseguibile.<sup>4</sup>

Pur essendo senz'altro adeguato per la risoluzione di questioni ricollegate a operazioni sostanzialmente ricognitive, lo strumento dell'incidente dell'esecuzione si è dimostrato già dal principio inadeguato a far fronte a tutte quelle situazioni in cui fosse necessaria una riapertura del processo o comunque la rivalutazione del merito. Come è infatti noto, il rimedio in questione si limita a bloccare il giudicato, impedendone così l'esecuzione, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di 'limbo processuale'.<sup>5</sup> Nel caso di specie, inoltre, la mera declaratoria di ineseguibilità non dà risposta all'esigenza primaria, ossia quella della riapertura del processo, al fine di consentire il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione.

- 2 I giudici nazionali avevano utilizzato le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dai tre coimputati come prove determinanti ai fini della sentenza di condanna. Tale decisione è stata presa in conseguenza del fatto che questi ultimi si erano avvalsi della facoltà di non rispondere in sede di dibattimento. Quest'ultima circostanza è stata allora ritenuta dai giudici interni di per sé sufficiente per legittimare l'acquisizione al fascicolo dibattimentale dei verbali delle dichiarazioni rese precedentemente ai sensi dell'art. 513 c.p.p. del testo vigente prima della riforma del 1997.
- 3 Commissione europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*.
- 4 Cass. pen., sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*. La Suprema Corte adita nell'ambito dell'incidente di esecuzione ha affermato il principio secondo cui "il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il Legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo". Tra i commenti più recenti si rimanda a Civita 2021: *passim*.
- 5 Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, § 5 del Considerato in diritto.

Nell'affrontare i casi 'Drassich' e 'Scoppola' la giurisprudenza italiana ha così ricercato un percorso processuale più efficiente per ovviare al problema dell'esecuzione delle sentenze CEDU. In particolare, sebbene le due pronunce fossero riferite a vicende tra loro sostanzialmente diverse (nel caso di Drassich la lesione dei principi generali del processo era ricollegato a una 'riqualificazione a sorpresa'<sup>6</sup> dei fatti contestati all'imputato,<sup>7</sup> mentre nel caso di Scoppola era riferito alla mancata applicazione della legge processuale più favorevole al reo),<sup>8</sup> la giurisprudenza della Suprema Corte ha inteso utilizzare come strumento di esecuzione delle sentenze europee il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p.<sup>9</sup> Tuttavia, anche questo strumento è risultato inadeguato per eseguire efficacemente le sentenze della Corte Edu, in quanto non idoneo ad assicurare la riapertura di processi a fronte di violazioni che non si fossero verificate nell'ambito del giudizio di Cassazione.<sup>10</sup>

Considerati i primi esperimenti fallimentari, la giurisprudenza italiana ha compreso come non fosse possibile raggiungere gli obiettivi prefissati attraverso l'adattamento di istituti già esistenti volti a piegare le ragioni del diritto a esigenze di giustizia sostanziale. Così, i giudici hanno provato a colmare il vuoto di tutela derivante dall'inerzia del Legislatore con riferimento all'ottemperanza delle condanne europee attraverso strumenti fino a quel momento inediti.

6 Civita 2021: 1654.

7 Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007.

8 Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009.

9 Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich. La Cassazione ha ritenuto che "lo strumento giuridico idoneo a dare attuazione alla sentenza europea può essere quello del ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di Cassazione, previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p. Questa norma – sebbene realizzata per colmare vuoti di tutela definiti e tassativi, errore materiale o di fatto – ampiamente giustifica un ragionamento «per analogia»" posto che "si è in presenza di situazioni analoghe nel senso che l'elemento che le accomuna è l'identità di *ratio*: rimediare, oltre che a veri e propri errori di fatto, a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte di Cassazione". Si veda sull'argomento Kostoris 2009: *passim*; inoltre, per un commento fortemente critico si rimanda a Zacchè 2009. Con riferimento al caso Scoppola: Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola. Sul punto si rimanda a Pecorella 2010.

10 Per riflessioni critiche circa l'applicazione analogica dell'art. 625-*bis* c.p.p. si rinvia ad Aimonetto 2009; Caianiello 2012; Gambardella 2010; Zacchè 2009.



È in tale contesto che si inserisce la sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011,<sup>11</sup> nota per aver individuato un 'nuovo' caso di revisione volto ad assicurare la *restitutio in integrum* nel caso di accertato processo iniquo.<sup>12</sup> La pronuncia in questione si inserisce nell'ambito del già menzionato 'caso Dorigo',<sup>13</sup> ma segna un repentino cambio di paradigma in considerazione della soluzione 'originale' individuata dal Giudice delle leggi. Quest'ultimo, infatti, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non ha previsto all'interno dei casi tassativi in esso indicati un'ipotesi di revisione della sentenza che potesse permettere la riapertura del processo a seguito di una sentenza definitiva della Corte EDU. La Consulta ha così restituito ai ricorrenti un rimedio attivabile non soltanto nel caso di condanna per violazione delle garanzie processuali dell'equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU, ma anche per qualsiasi lesione dei canoni convenzionali. Sebbene tale intervento abbia favorito la praticabilità del rimedio straordinario anche alle ipotesi di violazioni di carattere sostanziale,<sup>14</sup> in sede di esegesi la sentenza costituzionale ha svelato non pochi aspetti critici legati alla natura pretoria dell'intervento.<sup>15</sup>

Se, da un lato, sono stati sollevati dubbi sul versante sistemico, in relazione al fatto che il sistema penale sostanziale e processua-

11 Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113.

12 Alesci 2019: 700. Sul tema si rimanda, tra gli altri, a Gialuz 2011; Lonati 2011; Repetto 2011; Ruggeri 2011; Uberty 2011.

13 Parallelammente e prima della pronuncia della Suprema Corte (Cass. pen., sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800), il difensore di Dorigo aveva proposto una richiesta di revisione al giudice *a quo*. In tale contesto è stata sollevata una prima questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, co. 1, lett. a) c.p.p. "nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo". Tuttavia, la questione veniva dichiarata infondata con sentenza n. 129 del 2008. La Corte costituzionale escludeva tanto la configurabilità di una disparità di trattamento tra casi simili, quanto una lesione della presunzione di innocenza. Ripresa la trattazione del procedimento davanti alla Corte d'Appello, il Procuratore generale eccepeva l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. sotto un altro profilo e cioè sotto il profilo della lesione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 46 della Convenzione, il quale sancisce l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte strasburghese, rimuovendo ogni effetto contrario.

14 Geraci 2011: 100.

15 Alesci 2019: 700.

le fosse legato indissolubilmente al principio di legalità,<sup>16</sup> dall'altro, si è posto il dubbio circa l'esatto confine applicativo dello strumento impugnatorio.<sup>17</sup> Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto è emerso il problema dell'efficacia *ultra partes* delle sentenze della Corte EDU e dell'estensibilità del rimedio ai cd. fratelli minori, cioè ai casi analoghi.

### **3. Il 'caso Contrada' e il problema dell'estensibilità della *res interpretata* ai cd. fratelli minori**

Tra le vicende più note in tema di esecuzione delle sentenze CEDU occorre senz'altro richiamare il caso che ha visto protagonista davanti alla Corte europea Bruno Contrada (i cui seguiti giudiziari non sembrano ancora del tutto esauriti).<sup>18</sup> Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno sanzionato l'Italia per aver violato il principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, affermando che la fattispecie del cd. concorso esterno in associazione mafiosa posta alla base della condanna inflitta a Contrada difettava di sufficiente chiarezza e prevedibilità al tempo in cui risalivano le condotte ascritte al ricorrente.

La Corte ha riscontrato pertanto ciò che la dottrina più autorevole ha definito un 'illecito interpretativo'<sup>19</sup> in considerazione del fatto che il reato in questione fosse frutto di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi sulla base di tre sentenze delle Sezioni Unite penali, pronunciate tutte successivamente ai fatti commessi, e cioè nel 1994 (SS.UU. Demitry),<sup>20</sup> nel 2002 (SS.UU. Carnevale)<sup>21</sup> e nel 2005 (SS.UU. Mannino).<sup>22</sup> In tale occasione è venuta in rilievo l'esigenza di garantire giustizia a una domanda che non concerneva la tradizionale dicotomia innocenza-colpevolezza del ricorrente, ma la violazione del diritto umano fondamentale alla non punibilità per la violazione di una fattispecie penale tipizzata e tassativa.

16 Civita 2021: 1658.

17 Sul punto si rimanda a Griffo 2012.

18 Per un'attenta disamina sull'*affaire* Contrada si segnala su tutti Maggio 2023.

19 Donini 2016: *passim*.

20 Cass. pen., SS.UU., 5 ottobre 1994, n. 16.

21 Cass. pen., SS. UU., 30 ottobre 2002, n. 22327.

22 Cass. pen., SS. UU., 12 luglio 2005, n. 33748.

Al fine di dar seguito al *dictum* di Strasburgo, la difesa di Contrada ha attivato due distinte linee di tutela interna: da un lato, ha avanzato istanza di revisione alla Corte di Appello di Caltanissetta, dall'altro ha proposto un incidente di esecuzione dinanzi alla Corte di Appello di Palermo.<sup>23</sup> A seguito di alcuni iniziali arresti apparentemente irrisolvibili, l'esito della vicenda processuale ha visto la Cassazione erigersi a giudice della Convenzione; infatti, investita dell'impugnazione, la Suprema Corte ha accolto il ricorso disponendo l'annullamento senza rinvio e ritenendo non rilevante la questione di legittimità costituzionale prospettata.<sup>24</sup>

Dopo una serie di tentativi non andati a buon fine, il caso Contrada è stato dunque risolto dai giudici italiani con l'esecuzione del giudicato europeo in favore del ricorrente.<sup>25</sup> Tuttavia – ed è questo il punto che in questa sede rileva maggiormente – la Suprema Corte ha finora sempre precluso ai cd. fratelli minori<sup>26</sup> ogni possibilità di avvalersi della sentenza *Contrada c. Italia* per far venire meno gli effetti penali della propria condanna. In particolare, osservando lo stato dell'arte delle vicende ricollegate a Dell'Utri e Genco<sup>27</sup> è possibile scorgere l'intenzione dei giudici nazionali di frapporre una barriera frontale riguardo la possibilità di estendere i *dicta* della Corte EDU a soggetti diversi dai ricorrenti

- 23 L'istanza di revisione è stata rigettata dal giudice di merito e anche l'incidente di esecuzione è stato dichiarato inammissibile, in ragione del fatto che secondo la Corte non fosse possibile adottare alcun provvedimento revocatorio, atteso che nella sentenza europea non era stato indicato espressamente lo strumento per consentire l'esecuzione della sentenza in questione. Avverso quest'ultima decisione, la difesa di Contrada ha promosso un ricorso per Cassazione chiedendo di annullare la declaratoria di condanna e di rimuovere tutte le conseguenze pregiudizievoli per lo stesso Contrada e in via gradata, di rimettere alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p., in riferimento agli artt. 25 e 117 Cost., nella parte in cui non prevede la revocabilità della sentenza di condanna a seguito di una decisione della Corte EDU. Sul punto si rimanda a Maggio 2016.
- 24 La Cassazione ha così dichiarato "ineseguibile e improduttiva di effetti penali" la sentenza definitiva di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada, revocando i suoi effetti penali. Si rimanda a Bernardi 2017: 143.
- 25 Maggio 2020b.
- 26 Il riferimento è alla nota vicenda che ha coinvolto i 'fratelli minori' di Bruno Contrada. Per una disamina puntuale si rimanda a Maggio 2020a e Maggio 2023.
- 27 Stefano Genco ha avanzato una richiesta di 'revisione europea' della propria condanna ai sensi dell'art. 630 c.p.p., modificato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011. Tuttavia, la Corte d'Appello di Caltanissetta ha ritenuto infondata l'istanza negando l'estensibilità *erga omnes* dei principi della sentenza *Contrada c. Italia*.

diretti (nonostante le eccezioni in senso opposto sottolineate dalla Consulta).<sup>28</sup>

Sebbene quello dei giudici interni possa intendersi come un ragionamento basato su categorie corrette, in linea con la struttura delle fonti nazionali, la vicenda non può che ingenerare una sensazione di 'sconforto ermeneutico'. Oggi, infatti, soggetti collocati nella medesima posizione sembrano scontare una ingiustificabile (e ingiustificata) disparità di trattamento che risulta oltremodo evidente; infatti, i soggetti già portatori di un diritto convenzionale leso risultano obbligati ad adire un giudice internazionale per poter tutelare un diritto umano fondamentale che dovrebbe già avere un carattere sostanziale.

#### **4. Un nuovo rimedio per l'esecuzione nazionale delle sentenze europee**

La novella legislativa introdotta nell'ambito della cd. riforma Carabia<sup>29</sup> ha affermato un meccanismo per dare attuazione alle pronunce EDU all'interno dell'ordinamento nazionale, al fine di riportare ordine in un ambito del processo penale che nell'ultimo ventennio si è contraddistinto per il totale caos giudiziario.<sup>30</sup>

Attraverso tale rimedio, ora previsto nel nostro Codice all'art. 628-*bis*, si è inteso garantire un nuovo processo 'equo' ai destinatari di un provvedimento giudiziario non conforme ai parametri convenzionali.<sup>31</sup> Gli interessati avranno dunque la possibilità di presentare istanza alla Corte di Cassazione per la conformazione ai *dicta* strasburghesi, elevando dunque la Suprema Corte a giudice unico sul territorio nazionale dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alle decisioni europee.<sup>32</sup>

28 Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49. La Corte ha osservato che un obbligo generale di conformazione alla giurisprudenza europea sussiste al cospetto di una sentenza 'pilota' o quando la questione rientri nell'ambito del diritto giurisprudenziale consolidato.

29 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

30 Rapisarda 2023: 14.

31 La disposizione è rubricata "Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali".

32 Art. 628-*bis* c.p.p., co. 1: "1. Il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono richiedere alla Corte di cassazione di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per

La nuova riforma introduce uno strumento che nel suo complesso può accogliersi con favore. Infatti, l'attivazione della procedura offre la possibilità al condannato di travolgere il giudicato utilizzando come fonte esclusivamente l'accertamento della violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Tuttavia, se nel fare ciò è stata conferita dignità normativa a una pronuncia la cui paternità appartiene al Giudice delle leggi,<sup>33</sup> dall'altro il rimedio in questione sembra rinunciare all'intenzione di 'ricucire lo strappo' tra ordinamento interno e sovranazionale per offrire tutela anche ai 'fratelli minori'.<sup>34</sup>

Segnatamente, dalla lettura della novella emerge come il Legislatore sembri voler escludere dal perimetro della legittimazione attiva coloro i quali non hanno effettuato ricorso alla Corte di Strasburgo e non sono pertanto qualificabili come ricorrenti diretti.<sup>35</sup>

Ne consegue che il problema dei 'fratelli minori' che richiama l'interprete all'individuazione di un adeguato bilanciamento tra l'obbligo di conformazione alla giurisprudenza europea e la tutela del giudicato interno resta tutt'oggi senza risoluzione.<sup>36</sup> Pertanto, nel nuovo sistema disegnato dalla riforma, per ottenere una tutela effettiva risulta sempre necessario rivolgersi in via diretta alla Corte europea con il rischio – nel caso dei 'fratelli minori' – di subire una declaratoria di inammissibilità relativa a questioni già definite. In tale contesto, però, la Corte di Strasburgo potrebbe dichiarare inammissibili le istanze dei 'fratelli' in questione ritenendo che la realizzazione del precetto sostanziale da attuare (già fissato dalla Corte EDU nel 2015) spetti al giudice nazionale.

Dunque, nessun nodo sembra essersi definitivamente sciolto dal momento che l'approccio casistico oggi abbracciato dalla

eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli aggiuntivi alla Convenzione e la Corte europea ha accolto il ricorso con decisione definitiva, oppure ha disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato".

33 Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113.

34 Nullo 2023: 18.

35 Casiraghi 2023: *passim*.

36 Nullo 2023: 12.

giurisprudenza nazionale in materia di esecuzione delle pronunce europee mal si coniuga con l'art. 46 CEDU. Tale disposto normativo attribuisce alle decisioni della Corte di Strasburgo effetti diretti sull'ordinamento giuridico interamente considerato, obbligando così lo Stato condannato ad adottare misure che riparino il *vulnus* lamentato dal ricorrente (e impediscano così nuove violazioni della stessa specie). Inoltre, come osservato in dottrina, dal punto di vista pratico, il recepimento del diritto europeo nella sua interezza si impone "anche per evitare un sovraccarico di lavoro alla Corte di Strasburgo, che altrimenti sarebbe chiamata ad intervenire a ripetizione su un elevato numero di casi, tutti simili l'uno all'altro".<sup>37</sup> Tale analisi permette di identificare un grave vuoto di tutela che ad oggi l'ordinamento italiano sembra non riuscire (o volere) superare, riconfermando a Bruno Contrada la posizione di 'figlio unico', almeno per il momento.<sup>38</sup>

## 5. Conclusioni

L'esecuzione nell'ordinamento interno delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo esprime un diritto fondamentale ascrivibile al ventaglio dei diritti del cittadino. Del resto, sul piano dell'effettività, non può omettersi di considerare come i diritti scolpiti nella Convenzione acquisiscano forma e sostanza attraverso la tutela dei casi specifici esaminati dai giudici di Strasburgo. Tuttavia, come risulta evidente, tale legittima domanda di diritti dell'individuo si scontra inevitabilmente con la resistenza dell'ordinamento nazionale, il quale si oppone (passivamente) all'attribuzione di questi diritti per evitare una perdita sensibile di sovranità nazionale dinanzi alla Corte EDU.

Pertanto, in un ragionamento *de iure condendo*, non dovrebbe auspicarsi solamente un'azione riformatrice di segno estensivo volta a superare gli ostacoli oggi esistenti sul piano meramente formale, ma un'effettiva apertura verso una visione volta a rivalutare il diritto penale classico nella direzione di un nuovo orizzonte internazionale.

Gli attuali limiti all'esecuzione delle sentenze rivolti ai 'fratelli minori' si ritengono conseguenza di un bilanciamento che al

37 Cartabia 2008: 60.

38 Bernardi 2017: 146.

momento sembra intenzionato a sacrificare la tutela dei diritti sull'altare della sovranità nazionale.

Una simile posizione sembra tuttavia un tentativo (tra gli altri) di resistenza al futuro e alla naturale trasformazione del diritto imposta dalla sempre più crescente domanda di diritti e dall'inarrestabile formazione di un nuovo umanesimo giuridico complementare alla crisi dello Stato-nazione.

## Bibliografia

Aimonetto 2009: Aimonetto M.G., *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in Riv. it. dir. proc. pen. 3, 2009, 1510-1528.

Alesci 2019: Alesci T., *L'estensibilità della revisione europea ai c.d. "fratelli minori"*, in Giur. it. 2019, 699-703.

Bernardi 2017: Bernardi S., *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"*, in Dir. pen. cont. 1, 2017, 233-236.

Caianiello 2012: Caianiello M., *La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modello*, in Quad. cost. 3, 2012, 668-671.

Cartabia 2008: Cartabia M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in Balsamo A., Kistoris R.E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino 2008.

Casiraghi 2023: Casiraghi R., *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in Dir. pen. proc. 1, 2023, 195-199.

Civita 2021: Civita G., *Il giusto processo tra garanzie convenzionali, rimedi interni ed esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, in Dir. pen. proc. 12, 2021, 1649-1663.

- Donini 2016: Donini M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.* 3, 2016, 22-38.
- Furfaro 2010: Furfaro S., *L'esecuzione delle decisioni europee di condanna: riflessioni sullo "stato dell'arte" anche in prospettiva di scelte normative*, in *Giur. it.* 12, 2010, 2643-2649.
- Gambardella 2010: Gambardella M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.* 5, 2010, 2020-2047.
- Geraci 2011: Geraci R.M., *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, in *Proc. pen. giust.* 4, 2011, 93-104.
- Geraci 2022: Geraci R.M., *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.* 1, 2022, 188-199.
- Gialuz 2011: Gialuz M., *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.* 10, 2011, 3308-3320.
- Griffo 2012: Griffo M., *Un ibrido "creato" dalla Corte Costituzionale*, in *Giust. pen.* 10, 2012, 564-576.
- Kostoris 2009: Kostoris R.E., *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.* 11, 2009, 2514-2525.
- Lattanzi 2014: Lattanzi G., *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in *Cass. pen.* 10, 2014, 3192-3212.
- Lonati 2011: Lonati S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.* 1, 2011, 1557-1565.
- Maggio 2016: Maggio P., *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.* 9, 2016.



- Maggio 2020a: Maggio P., *Dell'Utri e Contrada "gemelli diversi": è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze CEDU?*, in Cass. pen. 4, 2020, 1399-1426.
- Maggio 2020b: Maggio P., *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni Unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in Cass. pen. 6, 2020, 2277-2318.
- Maggio 2023: Maggio P., *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU, Torino 2023*.
- Nullò 2023: Nullò L., *Le Sezioni unite sulla rilevanza della sentenza Maestri e altri c. Italia. Ancora porte chiuse per i "fratelli minori" in materia processuale*, in Arch. pen. 2, 2023, 1-19.
- Pecorella 2010: Pecorella C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in Riv. dir. proc. pen. 1, 2010, 397-408.
- Rapisarda 2023: Rapisarda L., *Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l'ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l'esecuzione dei provvedimenti della Corte di Strasburgo*, in Giur. pen. 1, 2023 (consultabile online).
- Repetto 2011: Repetto G., *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in Giur. cost. 2011, 1548-1557.
- Ruggeri 2011: Ruggeri A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in Leg. pen. 2011, 481-494.
- Ubertis 2011: Ubertis G., *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in Giur. cost. 2, 2011, 1542-1547.
- Zacchè 2009: Zacchè F., *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in Dir. pen. proc. 6, 2009, 781-788.



# THE STRUGGLE OF HUMAN RIGHTS: BETWEEN POLITICISATION AND VITALITY OF INTERNATIONAL COURTS

GIORGIA PANE  
University of Palermo

**Abstract:** The paper aims to tackle the delicate question of the politicisation of human rights. Through an analysis led by De Sena of the recent work of international courts, two paths emerge: one moving towards politicisation and the other towards vitality. The question of politicisation then assumes a double meaning, and a subtle – yet present – line between manipulation and strategy is finally drawn. Climate litigation offers an example of the latter by providing a path towards new vitality, albeit still limited, for human rights.

**Keywords:** human rights; politicisation; international courts; inter-State complaints; climate litigation.

## 1. Introduction

Are human rights in crisis, or are they moving towards a new development?

This is the question that moves De Sena's analysis of current circumstances. The topic is far from easy to observe, and some preliminary observations need to be made in order to define it.

Only the European context is the object of the present analysis, with particular regard to the European Convention on Human Rights and its monitoring body, the European Court of Human Rights. This is both to reasonably confine the considerations made and also because the European context has undoubtedly played a central role in the development of human rights.

The main point revolves specifically around this leading role and the expectations that come with it in the current historical moment and in the future.

Human rights are called into play and are tested against the work of international courts in times of crisis. De Sena's premise is that while perspectives of development do exist, the time we are currently living in is one of crisis.

The entirety of De Sena's reconstruction is shareable. The analysis goes from the recent work of the International Crimi-

nal Court through migration complaints at the European level and inter-State applications masked as human rights questions. However, in line with his analysis of climate cases and the possibilities that lie within them, ‘openings’ can be found in strategic litigation as some sort of *trait d’union* between politicisation and vitality of international courts. Perspectives for positive change can be found, even though they must be considered somewhat unstable at the moment.

The following paragraphs will trail the three main points of De Sena’s thesis, arguing against politicisation in the form of ‘service to States’ (II); in order to face in greater detail the issue of climate cases as a possibly ambivalent topic (III); and finally drawing some conclusions (IV).

## **2. International courts in service to States**

In the first part of his analysis, De Sena tackles the issue of the politicisation of international courts as a ‘service’ made to States. He argues that traces of this trend can be found both in issuing an arrest warrant against Vladimir Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, as well as in the case of the so-called explosion of inter-State complaints before human rights mechanisms. The question gets more complicated with regard to recent European case-law on migration issues, specifically on the point of reversal of precedent judgements in the interpretation of the notion of jurisdiction and issuing of visas. Lastly, the issue of climate litigation is framed in the alternative between the politicisation of international courts and signs of ‘vitality’ in the field of international human rights protection.

### **2.1. The arrest warrant against Putin and Belova and the explosion of inter-State cases**

The war in Ukraine entails an enormous amount of violations of human rights. That affirmation meets the consensus of most contemporary legal scholarship and is based on extensive reports by international human rights organisations.<sup>1</sup> The allegations

1 See, for example, the allegations offered by Human Rights Watch and Amnesty International, as well as the thirty-sixth report issued by the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights of 4 October 2023, available at [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), which reveals that within just six months, from the first of

regarding war crimes committed by Russian troops in Bucha, as well as the probable deportation of children in Russia, form alarming information on the ongoing conflict in Ukraine.

The Ukrainian war tends to be considered a war between democracies and authoritative, non-liberal States. If this is true, and human rights are truly regularly trampled, what about the fate of human rights in North-Western states?

A first positive indication concerning the fate of human rights could be traced, at least apparently in De Sena's opinion, to the arrest warrant issued against Vladimir Putin, President of the Russian Federation, and Maria Lvova-Belova, Commissioner for Children's Rights in the Office of the President of the Russian Federation.<sup>2</sup> On 17 March 2023, the Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court issued warrants of arrest against the two based on alleged responsibility for the deportation of population – specifically, children – from the Ukrainian territories to the Russian Federation.

Such a warrant could be seen as an 'important sign of vitality' of the International Criminal Court. This could be true despite Russia not being a part of the Rome Statute since the crimes have happened on the territory of Ukraine, which has accepted the jurisdiction of the International Criminal Court for crimes committed on its territory, making the warrant legal under international law.

A second positive indication concerning the fate of human rights could also be drawn from a more general consideration. Indeed, it can be observed that Western human rights monitoring mechanisms regularly continue their activities; and, at least in certain cases, those mechanisms have proven their capability to protect human rights. Here, De Sena references the explosion of inter-State applications, happening both at the universal and European levels.<sup>3</sup>

At the universal level, mention can be made to the proceedings before the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) and the International Court of Justice (ICJ). Regarding the CERD, since 2018, three inter-State communica-

February to the thirty-first of this year, another 4,621 civilians fell victim to this conflict, with 1,028 killed and 3,593 injured.

2 Jackson 2023.

3 De Sena 2020a.

tions have been lodged: *Qatar v. Kingdom of Saudi Arabia*, *Qatar v. United Arab Emirates* and *State of Palestine v. Israel*.<sup>4</sup> Furthermore, States have recently applied to the ICJ with regard to violations of the Genocide Convention and the Convention Against Torture. As for the former, this has occurred in the case of the application of *Gambia v. Myanmar*.<sup>5</sup> Regarding the latter, reference is made to the application of the *Canada and The Netherlands v. Syria*.<sup>6</sup>

At the regional level, inter-State complaints have been rising also before the European Court of Human Rights.<sup>7</sup> Moreover, it is worth noting that most of these cases have been lodged since 2014.<sup>8</sup>

Does this mean that the development of human rights protection proceeds undisturbed in the North-Western world despite the war in Ukraine? Does this entail that the development is currently ongoing towards protecting human rights in this part? De Sena's answer on the matter is definitively negative, and the reasons are various.

Starting from the arrest warrant, it is relevant to mention that the Court has chosen to issue this warrant in the middle of a conflict, an unprecedented circumstance.

It is also worth noting that the United States have openly welcomed the arrest warrant despite not being part of the Rome Statute and not recognizing the authority and jurisdiction of the International Criminal Court. It is almost baffling if we add to this consideration the fact that there is US domestic law of 2002

4 Buscemi, Pitea 2021.

5 Papa 2020.

6 On which, most recently, the applicants have presented a request for the indication of provisional measures, available at [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

7 Recently, *Armenia v. Azerbaijan*, application No. 42521/20; *Armenia v. Turkey*, application no. 43517/20; *Azerbaijan v. Armenia*, application No. 47319/20; *Georgia v. Russian Federation* (III), application No. 61186/09; *Georgia v. Russian Federation* (IV), application No. 39611/18; *Ukraine v. Russian Federation*, applications Nos. 20958/14 and 38334/18; *Ukraine and The Netherlands v. Russian Federation*, application Nos. 8019/16, 43800/14 and 28525/20; *Ukraine v. Russian Federation* (VIII), application No. 55855/18; *Ukraine v. Russian Federation* (IX), application No. 10691/21. For adjudicated complaints, see ECtHR: *Georgia v. Russian Federation* (I), application No. 13255/07, Judgments [GC] of 3 July 2014 and 31 January 2019 (the latter limited to fair satisfaction); *Georgia v. Russian Federation* (II), application No. 38263/08, Judgment [GC] of 21 January 2021.

8 Risini 2018; Carpanelli 2021.

which gives the President of the United States “all means necessary and appropriate to bring about the release of any [US or allied personnel] being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court”.<sup>9</sup> In other words, “all means” can be employed to fight an arrest issued by the International Criminal Court against an American citizen. According to De Sena’s reconstruction, and quite correctly in our opinion, this can be seen as a sign of fervid politicisation of the international criminal justice, more than as a sign of the vitality of the International Criminal Court.

Moving to the so-called explosion of inter-State applications to human rights monitoring mechanisms, may we conclude that such a phenomenon is to be considered a sign of the vitality of these mechanisms? Or even an improvement?

In order to answer this question, some considerations need to be made.

First and foremost, all the affairs related to these complaints have a specific feature: they regard disputes related to broader issues. This comes out clearly from recent inter-State applications before the European Court of Human Rights, lodged by Georgia, Ukraine, Armenia and Azerbaijan, they all concern military conflicts.<sup>10</sup> In a similar way, all the inter-State applications brought before the UN Committee represent only parts of disputes that are broader in scope.

De Sena refers to the practice as ‘manipulative’, in the sense that the main objective of the inter-State complaint is not the content of the complaint itself, but rather something else. In other words, States are resorting to human rights applications in order to give rise to some sort of ‘strategic litigation’ which is not genuinely directed at protecting human rights.

In this sense, despite appearances, the practice of inter-State applications before human rights monitoring mechanisms suffers from the same limits as international criminal jurisdiction: a form of political manipulation.

9 Section 2008 of the American Service-Members’ Protection Act (ASPA, Title 2 of Public Law 107-206, enacted 2 August 2002, available at [www.congress.gov](http://www.congress.gov)).

10 See *supra* note 7.

## 2.2. European case-law on migration as confirmation of the human rights crisis

The restrictive tendency of European case-law on immigration confirms the human rights crisis. Leaving aside the policies adopted by European States in this regard,<sup>11</sup> three well-known judgments come to mind.

The first mentioned is *X and X v. Belgian State*, an affair concerned with the request for so-called humanitarian visas refused by the Belgian Embassy in Beirut, Lebanon. On this case both the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, in two separate decisions, have adopted a very restrictive stance.<sup>12</sup>

The Court of Justice of the European Union (CJEU) stated that since the applications for visas on humanitarian grounds were made under the Visa Code, which only allows for short-term visas, and they were made in order to later apply for asylum in Belgium and thereafter be granted a residence permit with a period of validity exceeding 90 days, the applications would fall outside the scope of the Visa Code and fall solely within the scope of national law.<sup>13</sup> It's worth noting that by not granting the possibility to ask for asylum, Belgium would be in possible breach of Article 3 of the European Convention on Human Rights.<sup>14</sup>

On the other hand, in *M.N. and others v. Belgium*, the European Court of Human Rights excluded that the applicants who were refused a short-term visa from the Belgian Embassy could be considered within the Belgian jurisdiction under article 1 of the Convention.<sup>15</sup>

Once more, in the European Court of Human Rights, the last case is *N.D. and N.T. v. Spain*, a case which involved the practice of 'pushbacks' at the Spanish-Moroccan border in Melilla.

The European Court affirmed the general principle according to which the ban of collective expulsion – which is prohibited

11 Here, reference is made to the policies put in place especially by the United Kingdom and Italy, repeatedly condemned by the Council of Europe Human Rights Commissioner over the course of 2023 (see [www.coe.int](http://www.coe.int)).

12 Tsourdi, Costello 2023.

13 CJEU, *X and X v. Belgian State*, Judgement of 7 March 2017, ECLI:EU:C:2017:173.

14 De Vylder 2017.

15 ECtHR, *M.N. and others v. Belgium*, application No. 3599/18, Decision [GC] of 5 March 2020.



under article 4 of Protocol 4 to the Convention – cannot work in cases in which seekers do not culpably make use of legal available instruments for requesting asylum.<sup>16</sup>

In De Sena’s reconstruction, all these judgements are in contrast with previous European case law, taking into account that neither the restrictive interpretation of the notion of jurisdiction – adopted by the Court in the first case – nor the exception to Article 4 Protocol 4 – construed by the Court in the second case – are reflected neither in previous case law nor in the text of Protocol 4.<sup>17</sup>

What is most concerning about these judgements is that such a trend, which has not been reversed in principle by subsequent judgments, appears also to be in contrast with the role that the Court has historically played for the protection of asylum seekers.

Such a trend is all the more significant and serious because it is in line with the restrictive stances of States towards migrants. This circumstance shows a growing deference of the judges of Strasbourg towards States’ policies in the field of migration.

The need for migrants to find safe haven is affirmed by the Court at the same time as it is denied.

### 3. Climate case-law as vitality?

The point on which we choose to focus is that of current climate litigation.

We refer to the tendency to use human rights applications in order to assert individual claims concerning climate change.

Reference is obviously made to the explosion of climate litigation both at the national and international level. Regarding the first, we must mention the *Urgenda* case, adjudicated in 2019, and all the others that followed.<sup>18</sup> In *Urgenda*, the Supreme Court

16 ECtHR, *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, applications nos. 8675/15 and 8697/15, Judgement [GC] of 13 February 2020. See S. CARRERA, “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”, in *EU Working Paper 2020/21*.

17 De Sena 2020b.

18 Supreme Court of the Netherlands, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, Judgement of 20 December 2019. Also, *inter alia*, Supreme Court of Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, Judgement of 31 July 2020 (so-called *Climate case Ireland*); Federal Constitutional Court,

of The Netherlands affirmed that the inaction by the Dutch government to reduce greenhouse gas emissions was tantamount to a violation of its duty of care under Articles 2 – right to life – and 8 – right to private and family life – of the European Convention of Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights. It is worth noting that the Dutch government has regularly begun to give execution to this judgement by reducing its greenhouse gas emission targets. The following cases have been using similar arguments, albeit receiving different outcomes. However, the reasons behind this circumstance are more complex than what can be explored in the present contribution.<sup>19</sup>

On the other side, international monitoring mechanisms have been tackling the issue both at the regional and international levels, albeit with less satisfactory results. Mention must be made to the decision of the UN Committee on the Rights of the Child in *Sacchi et al. v. Argentina*, in which the non-exhaustion of domestic remedies brought the Committee to declare the communication inadmissible.<sup>20</sup> The Human Rights Committee, overseeing the respect of the International Covenant on Civil and Political Rights, also had the chance to express its views on the matter. In the first case, the Committee ruled for admissibility but found no violation,<sup>21</sup> in the second case of *Torres Strait Islanders* violations of Articles 17 – right to privacy – and 27 – rights of minorities – were found.<sup>22</sup>

Can this tendency be seen as a sign of the vitality of international human rights law?

Three preliminary issues must be raised.

The first relates to the fact that these are mainly domestic cases and not international. At the international level, difficulties

*Neubauer and others v. Germany*, Judgement of 24 March 2021; Court of First Instance of Brussels, *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium & Others*, Judgement of 17 June 2021.

19 *Inter alios* Montini 2020; Adelmant *et al.* 2021; Heri 2022; Pane 2023.

20 CRC, *Sacchi et al. v. Argentina et al.*, communications nos. 104/2019 (Argentina), 105/2019 (Brazil), 106/2019 (France), 107/2019 (Germany), 108/2019 (Turkey).

21 HRCttee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016 (Teitiota v. New Zealand) (UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016).

22 HRCttee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 3624/2019 (Daniel Billy and others v. Australia) (UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019).

still arise in relation to procedural requirements, such as exhaustion of domestic remedies.

Secondly, domestic outcomes are still strictly dependant on the State in which the complaints are lodged, and how 'reactive' its jurisdiction is to environmental questions.

The third issue refers to the current collective application lodged before the ECtHR in the case *Duarte Agostinho and others v. Portugal and other 32 States*, which frames the issue of global warming under the scope of Articles 2 and 8 of the Convention as well as Article 14 with respect to the principle of non-discrimination.<sup>23</sup> The latter has been invoked since the applicants are all youths, arguing that young people will experience the worst of the effects of the climate crisis.

It can be said that vitality is in some way experienced through climate cases, but this can be witnessed only to a certain extent.

From the first point of view, normative vitality can be witnessed. International human rights are regularly recalled in said practice. Specifically, all the national cases are grounded in Articles 2 and 8 of the European Convention. However, the role that international monitoring mechanisms could play is still unclear, pending the judgement of the European Court on the *Duarte Agostinho case*.

On the second point of view, vitality can be witnessed only to a 'certain extent'. The recourse to human rights application concerning climate change takes on a general characterization that emerges from all the complaints: the supplementary role both of international legal regime on climate change and its domestic enforcement. In this sense, climate cases tend to fill the gaps emerging from these two. It's therefore not by chance that the lack of precise standards of mitigation has given rise to concerns regarding the separation of powers in some of the domestic cases after *Urgenda*.<sup>24</sup>

23 ECtHR, *Duarte Agostinho and others v. Portugal and other 32 States*, application No. 39371/20.

24 To mention some: *Plan B Earth v. The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, 2019 (alleged violation by the government of the Climate Change Act 2008 for failure to revise its emission reduction target, denied on the basis of government discretion); *Family Farmers and Greenpeace Germany v. Germany*, 2019 (alleged violation of the constitutional rights of plaintiffs with insufficient action to achieve its greenhouse gas reduction targets by 2020, denied on the basis of government discretion); *Association of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Federal Department of the Environment*,

In this light, we must recall the requests for advisory opinions regarding States' obligations with respect to climate change presented to the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights and the International Tribunal for the Law of the Sea.<sup>25</sup>

As it can be easily drawn, climate cases provide an ambiguous category. One in which positive consequences can be obtained, and yet one in which uncertainty regarding the content of States' obligations is still a relevant problem.

Future litigation, as well as the upcoming advisory opinions mentioned above, will certainly help in defining the confines of this category.

#### **4. Manipulation vs strategy in climate cases: the line between 'good' and 'bad' politicisation**

Some considerations arise from the broad analysis of De Sena. Indeed, it could seem that politicisation can be tracked both in the first group of cases and the latter, and one might be tempted to identify some diversification between 'good' and 'bad' politicisation.

The restrictive trend in human rights mechanisms about migration issues has been connected to a proportionately restrictive trend in national policies on the matter. If we apply the same lens to the explosion of national trends on climate change, do we need to conclude that politicisation can also be made in the 'positive' sense?

In other words, can overcoming the traditional principle of separation of powers be somewhat 'justified' by the need to protect human rights more?

The use of the word 'politicisation' by De Sena is undoubtedly related to a 'restrictive invention' of notions elaborated by the

*Transport, Energy and Communications*, 2016 (adequacy of the climate change mitigation objectives and implementing measures of the Swiss Government and possible human rights violations, rejected as a "matter for the democratic process, non-judicial". The Association applied to the European Court of Human Rights in 2020, making it the first climate change case to be brought before the European Court after the exhaustion of domestic remedies. In 2022, it was referred to the Grand Chamber).

25 Mayer 2023.

Court herself. Also, climate change litigation is strategic but not a manipulation.

Climate litigation has also been defined as ‘strategic litigation’ in the sense that these cases are designed to achieve results that go beyond the individual dispute. They seek to advance climate policies and encourage public debate. In these cases, stakeholders make strategic decisions about who will raise the case, where and when the case will be presented, and what legal remedy will be required.<sup>26</sup>

In the practice of inter-State applications, strategic litigation takes place, but also a manipulation of the legal meaning of the application itself. The dispute underlying the application is not only another dispute (or a piece of it), but it is not related to human rights at all.

As regards the field of examples relating to the political or politicised use of the instrument of inter-State complaints, this is related to the behaviour of States in institutional contexts, which can also be changed customarily but which, at least at the initial stage of certain practices, are always political. More generally, on the level of the behaviour of the States, what indicates that behaviour is legally relevant to the custom is its stabilization.<sup>27</sup>

De Sena’s intervention about the field of migration considers that, even in the absence of true politicisation of the jurisprudence, there is, however, a change of jurisprudential orientation without particularly developed arguments. A blatant example is the change in the concept of jurisdiction in *X v. Belgium*: there is no precedent for the Court to justify the modification and no principle of European jurisprudence to be applied. This seems to be a way of aligning with the practice of Member States in matters of migration policy.

Regarding the behaviour of the Trial Chamber of the International Criminal Court, De Sena refers to the actions of an organ of an international mechanism (the arrest warrant), which grants a form of politicisation of international justice because no existing legal precedent can be traced to an active conflict. The only type of intervention that can be recalled on this matter is the one activated inside the UN Security Council in the cases of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the In-

26 Setzer, Byrnes 2022.

27 Treves 2006.

ternational Criminal Tribunal for Rwanda. However, it is clear that the circumstance here is warranted by the consideration that the Security Council is a political organ.

There are no general rules for the conduct of judicial institutions within a conventional framework. The International Criminal Court is different from tribunals, born precisely to overcome the politicisation of the Security Council. Once again, the reason for concerns stems from the lack of precedent. Never before had the ICC issued an arrest warrant during an armed conflict. Nevertheless, this act was supported formally by about forty States, the same States that issued sanctions against Russia, some of which justified the trend modification in the presence of ‘exogenous elements’.<sup>28</sup>

Rather than drawing an invisible line between ‘good’ and ‘bad’ politicisation, therefore, it seems that the question can be traced to the political nature of the act itself. In the same way, arguments around the separation of powers in climate cases are grounded in the idea that judges are in some way exercising ‘judicial activism’.<sup>29</sup> Human rights have always been at the border between political and juridical issues, falling in the latter by providing to be firstly the negative limit to political arbitrium.<sup>30</sup>

In this sense, it is to be shared the consideration that strategic climate litigation, not proving to be a ‘manipulation’ in the meaning offered by De Sena, lies in the juridical domain of human rights protection.

## 5. Conclusions

De Sena’s reflection successfully traces a path through the oscillation between development and crisis of human rights, which is proving to be more and more the *Leitmotiv* of current times.

Looking at international criminal justice is impossible without keeping a light on modern political equilibrium.<sup>31</sup> Inter-State

28 Gurmendi 2023.

29 Besselink 2004.

30 Forst 2014; Pane 2023: 388 f.; Burgers 2020: 63, for an emphasis on the role of the environment as a “prerequisite for democracy” and the “updating” function of judicial decisions, which represent “the voice of democracy: they confirm a societally changed interpretation of the law not (yet) made explicit by legislators”.

31 This is made even more evident by the current worrying escalation in the Israeli-Palestinian conflict, ongoing at the time in which we are writing.

complaints seem to be growingly used as tools to enact questions of political domains by trying to connect them to the juridical and political strength of human rights.

Similar considerations have been made for European case law on migration, which shows an evolution – or rather involution – of the juridical instruments at the service of human rights, going towards a progressive withering of the same.

In this distressing panorama, climate cases seem to provide a soft beacon of hope. Despite still being an ambivalent issue, human rights-based climate litigation offers both national and international courts the possibility to give new life to human rights. These cases, by anchoring old rights to new concepts, provide for a re-vitalisation of a field that grows more and more instrumentalised.

Anchoring climate cases, and more generally environmental ones, to human rights leads to the development and specification of interpretative standards, in line with the European Court of Human Rights mandate to interpret the Convention as a 'living instrument'.

The field is unstable, and the upcoming advisory opinions and adjudications will determine a lot. Nevertheless, some stepping stones have been passed, and there is no going back on those.

## Bibliography

Adelmant *et al.* 2021: Adelmant V. *et al.*, *Human Rights and Climate Change Litigation: One Step Forward, Two Steps Backwards in the Irish Supreme Court*, in *Journal of Human Rights Practice* 13, 2021, 1-23.

Besselink 2004: Besselink L.F.M., *Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad der Nederlanden), 21 March 2003, Civil Chamber, No. C01/327HR. Stichting Waterpakt, Stichting Natuur en Milieu, Vereniging Consumentenbond and three other*, in *Common Market Law Review* 5, 2004, 1429-1455.

Burgers 2020: Burgers L., *Should Judges Make Climate Change Law?*, in *Transnational Environmental Law* 9, 2020, 55-75.

- Buscemi, Pitea 2021: Buscemi M., Pitea C., *L'esplosione' del contenzioso interstatale sui diritti umani tra aspettative e realtà*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 15, 2021, 355-433.
- Carpanelli 2021: Carpanelli E., *Il rapporto tra ricorsi interstatali e individuali dinnanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 15, 2021, 389-411.
- Carrera 2020: Carrera S., *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, in *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, 1-27.
- De Sena 2020a: De Sena P., *Sul settantesimo anniversario della Convenzione europea: fra successi e prospettive di alterazione del sistema*, in *EUROJUS* 7, 2020, 1-4.
- De Sena 2020b: De Sena P., *Le organizzazioni internazionali europee fra promozione dei diritti umani e diritto umanitario*, in Petri R., Picchio Forlati M.L. (a cura di), *L'Europa a cent'anni dalla prima guerra mondiale: storia, politica, diritto*, Torino 2020, 137-149.
- De Vylder 2017: De Vylder H., *X and X v. Belgium: A missed opportunity for the CJEU to rule on the State's obligations to issue humanitarian visa for those in need of protection*, in *Strasbourg Observers*, 14 April 2017.
- Forst 2014: Forst R., *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*, Ciaran Cronin (tr.), Polity, 2014.
- Gurmendi 2023: Gurmendi A., *Tracking State Reactions to the ICC's Arrest Warrant against Vladimir Putin*, in *OpinioJuris.org*, 29 March 2023.
- Heri 2022: Heri C., *Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability*, in *European Journal of International Law* 33, 2022, 925-951.
- Jackson 2023: Jackson M., *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova: An Outline of Issues*, in *EJIL:Talk!*, 21 March 2023.
- Mayer 2023: Mayer B., *International Advisory Proceedings on Climate Change*, in *Michigan Journal of International Law* 44, 2023, 41-115.
- Montini 2020: Montini M., *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2020, 506-537.



- Pane 2023: Pane G., *Pro e contro dei rimedi: prospettive di sinergia europea nel contenzioso climatico collettivo*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2023, 375-393.
- Papa 2020: Papa M.I., *La tutela degli interessi collettivi nell'ordinanza sulle misure provvisorie nel caso Gambia c. Myanmar*, in *Rivista di diritto internazionale* 103, 2020, 729-755.
- Risini 2018: Risini I., *The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights. Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, Leiden 2018.
- Setzer, Byrnes 2022: Setzer J., Byrnes R., *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot policy report*, London, June 2022.
- Treves 2006: Treves T., *Customary International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2006.
- Tsourdi, Costello 2023: Tsourdi E., Costello C., *"Systemic Violations" in EU Asylum Law: Cover or Catalyst?*, in *German Law Journal* 24, 2023, 982-994.



# DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI DIRITTI UMANI. LIMITI E PROSPETTIVE PER IL LINGUAGGIO ‘DIRITTI UMANI’

PAOLO CAPRIATI

Università degli Studi di Palermo

**Abstract:** How is it possible that at a time when the language ‘human rights’ has spread around the world, the same rights are so poorly respected that the most promising option seems to be to reduce them and curb their use in public debate? Such a paradox can only be explored by trying to understand what is involved in considering human rights as a language. Analysis must therefore focus on the perspectives and limitations of the language ‘human rights’ as well as conceptions, such as minimalism, that have tried to overcome this paradox. In the language ‘human rights’, one can attribute to the rights themselves a specific linguistic function, which is that of rules of syntax in public discourse. If their absence does not allow for expression, their use does not guarantee the formulation of logically grounded propositions. This accounts for their transformation in legal practice: instead of values and goods that legal systems and the international community seek to protect, they appear as reasons for action.

**Parole chiave:** Diritti umani; fine dell’età dei diritti; minimalismo; linguaggio ideale; discorso pubblico.

## 1. Introduzione

Rispetto al turbinio di interventi che chiede a gran voce “più diritti umani” Aldo Schiavello propone una pausa di riflessione per affrontare domande come “perché i diritti umani?” e “cosa sono diventati?”. Se a suo giudizio “il compito del giurista dovrebbe essere quello di disvelare dove si annida il potere e di demistificare quello che è mistificato”, pare più che opportuno – quasi necessario – fermarsi a riflettere di cosa parliamo quando si discorre di diritti umani.

La questione verrà affrontata partendo dalla ‘fine dell’età dei diritti’. Vedremo come questo fenomeno non riguardi tanto il piano della loro (mancata) implementazione (o dell’espressa violazione), quanto del loro impiego retorico.

Ci concentreremo, poi, con David Foster Wallace, sull’11 settembre, che rappresenta una data soglia nel percorso dei diritti.

Nonostante si parli di ‘fine dell’età dei diritti’, essi hanno completamente invaso il dibattito pubblico. Per questa ragione, molti hanno sostenuto che i diritti umani sono diventati un linguaggio.

Assumere che essi siano un linguaggio non è un'operazione priva di implicazioni. Tali implicazioni renderanno manifesti i limiti del linguaggio 'diritti umani'.

E infine, tenendo fermo l'accostamento fra linguaggio e diritti, si vedrà se è possibile attribuire ai diritti umani una specifica funzione linguistica.

## 2. L'età dei diritti e la sua fine

L'espressione 'età dei diritti' è riconducibile a Norberto Bobbio. Entrare nell'età dei diritti è "un «segno premonitore» (*signum prognosticum*) del progresso morale dell'umanità".<sup>1</sup>

Da un punto di vista storico, l'età dei diritti designa il periodo che va dalla fine della Seconda guerra mondiale ai giorni nostri. Essa intende marcare una radicale rottura rispetto ai totalitarismi ed alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente ed è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti.<sup>2</sup>

Se l'età dei diritti si caratterizza per questi aspetti, è lecito domandarsi se viviamo ancora nell'età dei diritti. In particolare, "la fiducia e la scommessa in un futuro migliore" sembrano sfumare davanti alle prospettive infauste legate all'avvento della crisi climatica ed ecologica. Allo stesso modo, "la rottura rispetto ... alle atrocità" non sembra più così netta se si considera la politica estera occidentale – dal Vietnam ad oggi –, l'esplosione nel 2022 di un conflitto bellico nel cuore dell'Europa e i crimini contro l'umanità commessi dalle autorità israeliane a Gaza. Queste obiezioni, però, sono poco rilevanti: come precisa Schiavello, bisogna tenere distinta "la dimensione assiologico-normativa" da quella "fattuale".<sup>3</sup>

1 Bobbio 1992: 49.

2 Schiavello 2016: 14.

3 Schiavello 2016: 41.

La fine dell'età dei diritti a cui faccio riferimento è la fine della credenza in questa idea. Nell'idea, cioè, che vi siano valori (sufficientemente "spessi") condivisi da tutti. La fine dell'età dei diritti, dunque, non è collegata (almeno, non direttamente) al fatto che la realtà abbia in vario modo fatto "resistenza" alla cultura dei diritti. Decretare la fine dell'età dei diritti attraverso un elenco di ciò che è andato storto in questi decenni (e, peraltro, sin da subito) significherebbe confondere la dimensione assiologico-normativa dell'ideale (o degli ideali) incarnato(/i) dall'età dei diritti con la dimensione fattuale delle possibili violazioni di tale ideale. Il punto cruciale concerne piuttosto il modo in cui si è evoluto il linguaggio dei diritti e le aspettative che ciascuno ripone nei diritti.<sup>4</sup>

A sancire, dunque, la fine dell'età dei diritti non sarebbe la loro sistematica violazione. Per questa ragione, 'la fine dell'età dei diritti' non indica l'abolizione *tout-court* dei diritti umani né l'abbandono di essi in quanto strumento giuridico. Dovendo, dunque, indagare il significato di questa espressione nella sua dimensione assiologico-normativa ci soffermeremo sulla trasformazione della retorica che li ha accompagnati.

Uno dei tentativi più promettenti per rilanciare l'età dei diritti e contrastare la sua fine è rappresentato dal minimalismo. Ignatieff, cui si deve la più celebre versione del minimalismo, propone di lavorare su due aspetti: da un lato, considerare meritevoli di tutela attraverso i diritti umani solo le libertà negative degli individui; dall'altro lato, evitare che il dibattito pubblico sia monopolizzato dal linguaggio dei diritti. Si auspica, in questo modo, di ridurre l'indeterminatezza del linguaggio dei diritti e di conferire nuova forza ai diritti umani.<sup>5</sup>

### 3. L'esposizione della bandiera il 12 settembre

Un momento cruciale nel percorso di evoluzione dei diritti umani è l'11 settembre 2001. *Ripensare l'età dei diritti*<sup>6</sup> si apre con una riflessione di David Foster Wallace in questa direzione.

4 Schiavello 2016: 41 s.

5 Schiavello 2016: 28-30.

6 Schiavello 2016.

In *Chiedo soltanto*,<sup>7</sup> secondo Wallace, gli attacchi terroristici dell'11 settembre ci pongono davanti a un dilemma: rifiutare un ridimensionamento delle libertà individuali, ma accettare un certo numero di morti o puntare sulla sicurezza, ma ridurre le libertà individuali? Libertà individuali e sicurezza sono valori meritevoli di tutela, ma, nell'ipotesi proposta, in conflitto fra loro.

Ma l'11 settembre non ha creato solo dilemmi e fratture. Sempre Wallace, in un altro scritto – *La vista da casa della signora Thompson* – restituisce una diversa immagine della società statunitense successiva all'11 settembre: all'alba del giorno dopo è stato trovato un punto di incontro grazie a un'emozione e ad un dolore condivisi.

Mercoledì [12 settembre 2001]. Tutti hanno esposto la bandiera. Le case, i negozi. È strano: non si vede nessuno che mette fuori la bandiera, eppure mercoledì mattina sono tutte là. Bandiere grandi, piccole, bandiere di normali dimensioni da bandiera. ...

Il punto è che mercoledì [12 settembre] qui c'è una strana pressione accretiva a mettere fuori una bandiera. Se lo scopo di una bandiera è mandare un messaggio, sembra che raggiunta una certa densità di bandiere si mandi un messaggio più forte a non esporre una bandiera. Non è del tutto chiaro che tipo di messaggio sarebbe, però. E se uno non ce l'ha una bandiera? Dov'è che le hanno prese tutti quanti le loro bandiere, quelle piccole specialmente, che si possono legare alla cassetta della posta? Sono ancora quelle del Quattro luglio che la gente conserva, come le decorazioni natalizie?<sup>8</sup>

La diffusa esposizione delle bandiere può essere letta con le lenti del minimalismo: ciò che mette tutti d'accordo non è una comune idea di bene, ma l'accordo su ciò che è un male intollerabile.<sup>9</sup> Al male intollerabile (l'attacco dell'11 settembre) la risposta comune è l'esposizione della bandiera e a non esporla si finisce isolati e incompresi. Wallace, che non è in possesso di una bandiera da esporre, dice: "di colpo si comincia a percepire una vera e propria tensione. Nessuno passa a piedi o accanto alla macchina per

7 Wallace 2013.

8 Wallace 2015.

9 Ignatieff 2003.

chiedermi: «ehi, come mai casa tua non ha una bandiera?» però diventa sempre più facile immaginare che lo pensino”.

La bandiera non ha l'unica funzione di testimoniare il proprio dolore. Essa abilita e legittima colui che la espone a prendere parola nel dibattito pubblico. Se esporre la bandiera è espressione del male intollerabile, non espone la sbarra l'accesso al dibattito pubblico. Questo minimo (l'esposizione della bandiera), cui occorre aderire, non ci permette, però, di riconoscere alcun posizionamento preciso in chi espone la bandiera.<sup>10</sup> Anche se il simbolo all'alba del 12 settembre è uno solo, esso è suscettibile di diverse interpretazioni, anche opposte. Dietro ogni bandiera e dentro ogni casa che espone la bandiera si celano posizioni che, a seguire il Wallace di *Chiedo soltanto*, sono almeno due: chi ritiene sia giusto sacrificare alcune libertà individuali per esigenze di sicurezza; chi è disposto ad accettare un certo numero di morti pur di salvare le libertà individuali.

Possiamo guardare ai diritti umani come Wallace guarda all'esposizione della bandiera: si tratta in entrambi i casi di strumenti necessari per prendere parola nel dibattito pubblico. Tale accostamento rende evidente un limite della tesi minimalista: ridurre il numero di simboli (in questo caso, uno solo, la bandiera) non vuol dire ridurre il numero di significati, e di possibili interpretazioni. E così l'ambivalenza, che il minimalismo voleva scongiurare, rientra dalla finestra.

#### 4. Il linguaggio 'diritti umani'

Il riconoscimento della funzione retorica che i diritti umani svolgono nel dibattito pubblico ha condotto, a ragione, molti autori a proporre la metafora del linguaggio per parlare di diritti umani.

10 Quando Wallace 2015: 141 domanda ai suoi vicini quale sia lo scopo di tutte quelle bandiere, le risposte sono molto diverse fra loro:

– Beh ... per mostrare il nostro sostegno in quello che sta succedendo, come americani. ...

– Per dimostrare che siamo americani e non ci pieghiamo davanti a nessuno.

– È un classico pseudoarchetipo, un *seméion* riflessivo reso a prevenire e negare la funzione critica (studente post-laurea).

– Per orgoglio.

– Quello che simboleggiano è l'unità, e che ci siamo tutti noi, insieme, dietro le vittime di questa guerra, e che stavolta hanno scherzato con le persone sbagliate, amico”.

ni. C'è di più: tale metafora è così diffusa che sembra quasi ovvio considerare i diritti umani come un linguaggio.

A titolo esemplificativo, Celano sostiene che “la retorica dei diritti umani è più un linguaggio, che l'espressione di una teoria: un modo di concettualizzare e formulare rivendicazioni, alternative e disaccordi, e di argomentare circa le diverse ipotesi di risoluzione”,<sup>11</sup> riprendendo così Ignatieff e i suoi commentatori.<sup>12</sup>

In chiave critica, Waldron osserva che “pochi fra noi desiderano che il linguaggio dei diritti degeneri in una sorta di lingua franca attraverso la quale esprimere valori morali o politici di ogni tipo”.<sup>13</sup>

La metafora del linguaggio consente di apprezzare due aspetti sulla natura dei diritti umani.

Innanzitutto, in quanto linguaggio, esso ha l'ambizione di esprimersi su tutto ciò su cui può esprimersi. Tale pulsione espansiva è ciò contro cui il minimalismo ha intrapreso una lotta, cercando di ridurre i diritti umani a libertà negative individuali ed evitando che essi monopolizzino il dibattito pubblico.

In secondo luogo, divenendo linguaggio, i diritti umani si imbattono nel limite di ogni linguaggio, secondo Wittgenstein: il linguaggio non può esprimere sé stesso.<sup>14</sup>

## 5. Obiezione e contro-obiezioni alla metafora del linguaggio

È evidente che il linguaggio ha sempre un rapporto strumentale con i fatti. Il linguaggio, cioè, serve a dire qualcosa che non è il linguaggio stesso: il linguaggio e ciò che il linguaggio intende dire non possono coincidere. Il linguaggio, in altre parole, non può dire nulla di sé stesso, ma solo può riferirsi ad altro.

Se i diritti umani sono diventati un linguaggio, un linguaggio del genere può ancora avere qualcosa da dire sui diritti umani? La tesi che sto suggerendo è che i diritti umani, diventati linguaggio, non siano più in grado di riferirsi ai diritti umani per il semplice fatto che un linguaggio non può riferirsi a sé stesso. Tale tesi,

11 Celano 2004.

12 Ignatieff 2001.

13 Waldron 2014.

14 Si veda Wittgenstein 2009 nel *Tractatus logico-philosophicus*. In particolare, nella proposizione 4.121 al terzo paragrafo si dice “Ciò, che nel linguaggio esprime sé, noi non lo possiamo esprimere mediante il linguaggio”.



tuttavia, implicherebbe un'analisi attenta, in Wittgenstein e non solo, del rapporto fra linguaggio e fatti. E, in seconda battuta, occorrerebbe interrogarsi su una eventuale specificità del diritto. La distinzione fra linguaggio e fatti può essere trasposta in campo giuridico? O in questo campo un enunciato può essere considerato un fatto? E di che tipo di fatto si tratta?

Tali questioni non possono essere esaustivamente affrontate in questa sede. Mi occuperò di un altro livello, immaginando che alla sommaria tesi "se i diritti umani vengono considerati un linguaggio, essi non possono esprimere sé stessi", si obietti di aver inteso in maniera troppo letterale la metafora del linguaggio. L'obiezione può essere formulata nei seguenti termini: quando si dice che i diritti umani sono un linguaggio, non si intende dire che essi sono a tutti gli effetti un linguaggio, quanto che essi vengono adottati come strumento per comunicare nel dibattito pubblico.

A questa obiezione si può rispondere in due modi.

L'utilizzo dei diritti per sostenere qualsiasi tesi – anche quelle fra loro discordanti – rivela come i diritti stessi siano strumentali a raggiungere altri tipi di interessi, diversi dai diritti umani stessi.

Questa risposta non è soddisfacente. Che i diritti umani siano stati utilizzati per esprimere tesi discordanti non è indice necessariamente della loro funzione strumentale, ma potrebbe semplicemente segnalare la loro natura ambigua. Manca, poi, un criterio sufficientemente affidabile che permetta di stabilire quando sta avvenendo un utilizzo strumentale dei diritti. Inoltre, anche ammettendo che esista un criterio del genere, il fatto che frequentemente si verifichi che i diritti umani vengano utilizzati come argomento per sostenere altre istanze non significa che non possa darsi, nella pratica, un utilizzo non strumentale degli stessi. Tale risposta ha i limiti di un'analisi puramente empirica: anche un solo caso contrario dimostrerebbe l'insussistenza della tesi.

Inoltre, per provare a difendere la tesi che vuole che assumere che i diritti umani siano un linguaggio e che, in quanto linguaggio, non possono esprimere sé stessi, dobbiamo evitare considerazioni che si fondino sulla mera prassi poiché come abbiamo visto, dalla prospettiva presa in esame, non bisogna confondere il piano fattuale e quello assiologico.

La seconda risposta parte dal considerare il binomio linguaggio-diritti umani non in una relazione metafora-concetto originario. Non trattandosi di una metafora, ma assumendo i diritti umani come un vero e proprio linguaggio, non si incorre nel rischio di adottare un'interpretazione troppo letterale della metafora. Dall'altra parte, sostenere che i diritti umani sono un linguaggio non equivale a dire che essi non possano essere altro che un linguaggio. Tuttavia, in questa analisi stiamo affrontando i diritti umani in quanto linguaggio, non occupandoci delle altre cose che essi potrebbero essere.

## 6. Se i diritti umani fossero regole della sintassi

Se l'espressione 'fine dell'età dei diritti' riguarda "il modo in cui si è evoluto il linguaggio dei diritti",<sup>15</sup> è opportuno valutare innanzitutto cosa comporta considerare i diritti come un linguaggio.

Al contempo, tenendo fermo l'accostamento linguaggio-diritti, vista la centralità che i diritti umani hanno nel dibattito pubblico, verrà avanzata l'ipotesi che essi svolgono un preciso ruolo nel mondo del linguaggio giuridico, che è quello di regole della sintassi. Tale ipotesi è legata al riconoscimento della loro imprescindibilità. Si assumerà, quindi, che, così come non esiste un linguaggio senza regole della sintassi, non si possono avanzare istanze nel dibattito pubblico prescindendo dai diritti umani.

Riprendendo la distinzione di Wittgenstein fra linguaggio comune e linguaggio ideale, notiamo come le regole della sintassi abbiano capacità diverse nei due tipi di linguaggio.

Nell'introduzione al *Tractatus*, Bertrand Russell sostiene che:

Un linguaggio logicamente perfetto ha regole di sintassi che prevengono il nonsenso, e ha simboli singoli i quali hanno sempre un significato definito, unico, univoco. Wittgenstein si occupa delle condizioni d'un linguaggio logicamente perfetto. Non che un qualche linguaggio sia logicamente perfetto, o che noi ci crediamo capaci, *hic et nunc*, di costruire un linguaggio logicamente perfetto; ma tutta la funzione del linguaggio è avere significato, questa fun-

15 Schiavello 2016: 41.

zione il linguaggio la assolve solo nella misura in cui esso si avvicini al linguaggio ideale da noi postulato.<sup>16</sup>

In proposito, lo stesso Wittgenstein dice:

Per sintassi (in questo senso generale del termine) io intendo le regole che ci dicono quali siano le uniche connessioni nelle quali una parola ha senso, escludendo così le strutture insensate. La sintassi del linguaggio comune (com'è noto) non è totalmente adeguata a questo fine. Infatti, in non tutti i casi essa previene la costruzione di pseudoproposizioni insensate (costruzioni quali: "Il rosso è più alto del verde", o "Il Reale, pur essendo un in sé, deve anche essere in grado di divenire un per me"; etc.).<sup>17</sup>

Non trattandosi di un linguaggio ideale, il linguaggio che ha come regole della sintassi i diritti umani riafferma la scissione fra sintassi e semantica. In quanto regole della sintassi, la loro assenza determina l'impossibilità di formulare una frase di senso compiuto, tuttavia la presenza di tali regole non garantisce la compiutezza di senso delle frasi. Assumere che i diritti umani siano regole della sintassi significa considerarli una condizione necessaria per venire compresi, tuttavia il loro utilizzo non è sufficiente a generare proposizioni sensate.

Tale operazione, inoltre, può essere vista come un tentativo per spiegare l'utilizzo ambiguo o paradossale dei diritti umani nella prassi.

Considerare i diritti umani come regole della sintassi di un linguaggio comune vuol dire assumere che solo attraverso di essi si possano formulare delle proposizioni che hanno pretesa di validità nel dibattito pubblico. Trattandosi, però, del linguaggio comune, e non di quello ideale, tali regole non sono sufficienti a garantire la validità, anche semantica, delle proposizioni in questione. È già stato osservato come una delle caratteristiche precipue della fine dell'età dei diritti sia la natura versatile dei diritti. Essi, cioè, possono essere usati a sostegno della tesi A contro B, e viceversa. Se nel linguaggio ideale ambiguità e paradossi sono scongiurati poiché le regole della sintassi "prevengono il nonsenso", la stessa cosa non vale nel linguaggio comune. In quanto regole della

16 Introduzione di Russell a Wittgenstein 2009.

17 Wittgenstein 2009: 116.

sintassi di un linguaggio comune, si corre il rischio di utilizzare i diritti umani per formulare proposizioni insensate, che, del resto, è ciò che accade quando in nome dei diritti umani vengono commesse grandi violazioni dei diritti umani.<sup>18</sup>

Assumere, quindi, i diritti umani come regole della sintassi significa riconoscere loro un ruolo imprescindibile nel dibattito pubblico e, allo stesso tempo, accettare come inevitabile la presenza di proposizioni fra loro contraddittorie, giacché, non trattandosi di un linguaggio ideale, tali regole non prevengono necessariamente il nonsenso. Dunque, tra le proposizioni esistenti, ci sono anche quelle logicamente insensate: la manifesta infondatezza di violazioni dei diritti umani fatte in nome dei diritti umani può essere così ricondotta ad una degenerazione della natura non perfetta delle regole della sintassi di un linguaggio comune.

Il tentativo più promettente per ridare forza ai diritti umani è stato compiuto dal minimalismo. Tra le altre critiche, il minimalismo è stato tacciato di una mancanza di realismo.<sup>19</sup>

- 18 Occorre domandarsi se il problema, posto in questi termini, possa essere accettato solo da chi condivide una prospettiva oggettivista ed essenzialista sui diritti umani. Ritengo che una tale presentazione del problema sia perfettamente compatibile tanto con le concezioni oggettiviste quanto con quelle relativiste. Si può, infatti, accordare natura relativa ai valori, così come ai diritti umani – ammettendo, quindi, che non esistono valori oggettivamente dati e che non esiste un unico modo di intendere i diritti umani –, e, allo stesso tempo, riconoscere come contraddittoria una misura che in nome dei diritti compie violazioni dei diritti. In altre parole, pur adottando concezioni soggettiviste della morale, è possibile, senza cadere in contraddizione, decretare come contraddittoria una misura che viola quel diritto la cui tutela era stata proclamata.
- 19 Così Schiavello 2016: 36 s. compendia gli argomenti contro il minimalismo: “La strada indicata dal minimalismo dei diritti si rivela un vincolo cieco per almeno tre ragioni. Innanzitutto, il minimalismo non tiene conto della realtà; esso propone un modello di disciplina costituzionale dei diritti che diverge radicalmente dalla disciplina reale. In questo senso, il minimalismo dei diritti è simile ad un romanzo di fantascienza. In secondo luogo, anche a voler glissare sull’assenza di ‘realismo’ del minimalismo, è discutibile che tale modello possa assurgere al ruolo di ideale regolativo. La proliferazione dei diritti che caratterizza gli stati costituzionali contemporanei non è necessariamente (e non è da tutti considerata) un errore evolutivo della cultura dei diritti, ma può essere giustificata e valutata positivamente. Il minimalismo, dunque, anche qualora fosse un’opzione possibile, dovrebbe mostrare di essere anche preferibile rispetto a modelli ‘pluralistici’. In particolare, chi sostiene una versione del minimalismo dovrebbe sostenere che la maggiore determinatezza del linguaggio dei diritti e la riduzione del conflitto tra diritti che, in ipotesi, questo modello è in grado di garantire, favoriscano la cultura dei diritti più di quanto non sia in grado di fare un modello alternativo che consideri la proliferazione dei diritti un valore. E ciò è, come ogni valutazione etico-politica, discutibile. Infine, è possibile mostrare che, in ogni caso, il mini-

Anche seguendo le argomentazioni qui proposte, si arriva a considerare il minimalismo come un progetto fondamentalmente 'fantascientifico'.<sup>20</sup>

Se il minimalismo mira a rendere il linguaggio dei diritti meno indeterminato, allora il suo programma è quello di costruire un linguaggio ideale: i diritti umani continuano ad essere le regole della sintassi, ma in questo caso ci si aspetta da loro che generino sempre delle proposizioni che non si contraddicano l'un l'altra. Trattandosi di un linguaggio ideale, esso è per sua stessa definizione un'opzione irrealizzabile.

Pertanto, anche seguendo la via del minimalismo, se si considerano i diritti umani come un linguaggio, si conclude che è impossibile evitare ambiguità, indeterminatezza e paradossi.

## 7. Conclusioni

Se il finire dell'età dei diritti non si può decretare sulla base del fatto che i diritti umani siano rispettati meno che in passato, dobbiamo affidarci a un altro criterio. Tale criterio sarà quello di analizzare "il modo in cui si è evoluto il linguaggio dei diritti".<sup>21</sup>

Prima di chiederci, però, come si sia evoluto il linguaggio dei diritti, forse è opportuno interrogarsi sul processo che ha reso i diritti umani un linguaggio. E cosa ha comportato questa trasformazione.

L'accostamento al linguaggio non va visto nei termini di una metafora, ma come una vera e propria metamorfosi. Seguendo Wittgenstein, se un linguaggio non può mai esibire sé stesso, allora il linguaggio 'diritti umani' impedisce di mostrare gli stessi diritti umani. In questo senso, la fine dell'età dei diritti coinciderebbe con la nascita del linguaggio 'diritti umani'. Ciò renderebbe ragione alla funzione servente che i diritti umani sembrano avere nel dibattito pubblico. Anziché valori e beni che ordinamenti e comunità internazionale cercano di tutelare, essi appaiono come ragioni per l'azione. In questo senso, al pari di qualsiasi linguaggio comune, non è raro incappare in proposizioni insensate.

malismo non è neppure in grado di garantire la determinatezza del linguaggio dei diritti e l'assenza di conflitti tra diritti e così il discorso sul minimalismo può ritenersi definitivamente chiuso".

20 L'espressione si deve a Celano 2002, ripreso da Schiavello 2016.

21 Schiavello 2016: 41.

Se, come osserva Schiavello, “è ... ormai molto diffusa la consapevolezza che il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle *chance* di essere accolte”,<sup>22</sup> il minimalismo non pare possa salvare i diritti dalla loro fine.

Se il piano del linguaggio è quello in cui i diritti umani si muovono, potremmo supporre che i diritti umani svolgono un ruolo ben preciso, che è quello di regole della sintassi nel discorso pubblico. Se la loro assenza non permette di esprimersi, il loro utilizzo non garantisce la formulazione di proposizioni logicamente fondate.

Questa breve analisi ha tentato di mostrare cosa implica considerare i diritti umani come un linguaggio: come ogni linguaggio, il linguaggio ‘diritti umani’ non riesce a parlare di sé stesso. Ciò potrebbe suggerire una spiegazione all'evidente paradosso: come è possibile che nel momento in cui il linguaggio ‘diritti umani’ si è diffuso in tutto il mondo, gli stessi diritti sono così poco rispettati tanto che l'opzione più promettente sembra essere quella di ridurli e di arginare il loro utilizzo nel dibattito pubblico?

## Bibliografia

Bobbio 1992: Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino 1992.

Celano 2002: Celano B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in Pozzolo S. (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino 2002, 89-123.

Celano 2004: Celano B., *Diritti umani e diritto a sbagliare (la cultura occidentale è compatibile con i diritti umani?)*, in <http://www.juragentium.org/forum/ignatieff/it/celano.htm>, 2004.

Ignatieff 2003: Ignatieff M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, 2001, trad. it. di D'Alessandro S., Milano 2003.

Ignatieff 2001: Ignatieff M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton 2001.

22 Schiavello 2016: 41.

Schiavello 2016: Schiavello A., *Ripensare l'età dei diritti*, Modena 2016.

Waldron 2014: Waldron J., *Nonsense Upon Stilts (Routledge Revivals): Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, New York 2014.

Wallace 2013: Wallace D.F., *Chiedo soltanto*, 2007, in Id., *Di carne e di nulla*, 2012, trad. it. di Granato G., Torino 2013.

Wallace 2015: Wallace D.F., *Considera l'aragosta*, Torino 2015.

Wittgenstein 2009: Wittgenstein L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Torino 2009.





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

KATHARINA STÜBINGER  
University of Palermo

Abstract: Analyzing the case of Magnus Gäfgen, this article deals with the right to be free from torture from a German perspective. At its core, it addresses the question of whether torture is permissible to save human lives in extreme situations.

Keywords: Torture; cruel, inhuman or degrading treatment; prohibition of torture; absolute rights; conflict of rights; *Gäfgen v. Germany*.

## 1. Introduction

The thought of state actors committing torture in a democratic state at first sight seems far from reality. However, the fight against terrorism and the establishment of Guantanamo Bay have curbed this notion and torture has firstly been popularly classified as a legitimate means in the fight against terrorism in the public discourse of democratic states. A further softening of the ban on torture was discussed shortly after the terrorist attacks of 9/11 and the establishment of the Guantanamo prison in Germany in a completely different context.

The Magnus Gäfgen case triggered a heated debate in Germany on the permissibility of torture to rescue lives, in the case the life of a kidnapped child. This article is intended to shed light on the topic of the absolute nature of the prohibition of torture in Germany. To begin with, the term torture is defined and legally contextualized before the specific German context is addressed. Based on the Gäfgen case, it is then discussed whether the absoluteness of the prohibition of torture should be loosened in extremely exceptional cases. It is to be said at this point that the question of the absolute nature of torture is to be separated from the question of individual criminal liability in cases of tor-

ture, which is not discussed in this article. Instead, the following questions will be discussed: (1) What does international law tell us on the prohibition of torture? (2) How is the right protected under German national law? (3) Does German national law permit an exception to absoluteness in extreme situations? Overall, the question will be raised if law permits the violation of human dignity in torture cases in order to save lives.

## **2. The absolute prohibition of torture under international law**

### **2.1. International legal basis**

The right to be free from torture is a fundamental human right and is firmly anchored in numerous international treaties. Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), for example, prohibits torture without any restriction. The prohibition of torture in Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>1</sup> is explicitly declared in Article 4 No. 2 of the ICCPR to be non-derogable. Article 5 No. 2 of the American Convention on Human Rights (ACHR)<sup>2</sup> and Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR)<sup>3</sup> also contain an absolute prohibition of torture. These provisions are supplemented by the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),<sup>4</sup> which, according to Article 2 No. 2 CAT, applies absolutely and cannot be justified. In Europe, Article 3 of the European Convention of Human Rights (ECHR)<sup>5</sup> provides for a prohibition of torture from which, according to Article 15 (2) Variant 2, no deviation is permitted under any

- 1 UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights [ICCPR]*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.
- 2 Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*, Costa Rica [ACHR], 22 November 1969.
- 3 Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")* [ACHPR], 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- 4 UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CAT]*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85.
- 5 Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14 [ECHR]*, 4 November 1950, ETS 5.

circumstances.<sup>6</sup> The absolute nature of the concept of torture without exception has been expressly confirmed by the European Court of Human Rights (ECtHR) in numerous decisions.<sup>7</sup> The prohibition of torture is thus the only norm in the ECHR that does not permit any restrictions. In addition, the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment<sup>8</sup> and the associated European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) were established to fulfil Art. 3 ECHR. The CPT visits various places of detention to examine the treatment of detained persons with regard to violations of Art. 3 ECHR and to make recommendations to states on appropriate treatment. Finally, the Charter on Fundamental Rights (CFREU)<sup>9</sup> provides for an absolute prohibition of torture in Art. 4. These international treaties are supplemented by the non-legally binding Istanbul Protocol,<sup>10</sup> which sets out international guidelines and best practices for the legal and medical investigation and documentation of allegations of torture and serves, for example, as a source of general guidelines for determining the credibility of statements.

Article 1 No. 1 CAT defines torture as act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for

- 6 See also ECtHR [GC], *Selmouni v. France*, judgement from 28 July 1999 – 25803/94, para 95; ECtHR, *Dikme v. Turkey*, judgement from 11 July 2000 – 20869/92, para 89.
- 7 ECtHR [GC], *Chahal v. The United Kingdom*, judgement from 15 November 1996 – 22313/93, para 79; *Selmouni v. France*, *supra* note 6, para 95; *Labita v. Italy*, judgement from 6 April 2000 – 26772/95, para 119; *Gäfgen v. Germany*, judgement from 1 June 2010 – 22978/05, paras 87, 107; ECtHR, *Dikme v. Turkey*, *supra* note 6, para 89.
- 8 Council of Europe, *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CAT]*, 26 November 1987, ETS 126.
- 9 European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union [CFREU]*, 26 October 2012, 2012/C 326/02.
- 10 UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("Istanbul Protocol")*, 2004, HR/P/PT/8/Rev.1.

any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful actions.<sup>11</sup>

The right to be free from torture (and other ill-treatment) is generally recognized as customary international law and as *ius cogens*.<sup>12</sup> As mandatory international law, it thus stands above international treaties and customary international law in the hierarchy of norms and cannot be waived by them. Furthermore, *ius cogens* has an absolute effect *inter omnes*.

## 2.2. Scope of protection and delimitation

The right to be free from torture under international law stands alongside the prohibition of inhumane, degrading and, in some cases, cruel treatment.<sup>13</sup> The various forms of action are arranged in a hierarchy, with degrading treatment at the lowest level, followed by inhumane treatment (and cruel treatment if provided for). Torture is the strongest and most severe form.<sup>14</sup>

There is a large body of jurisprudence on the distinction between inhuman and degrading treatment and torture. Considering this jurisprudence together with Article 1 CAT, five criteria for distinguishing between torture and degrading and inhuman conduct can be identified.<sup>15</sup> The first criterion is the nature of the act(s) at issue. Several lists identify a range of prohibited acts. These include, among others, “beating, burning, suspension, suffocation, such as by near-drowning in water, and exposure to excessive light or noise, as well as denial of rest, sleep, food, sufficient hygiene, or medical assistance, and prolonged isolation and

11 UN General Assembly, *supra* note 4.

12 Deutscher Bundestag 2020: 4; Follmar *et al.* 2003: 6; Renzulli 2016: 4; Schmahl, Steiger 2005: 362.

13 In Art. 5 UDHR, Art. 7 ICCPR, Art. 5 ACHR, Art. 5 ACHPR, ‘cruel treatment’ is additionally mentioned as prohibited, whereas the expression is missing in Art. 3 ECHR and Art. 5 CFREU.

14 See ECmHR, *The Greek Case (Denmark, Norway, Sweden and The Netherlands v Greece)*, judgement from 5 November 1969 – App nos 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, para 186; Schmahl, Steiger 2005: 364.

15 See more detailed Heilman, Weissbrodt 2011: 376 f.

sensory deprivation.”<sup>16</sup> These are supplemented by various decisions of the ECtHR, which has assumed torture in cases such as the use of water, nakedness, hooding, physical beatings, forced standing, prolonged use of light and loud noises, deprivation of food, limited access to hygiene and medical care, mock executions or death threats, and threats of harm to family members.<sup>17</sup> Milder acts are usually classified as inhumane or degrading treatment, depending on the assessment of the individual case.

The second criterion is the severity of the physical and or mental harm suffered as a result of the acts. Art. 1 No. 1 CAT provides that the act must cause “serious physical or mental pain or suffering”. The ECtHR holds in *Ireland v. United Kingdom* that “this distinction arises mainly from the difference in intensity of the suffering inflicted.”<sup>18</sup> Torture “confers a special stigma on intentional inhuman treatment causing very severe and cruel suffering” and implies “suffering of a particular intensity and cruelty.”<sup>19</sup> In assessing the minimum level of severity above which an act is considered torture, the ECtHR notes that “this depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and psychological effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.”<sup>20</sup>

Torture does not necessarily have to be physical but can also be psychological in nature.<sup>21</sup> The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in its judgment *Maritza Urrutia v. Guatemala* of 17 November 2003, states that

16 IACHR 2002: 161; UN HRC 1986: 119; Heilman, Weissbrodt 2011: 378.

17 See ECtHR [GC], *Aydin v. Turkey*, judgement from 15 April 1996 – 23178/94, paras 251, 295-296; *Ilascu and others v. Moldova and Russia*, judgement from 28 July 2004 – 48787/99, paras 1030, 1071, 1073, 1082; ECtHR, *Dikme v. Turkey*, *supra* note 6, paras 223, 255; *Chitayev v. Russia*, judgement from 18 January 2007 – 59334/00, paras 23-27, 156-159; see also Schmahl, Steiger 2005: 366.

18 ECtHR, *Ireland v. United Kingdom* (original judgement), judgement from 18 January 1978 – 5310/71, para 167.

19 ECtHR, *Ireland v. United Kingdom* (original judgement), *supra* note 18, para 167; ECtHR, *Dikme v. Turkey*, *supra* note 6, para 93; *Tymoshenko v. Ukraine*, judgement from 30 April 2013 – 49872/11, para 196.

20 ECtHR [GC], *Labita v. Italy*, *supra* note 7, para 120; ECtHR, *Ireland v. United Kingdom* (original judgement), *supra* note 18, para 162; ECtHR, *Tymoshenko v. Ukraine*, *supra* note 19, para 197.

21 Schmahl, Steiger 2005: 3634.

[A]n international juridical regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, has been developed and, with regard to the latter, it has been recognised that the threat or real danger of subjecting a person to physical harm produces, under determined circumstances, such a degree of moral anguish that it may be considered ‘psychological torture’.<sup>22</sup>

Similarly, the United Nations Human Rights Committee (HRC), in General Comment No. 20 on Article 7 of the CCPR, states that “[T]he prohibition in Article 7 refers not only to acts that cause physical pain, but also to acts that cause mental suffering to the victim.”<sup>23</sup>

Another decisive criterion for determining torture is the intent and purpose of the perpetrator. The perpetrator must have acted ‘intentionally’ and for a prohibited purpose. Art. 1 CAT does not exhaustively list obtaining information or a confession, punishment, intimidation, or coercion as such purposes, whereby this can be triggered in the victim or in a third party. Further, torture can occur in the case of acts committed for discriminatory reasons. If there is no such purpose, an act, however cruel, is not torture. However, it is not necessary to prove that this purpose is the sole or dominant purpose for the act.<sup>24</sup>

Furthermore, torture only occurs when the act is “inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.”<sup>25</sup> Thus, there must be a direct connection to the state. This may be excluded, for example, when non-state groups act.<sup>26</sup> Despite the clear wording of the CAT, torture has also been affirmed in some cases when public officials or those persons acting in an official capacity have not themselves acted, but “turn a blind eye” to acts.<sup>27</sup> Ultimately, torture does not exist if it is from, inherent in or incidental to lawful sanctions. However, the mere fact that an act is the law of the state cannot exclude the existence of tor-

22 IACtHR, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, judgement from 27 November 2003 – Series C No. 103, para 92.

23 UN HRC 1992: 5.

24 Heilman, Weissbrodt 2011: 387.

25 Art. 1 (1) CAT.

26 ACHPR 2007: 137-41.

27 Heilman, Weissbrodt 2011: 390.

ture, as this would be contrary to the meaning of the Convention against Torture.<sup>28</sup> Despite the criteria, it can be difficult to draw a clear distinction between the various forms of action.<sup>29</sup> As a rule, however, acts that are not classified as torture will in most cases nevertheless constitute inhumane or degrading treatment.<sup>30</sup>

### 2.3. Direction of protection

The prohibition of torture under international law has not only a defensive but also a protective function. This results in two duties that must be separated from each other: the duty not to conduct and the duty to prevent torture. Thus, it is not only prohibited for states to conduct torture but they must also take all necessary measures to prevent torture under their jurisdiction.<sup>31</sup> As an expression of the latter protective function, Article 2 No. 1 CAT provides that all State Parties “shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under their jurisdiction.” This duty to prevent was specified by the Committee against Torture in its General Comment No. 2 and supplemented, among other things, by a non-exhaustive list of effective measures to prevent torture, including an official register of detainees, the right of detainees to be informed of their rights to the right to challenge the legality of their detention or treatment.<sup>32</sup> The UN Human Rights Committee has also emphasized in its General Comment that the state is obliged to punish violations of Art. 7 ICCPR by persons not acting as or on behalf of state organs by law.<sup>33</sup>

The case law of the ECtHR on the positive obligation under Art. 3 ECHR can be divided into different groups of cases, including duties to protect against ill-treatment by private individuals, medical and other treatment of persons in detention, regulations governing police operations, and obstacles to deportation and extradition that can be derived from Art. 3. Without going into detail about the ECtHR’s requirements for the protective

28 Heilman, Weissbrodt 2011: 392.

29 Heilman, Weissbrodt 2011: 380.

30 Heilman, Weissbrodt 2011: 379.

31 Renzulli 2016: 6; Turner 2012: 763 f.

32 Renzulli 2016: 4 f.; CAT 2008: 13.

33 UN HRC 1992: 2.

function of the prohibition of torture, it can be stated that the ECtHR lays down far-reaching duties to protect. In *A v. the United Kingdom*, for example, it established a state duty to protect in the case of serious physical abuse of an eight-year-old boy by his stepfather, especially when children and other vulnerable persons are affected:

[T]he Court considers that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals.<sup>34</sup>

However, these duties to protect do not apply without limits. With regard to the duties to protect in the case of deprivation of liberty, the Court stated in *Tymoshenko v. Ukraine*:

According to the Court's case-law, Article 3 of the Convention imposes an obligation on States to protect the physical well-being of persons deprived of their liberty (see Kudła, cited above, § 94). At the same time, it cannot be construed as laying down a general obligation to release detainees on health grounds.<sup>35</sup>

It can, therefore, be stated that states must create sufficient, but not unlimited, protection through laws in order to prevent violations of Article 3 ECHR – also by private individuals. If a state violates this duty to protect, it violates the prohibition of torture even if the act of torture is carried out by private individuals.

34 ECtHR, *A v. The United Kingdom*, judgement from 23 September 1998 – 25599/94, para 22; see also Turner 2012: 764.

35 ECtHR, *Tymoshenko v. Ukraine*, *supra* note 19, para 210.



### 3. The absolute prohibition of torture in Germany

#### 3.1. Prohibition of torture and human dignity in the German Constitution

In Germany, fundamental rights are regulated in the Basic Law (*Grundgesetz: GG*).<sup>36</sup> There is no fundamental right that expressly prohibits torture. However, Article 1 (1) of the Basic Law protects human dignity with the wording: “Human dignity is inviolable. It is the duty of all state authority to respect and protect it”.<sup>37</sup> In German jurisprudence, the definition of human dignity is controversial. The Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht: BVerfG*) is guided by the object formula, according to which human beings may not be made mere objects of state action and subjected to treatment that in principle calls into question their subject quality.<sup>38</sup>

In principle, the protection of human dignity is found in all fundamental rights of the Basic Law. The fundamental rights form a conclusive system of various regulations in which this core is expressed in various ways. Since they reflect the inviolability of human dignity, they are ‘inalienable’ in their core.<sup>39</sup> In certain and limited situations, however, it may be necessary to restrict human rights or to weigh them against each other in cases of conflict.

In Germany, a restriction of fundamental rights is only possible by means of a parliamentary law (*Gesetzesvorbehalt*); a weighing of rights in cases of conflict is subject to the principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeit*). While, for example, the right to life and physical integrity may be interfered with “on the basis of a law” in accordance with Article 2 (2) sentence 3 of the Basic Law and under consideration of the principle of proportionality, this does not apply to Article 1 (1) of the Basic Law. Human dignity precedes all fundamental rights and is not subject to any restriction, meaning that it applies absolutely and, unlike the other fundamental rights of the Basic Law, escapes any weighing. This cannot be changed by simple legislation since the article is

36 Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949 (Federal Law Gazette p. 1), last amended by Article 1 of the Law Amending the Basic Law (Article 82) of 19 December 2022 (Federal Law Gazette I p. 2478).

37 Translation by the author.

38 BVerfGE 109, 133; see also Merten 2003: 406.

39 Bielefeldt 2004: 5.

protected by the so-called eternity clause (*Ewigkeitsklausel*) in Article 79 (3) of the Basic Law.

In the case of torture, human beings are reified by the cruel infliction of violence and degraded to a mere thing; human dignity is thus completely denied in the case of torture.<sup>40</sup> A more profound encroachment on human dignity is hardly conceivable, as torture represents a comprehensive negation of it. For this reason and in the absence of an explicit fundamental right, the right to be free from torture in Germany is anchored directly in Article 1 (1) of the Basic Law.<sup>41</sup> In addition, the prohibition of torture also finds its way into Article 104 of the Basic Law, which concretizes the beforementioned Article 1 and prohibits the mental and physical mistreatment of detained persons, as well as into Article 2 (2) in conjunction with Article 1 (1) of the Basic Law.<sup>42</sup> Furthermore, Germany has ratified several Human Rights treaties such as the UDHR, IPBR, CAT and the ECHR, so that the prohibition of torture under international law is directly applicable law in Germany. As recognized customary international law, it is also a component of federal law pursuant to Article 25 of the Basic Law and ranks above ordinary law.<sup>43</sup>

Beyond the Basic Law, but below it in the hierarchy of norms, the prohibition of torture is also standardized in other laws in Germany, especially in criminal law. First, § 343 of the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch: StGB*)<sup>44</sup> regulates the prohibition of the use or threat of violence, as well as the infliction of physical or mental pain by public officials in order to coerce testimony in criminal, fine or disciplinary proceedings. Further, § 240 of the Criminal Code standardizes the prohibition of coercion, i.e., the use of force or threat of a grievous evil to compel someone to perform an act, acquiesce or refrain from an act, and is applied in cases of torture. Also, to be mentioned in this context is the criminal liability of inducing a superior to commit an unlawful act in office pursuant to § 357 of the Criminal Code. Finally, § 136a of the

40 Bielefeldt 2004: 6; Follmar *et al.* 2003: 6.

41 Merten 2003: 406.

42 Merten 2003: 405; Brugger 2000: 166; Follmar *et al.* 2003: 6.

43 Follmar *et al.* 2003: 6; Schmahl, Steiger 2005: 363.

44 German Criminal Code, 13 November 1998 (BGBl. I p. 3322), last amended by Article 1 of the Act of 26 July 2023 (BGBl. 2023 I No. 203).

Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung: StPO*)<sup>45</sup> provides for an absolute prohibition on the use of statements during which the “freedom of the accused’s will to decide and to exercise his will was impaired by ill-treatment, by fatigue, by physical intervention, by the administration of means, by torture, by deception or by hypnosis”.<sup>46</sup> Also worth mentioning in this context are the criminal law justifications of self-defence in § 32 of the Criminal Code and of necessity or emergency assistance in § 34 of the Criminal Code, which will be discussed in more detail below.

### **3.2. The Magnus Gäfgen case and its significance for the prohibition of torture**

The Gäfgen (and Daschner) cases have triggered a fundamental debate in Germany about the absoluteness of the ban on torture.<sup>47</sup> The cases are based on the question of whether rescue torture by police officers to save human lives is legally (and morally) legitimate. The cases are based on the following facts: on September 27, 2002, Magnus Gäfgen kidnapped and murdered eleven-year-old Jakob von Metzler and then hid the body in a remote location. After the crime, the law student extorted a ransom of 1 million euros from the child’s family, who believed their son was still alive. After the ransom was handed over, Gäfgen was arrested. The investigator in charge and police vice president Wolfgang Daschner, who reasonably believed that the child was still alive and possibly in a life-threatening situation, instructed his subordinate, after several unsuccessful attempts to learn the child’s whereabouts from Gäfgen, to threaten him with the use of physical force and the administration of a truth serum under the supervision of a doctor and without inflicting injury if he did not reveal the child’s whereabouts. In view of this threat, Gäfgen named the place where he hid the child’s body.

The case led to proceedings against Gäfgen as well as the two police officers. On July 28, 2003, Gäfgen was sentenced by the Frankfurt/Main Regional Court (*Landgericht Frankfurt am*

45 German Code of Criminal Procedure, 7 April 1987 (BGBl. I p. 1074, ber. p. 1319), last amended by law dated 25 March 2022 (BGBl. I p. 571).

46 Translation by the author.

47 For the details of the case see LG Frankfurt a.M., judgement from 20 December 2004 – 5/27 KIs-7570; Heinrich 2022: 389.

*Main: LG Frankfurt a.M.*) to life imprisonment for murder in combination with extortionate kidnapping resulting in death and for false suspicion in combination with deprivation of liberty, with a finding of special seriousness of guilt.<sup>48</sup> Appeals to the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof: BGH*)<sup>49</sup> and a subsequent constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>50</sup> were unsuccessful. A complaint against the Federal Republic of Germany to the ECtHR seeking a retrial was also rejected on June 30, 2008. Although the ECtHR confirmed a violation of Article 3 of the ECHR, since the threat of torture was an 'inhuman treatment' that applied absolutely and was not permissible even to save a human life or in a state of emergency, it pointed out that Gäfgen was sufficiently compensated by the recognition of the violation of his human rights and the judicial conviction of the police officers.<sup>51</sup> It was not until a decision by the Grand Chamber of the ECtHR on June 1, 2010, that the lenient sentences against the two police officers were found to be disproportionate as a response to a violation of Article 3 of the ECHR and therefore insufficient as compensation.<sup>52</sup> Despite this ruling, the Darmstadt Regional Court (*Landgericht Darmstadt: LG*) and Frankfurt Higher Regional Court (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main: OLG Frankfurt a.M.*) refused to reopen the case, but granted Gäfgen compensation of € 3.000 for the violation of his rights suffered by judgment of October 10, 2012.<sup>53</sup>

Much more discussed, however, was the case against police officer Wolfgang Daschner, in which the Frankfurt/Main Regional Court had to decide whether and how Daschner had committed a criminal offence. The elements of crime examined were extortion of statements pursuant to § 343 (1) No. 1 of the German Criminal Code, which the court denied, and inducement of a subordinate to commit a crime (in this case coercion) pursuant to § 357 (1) in conjunction with § 240 (1) of the Criminal Code. Here,

48 LG Frankfurt a.M., judgement from 28 July 2003 – 5/22 Ks 2/03 3490.

49 BGH, order from 21 May 2004 – 2 StR 35/04.

50 BVerfG, order from 14 December 2004 – 2 BvR 1249/04.

51 ECtHR, *Gäfgen v. Germany*, judgement from 10 April 2007 – 22978/05; *Gäfgen v. Germany*, judgement from 30 June 2008 – 22978/05.

52 ECtHR [GC], *Gäfgen v. Germany*, *supra* note 7.

53 LG Darmstadt, judgement from 9 November 2011 – 1032; OLG Frankfurt am Main, judgement from 29 June 2012 – 1 Ws 3/12.

the subordinate had undoubtedly fulfilled the criminal offence of coercion according to § 240 (1) StGB, to which the superior Daschner had also induced him. However, it was questionable whether Daschner's actions were justified. Leaving out some details on whether the Hessian Police Act (*Hessisches Gesetz für Sicherheit und Ordnung: HSOG*)<sup>54</sup> could be a basis for justification (which the court denied), I will come straight to the core of the case: the legal discussion centres on the question of whether a justification by means of emergency assistance pursuant to § 32 Criminal Code exists in the case of rescue torture and whether Daschner was thus justified in his actions.

According to Daschner, the kidnapping represents a present illegal attack on the freedom of movement of the abducted child (§ 239 Criminal Code), his physical integrity (§ 223 Criminal Code) and his life (§ 212 Criminal Code), so that an emergency situation was on hand. The fact that the abducted child could no longer be saved since it was already dead is irrelevant here since Daschner was subject to an error (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) in this respect. It is also irrelevant that Daschner was acting as a police officer since, according to prevailing opinion and decided accordingly by the court, the grounds for justification also apply without restriction to police officers.<sup>55</sup> However, the act of defence (i.e., the threat of pain to obtain a statement) also had to be necessary, i.e., suitable for averting the danger and relatively the mildest countermeasure available. As a result, the court denied the necessity on the grounds that the threat of coercion was not the mildest means in the specific case.<sup>56</sup> In this way, the court only addressed the core question in the alternative, namely whether rescue torture is exceptionally 'required' in extreme situations. Ultimately, Daschner was found guilty by the Frankfurt/Main Regional Court on 20 December 2004, for inducing a subordinate to commit a crime under § 357 (1) in conjunction with § 240 (1) of the German Criminal Code, since according to the court his actions were not justified. He received a warning with a penalty clause (§ 59 of the

54 Hessian Law on Public Safety and Order, 14 January 2005 (GVBl. I p. 14), last amended by Article 2 of the Law of 29 June 2023 (GVBl. p. 456).

55 Different Braum 2005: 288 ff.

56 Similar Braum 2005: 293.

Criminal Code) and a fine of 90 daily rates of € 120 each.<sup>57</sup> Subsequent disciplinary proceedings against him were discontinued. Daschner was transferred from Frankfurt to the Hesse Ministry of the Interior in Wiesbaden and then to a management position.<sup>58</sup>

### 3.3. A legal-theoretical debate

While the court only examined the question of the imperative-ness of Daschner's behaviour in the alternative, the question received a great deal of attention in German literature and beyond. The Daschner case is based on the question of whether serious encroachments on fundamental rights – in this case torture – by police officers to provide emergency assistance is justified or must be rejected as socially and ethically reprehensible. Only in a few exceptional cases must the possibility of justified defensive behaviour be denied, and the right of self-defence be restricted accordingly. Groups of cases in this regard include the restriction of self-defence in the case of one's own provocation of the attack or a self-inflicted attack, the case of an attack by an attacker who is acting blamelessly or is obviously mistaken, the case of a blatant disproportion between the legal interest attacked and the legal interest impaired by self-defence, or in the case of the existence of a grenade position or special obligations to protect the attacker.

It should be briefly noted that in the Daschner case 'only' the threat of violence is at issue, which according to the ECtHR in the present case does not constitute torture, but 'inhuman treatment' also covered by Art. 3 ECHR.<sup>59</sup> According to the prevailing opinion, however, this does not change the act's classification as a violation of human dignity under Article 1 of the Basic Law.<sup>60</sup> Despite the absolute nature of the prohibition of torture under international law and the unrestricted nature of human dignity under the Basic Law, it has now been discussed whether acts of

57 See Heinrich 2022: 390; LG Frankfurt am Main, judgement from 20 December 2004 – 5/27 KIs-7570.

58 Heinrich 2022: 390.

59 The concept of torture in Article 1 CAT includes "act[s] by which severe physical or mental pain or suffering is intentionally inflicted on a person." Although the ECtHR has stated that the threat of violence can also constitute torture, it rejected this in the specific case. See also Schmahl, Steiger 2005: 367.

60 BVerfG, order from 18 August 2017 – 2 BvR 424/17, para 24.

torture may nevertheless be considered permissible under national law in exceptional cases of extreme emergency, at least if they represent the only means of saving the life of another human being.

Argumentatively, an analogy is often drawn to the ‘final killing shot’, which is expressly permitted by law in Germany in various federal states in exceptional situations. If even a directly lethal shot is permissible, the ‘milder means’, such as the infliction of pain or, in particular, the mere threat of such pain, must also be permissible.<sup>61</sup> However, according to other voices, two things are overlooked here: first, in the case of the final killing shot, the collision of opposing interests is resolved by a clear legal reservation that explicitly regulates the circumstances and limits of the action. Such a reservation does not exist in the case of rescue torture, so the intervention must be based on the broadly formulated general police clauses, whereby it should be noted that rescue torture is expressly prohibited in § 136a of the Code of Criminal Procedure and § 52 of the HSOG.<sup>62</sup> Secondly, the final killing shot constitutes an interference with the right to life and physical integrity, which may be expressly restricted in Art. 2 (I) p. 2, whereas the prohibition of torture is based on Art. 1 (I) p. 1 of the Basic Law, which is not subject to any restrictions.<sup>63</sup>

The Daschner case and the discussion about the absoluteness of the ban on torture can be placed argumentatively in the ‘ticking-bomb scenario’ developed by Winfried Brugger.<sup>64</sup> In his argument, Brugger fictionalizes an extreme situation: a terrorist who wants to kill numerous people with a chemical bomb within a few hours comes into police custody. In this scenario of imminent, massive threat, Brugger argues that all available means, including torture, should be allowed to be used.<sup>65</sup> Brugger’s scenario, however, only provides the theoretical basis for the parliamentary creation of a new legal basis for intervention in extreme

61 Braum 2005: 295; Follmar *et al.* 2003: 8; Heinrich 2022: 405.

62 Braum 2005: 296; Heinrich 2022: 407.

63 Follmar *et al.* 2003: 8.

64 Brugger 1996: 67 ff.; Brugger 2000: 167 f.; see also: Greer 2015: 130; Merten 2003: 407. However, it is to be said that the scenarios are comparable but not identical as in the case of Gäfgen the rights of the kidnapped child were already violated, whereas in the ‘ticking-bomb scenario’ the rights of innocent people might only be violated in future.

65 Brugger 2000: 168; see also Bielefeldt 2004: 7; Merten 2003: 409.

cases. It is intended to allow for a state option for action in the form of a law for the sake of argument. However, it does not justify action without such an enabling basis. Moreover, the 'ticking-bomb scenario' is intended to cover only extreme borderline cases. Already in the Gäfgen case, this category can be doubted: where does the classification as a borderline case begin, and where does it end? May the immediate danger of the death of a large number of civilians be such a borderline case, does this also apply to the (imagined) murder of a single person? Does it change anything if the victim is a child? The category of a borderline case leaves a wide scope for discussion and discretion and thus room for abuse. A borderline case would become a whole borderline area, so that a special law zone would be formed in the result.<sup>66</sup>

However, it is argued that in extreme cases, the absolute nature of the prohibition of torture could lead to a conflict between the protective and defensive dimensions of the prohibition of torture (and of German fundamental rights), which would have to be resolved in favour of the victim. The state would not only be obligated to refrain from torture or encroachments on the human dignity of the perpetrator (defence function) but also to prevent encroachments on the fundamental rights of third parties (protection function). In both the Gäfgen case and the 'ticking-bomb scenario', the right of the 'perpetrator' not to be tortured would collide with the state's duty to prevent torture by private individuals and to protect the right to life (of third parties).<sup>67</sup> If – as in this case – the human dignity of two is in collision, the human dignity of the unlawfully acting perpetrator would be less worthy of protection. This would apply in particular in the case of children and other persons in need of protection, since they are afforded special protection under Article 3 ECHR.<sup>68</sup> The protective function of the prohibition of torture could, therefore, win in a weighing against the negative prohibition of torture – especially if children are affected – even if the prohibition of torture is classified as absolute. Dogmatically, a legal basis for authorization of emergency

66 Bielefeldt 2004: 8; Follmar *et al.* 2003: 8.

67 See for example Brugger 2000: 169; Geer 2015: 124 f.; Braum 2005: 294; Merten 2003: 407; Turner 2012: 764.

68 Turner 2012: 767; see for example ECtHR, *A v. The United Kingdom*, judgement from 23 September 1998 – 25599/94, para 22.



assistance is sometimes constructed directly from the protective function of Article 1 of the Basic Law, in order to circumvent the weighing resistance of § 32 of the Criminal Code.<sup>69</sup> However, this argument is opposed by the fact that the defensive and protective functions are subject to different requirements. In its defence function, absoluteness can be clearly justified: “The state may not torture people”. The protective function, however, can hardly read: “The state must prevent torture by third parties in any case and always”. If this protective mandate applied absolutely, it would simply be impossible to fulfil. Instead, the state must do everything necessary and within its power to protect people from torture by third parties, but in doing so it must use behaviour that is consistent with the constitution.<sup>70</sup> The absolute nature of the prohibition of torture, therefore, applies to its defensive function, while its protective function is subject to limits.<sup>71</sup> Accordingly, in a case of conflict, the absolute negative right must prevail over the non-absolute positive right.<sup>72</sup>

It should also be noted that the permissibility of rescue torture in extreme cases reverses the presumption of innocence under criminal law, since the act of torture occurs before the verdict is reached. Even if torture should only be possible if all reasonable doubts about the perpetrator’s identity are removed, errors in the determination of the perpetrator’s identity can never be completely eliminated, and police investigations can be subject to human error. The risk of torturing (or even threatening violence against) the wrong person must not exist.

Doubts also exist about the reliability of statements coerced by torture. Since the person being tortured is in massive agony and pain, it stands to reason that he or she will say the information that the torturer wants to hear, whether or not it is true.<sup>73</sup> This can be demonstrated by the example of the British men imprisoned in Guantanamo Bay, Shafiq Rault, Asif Iqbal and Rhuhel Ahmed, who, after months of isolation and coercive interrogation, confessed to having been in Afghanistan with Osama bin Laden,

69 Amelung 2012: 18.

70 Merten 2003: 407.

71 See ECtHR, *Tymoshenko v. Ukraine*, judgement from 30 April 2013 – 49872/11, para 210.

72 Turner 2012: 768.

73 Turner 2012: 771; Schmahl, Steiger 2005: 362.

but which was later proven to be false by the British Security Service (*MIS*).<sup>74</sup> This fact is also recognized under international law, in that Article 15 of CAT states that a confession obtained through torture cannot be evidence in a trial.<sup>75</sup>

Ultimately, the legally clearly established absoluteness of the prohibition of torture and the inviolability of human dignity cannot be circumvented by a morally perceived sense of security. It would clearly be contrary to the will of the legislature to carry out a circumvention of these provisions, especially since the guarantee of human dignity is protected with good reason by the eternity clause in Article 79 (3) of the Basic Law. Nor can the prohibition of torture, which is recognized as *ius cogens* in international law, simply be circumvented. A constructed exception to the absoluteness would completely undermine the relevance of the prohibition of torture in human rights discourse and represent a clear encroachment on the rule of law.<sup>76</sup> Accordingly, in its decision in the *Gäfgen* case, the ECtHR explicitly emphasized the absoluteness of the prohibition of torture and stated that a violation is not permissible even in exceptional situations:

Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation ... The Court has confirmed that even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned ... The nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3.<sup>77</sup>

74 Turner 2012: 771; Schmahl, Steiger 2005: 362.

75 Different Greer 2015: 129 f.

76 Braum 2005: 297.

77 ECtHR [GC], *Gäfgen v. Germany*, *supra* note 7, para 87.

#### 4. Conclusion

With the Gäfgen case coming into age, the debate about the limits of the absolute nature of the prohibition of torture has gone out of the spotlight without having lost any of its importance. Art. 3 ECHR remains a crucial human right which is ultimately highly discussed, for example, in the context of *non-refoulement*, deportations, repatriations, detention conditions, and racist police violence but also forced surgeries on intersex people, to name a few examples. Debates about the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment revolve around a conflict between the rule of law and human rights guarantees that seem to be at odds with supposed security considerations.

The Gäfgen case helps to resolve the collision in favour of the former, as the ECHR and the Regional Court of Frankfurt/Main unequivocally emphasize the absoluteness of the prohibition of torture even in exceptional situations. Nevertheless, Daschner's lenient punishment and his subsequent promotion show: where legally prohibited, rescue torture is probably widely at least understood, if not tolerated or even advocated, by society. Legally, however, the relaxation of absoluteness can hardly be justified, as it seems contrived and inconsistent. After all, what would be the point of an absolute ban if it left room for exceptions?

#### Bibliography

- ACHPR 2007: African Commission on Human and People's Rights, *21<sup>st</sup> Activity Report of the African Commission on Human and People's Rights*, 25-26 January 2007 – EX.CL/322 (X).
- Amelung 2012: Amelung K., »Rettungsfolter« und Menschenwürde, *Bemerkungen zum Urteil des LG Frankfurt a.M. über die Entschädigung des Mörders Gäfgen*, in JR 1, 2012, 18-20.
- Bielefeldt 2004: Bielefeldt H., *Das Folterverbot im Rechtsstaat*, Policy Paper / Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2004.
- Braum 2005: Braum S., *Erosionen der Menschenwürde – Auf dem Weg zur Bundesfolterordnung (BFO)? – Anmerkungen*

- zum Urteil des Landerichts Frankfurt Main im »Fall Daschner«, in *KritV* 88.3, 2005, 283-298.
- Brugger 1996: Brugger W., *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Der Staat* 35.1, 1996, 67-97.
- Brugger 2000: Brugger W., *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *JZ* 55.4, 2000, 165-173.
- CAT 2008: UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by State Parties*, 24 January 2008.
- Deutscher Bundestag 2020: *Schlafentzug im Lichte des Folterverbots im Völkerrecht*, WD 2 – 3000 – 105/20, Berlin 2020.
- Follmar et al. 2003: Follmar P., Heinz W., Schulz B., *Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland. Ein Beitrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte*, Policy Paper / Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2003.
- Greer 2015: Greer S., *Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law?*, in *Human Rights Law Review* 15, 2015, 101-137.
- Heilman, Weissbrodt 2011: Heilman C., Weissbrodt D., *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, in *Law and Ineq.* 29, 2011, 343-394.
- Heinrich 2022: Heinrich B., *Der „Fall Daschner“ im Spannungsfeld von Strafrecht und Polizeirecht*, in Lemke M., van Ooyen R.C. (eds.), *Grundrechte – Menschenrechte – Polizei*, Wiesbaden 2022, 387-410.
- IACHR 2002: Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 October 2002 – OEA/Ser.L/V/II.116.
- Merten 2003: Merten J.O., *Folterverbot und Grundrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde*, in *JR* 10, 2003, 404-408.
- Renzulli 2016: Renzulli I., *A critical reflection on the conceptual and legal foundations of the duty to prevent torture*, in *IJHR* 28, 2016, 1244-1263.

- Schmahl, Steiger 2005: Schmahl S., Steiger D., *Völkerrechtliche Implikationen des Falls »Daschner«*, in *Archiv des Völkerrechts*, 43.3, 2005, 358-374.
- Turner 2012: Turner I., *Human Rights and Antiterrorism: A Positive Legal Duty to Infringe Freedom From Torture?*, in *Studies in Conflict & Terrorism* 35.11, 2012, 760-778.
- UN HRC 1986: UN Human Rights Commission, *Report by the Special Rapporteur of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 42<sup>nd</sup> session, 19 February 1986 – E/CN.4/1986/15.
- UN HRC 1992: UN Human Rights Commission, *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 March 1992.



# 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"),<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> L'analisi di Burgogue-Larsen<sup>5</sup> 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;<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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,<sup>8</sup> e inflessibile rispetto ad altre, in particolare se attinenti ai caratteri essenziali dello Stato di diritto, come il fondamento democratico ed egualitario dello Stato,<sup>9</sup> la separazione dei poteri e l'indipendenza della magistratura.<sup>10</sup> 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”<sup>11</sup> – 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, *Sjdic 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*,<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Esso opera, quindi, come un meccanismo di distribuzione delle competenze volto a “coordinating between the ECHR and national legal systems”.<sup>15</sup> 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”,<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Tra le circostanze rilevanti vi è anche l’esistenza di un c o n s e n s o e u r o p e o: 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”.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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,<sup>20</sup> mentre è più ampio ove il caso sollevi interrogativi di carattere etico o morale.<sup>21</sup>

Sussidiarietà e margine di apprezzamento – che incidono tanto sulla natura quanto sull'intensità dell'attività interpretativa e applicativa svolta dalla Corte europea<sup>22</sup> – 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”.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> Includendo una non molto velata intenzione di ridurre i poteri,<sup>25</sup> a Brighton sembra essere stata realizzata “a full blown-challenge to the very legitimacy and role of the [Court]”.<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> la Corte non ha mancato di rispondere agli appelli degli Stati<sup>28</sup> e si è visibilmente impegnata in un “process of reformulation or refinement of the principle of subsidiarity, and the margin of appreciation”,<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

## 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.<sup>31</sup> 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 invitando la Corte a sviluppare e stabilire degli standard comuni.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> Tuttavia, ha aggiunto che "[it] does not consider that this consensus decisively narrows the broad margin of appreciation of the State".<sup>35</sup> Al riguardo, ha osservato come la scelta fosse il frutto di "lengthy, complex and sensitive debate in Ireland"<sup>36</sup> 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".<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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 crocefisso 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.<sup>39</sup> Tuttavia, la decisione è stata ribaltata dalla Grande Camera. Quest'ultima ha ammesso che il crocefisso 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.<sup>40</sup> 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".<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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,<sup>44</sup> volta a favorire le interazioni sociali e il 'vivere insieme'.<sup>45</sup> 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,<sup>46</sup> nonostante fosse l'unico Paese europeo, insieme al Belgio, a prevedere un tale divieto.<sup>47</sup> La Grande Camera ha quindi concluso che la misura doveva considerarsi proporzionata rispetto allo scopo di "protezione dei diritti e delle libertà degli altri".<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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'.<sup>50</sup> Pertanto, la Corte ha valutato l'adeguatezza del bilanciamento alla luce della necessità, imposta dalla Costituzione spagnola, di rispettare l'autonomia della Chiesa cattolica,<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

## **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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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”.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

Rispetto a queste, la Corte ha inizialmente sviluppato una revisione semi-procedurale,<sup>58</sup> fondata su quello che il suo ex Presidente, Robert Spano, ha chiamato “non-substitution principle”.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

Una evoluzione di tale approccio verso una revisione puramente procedurale 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*".<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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;<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> Secondo tale approccio, quindi, la Corte esamina la qualità del procedimento legislativo interno,<sup>69</sup> che se ritenuta adeguata produce una "presumption of Convention compliance for the outcome of the domestic proportionality assessment":<sup>70</sup> si ritiene che un processo decisionale adeguato produca un risultato accettabile, a prescindere dai suoi effetti nel caso concreto.<sup>71</sup>

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,<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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",<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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".<sup>76</sup> 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",<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> Si tende a ritenere che sia per tali ragioni che, in termini generali, la dottrina del margine di apprezzamento<sup>80</sup> e la tecnica del consenso<sup>81</sup> non hanno avuto successo in ambito interamericano. Anzi, esse sono state fortemente rigettate e criticate.<sup>82</sup> 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, Çancado 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.<sup>83</sup>

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 apprezzamento<sup>84</sup> 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".<sup>85</sup> 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”,<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup>

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, *Castenāda-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”,<sup>90</sup> che rientra nell’ambito dei loro poteri sovrani.<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Tuttavia, con il passare del tempo la Corte ha sviluppato un approccio più intransigente anche rispetto a tali questioni.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup>

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 Candía 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.<sup>96</sup> 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".<sup>97</sup> Così facendo, ha chiarito che essa non prende in considerazione il margine di apprezzamento nel pronunciarsi sul corretto bilanciamento degli interessi in gioco.<sup>98</sup> Quanto al 'consenso', la Corte ha implicitamente escluso che esso abbia un ruolo nella determinazione degli standard internazionali di tutela dei diritti.<sup>99</sup>

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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

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 CADU<sup>103</sup> 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'irrelevanza della mancanza di consenso tra gli Stati membri al fine di riconoscere dei diritti ai sensi della Convenzione,<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup> La Corte non ha quindi attribuito alcuna rilevanza al margine di apprezzamento e all'assenza di un consenso interamericano.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup>

### **3.2. Il *conventionality control* e l'irrelevanza 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.<sup>108</sup> 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 *controllo di convenzionalità*, 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”.<sup>109</sup>

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 e la riconciliazione nazionale cui l’amnistia tendeva, dall’altro – ha concluso per la prevalenza dei primi.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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,<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> In casi successivi è stato chiarito che tale obbligo deve essere adempiuto d'ufficio, anche in assenza di una espressa richiesta delle parti,<sup>114</sup> e non solo da parte dei giudici ma da tutti gli organi incaricati dell'amministrazione della giustizia, inclusi i procuratori<sup>115</sup> e, più in generale, ogni autorità pubblica.<sup>116</sup> 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.<sup>117</sup>

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.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup>

#### **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 Commissione<sup>123</sup> e poi la Corte ADUP hanno compensato la lacuna di cui sopra “using judicial creativity”.<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> Inoltre, specifiche possibilità di limitazione sono previste da singole disposizioni (secondo quelle che la Corte ADUP definisce “claw-back clauses”).<sup>126</sup> 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 apprezzamento<sup>127</sup> e il principio di sussidiarietà<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup>

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'.<sup>131</sup> 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.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> Tuttavia, pur avendo riconosciuto l'importanza dello scopo e delle specificità nazionali invocate dallo Stato,<sup>134</sup> 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”.<sup>135</sup> Essa ha quindi concluso per la violazione della libertà di espressione nel caso concreto.<sup>136</sup>

Qualora poi i trattati applicabili dalla Corte ADUP impongano 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.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup>

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.<sup>139</sup> Nonostante abbia confermato che il margine di apprezzamento trova applicazione nella sua giurisprudenza,<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup> 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”,<sup>142</sup> 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.<sup>143</sup>

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 fattori<sup>144</sup> di carattere normativo ma, anche, sociale e politico.<sup>145</sup> Tra questi, il grado di legittimazione di un tribunale<sup>146</sup> e la sua autorità di fronte ai propri Stati membri e, più ampiamente, la comunità internazionale, giocano un ruolo fondamentale.<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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,<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup> Inoltre, le stesse democrazie occidentali reclamano porzioni di sovranità asseritamente lese da una giurisprudenza ritenuta troppo espansiva.<sup>151</sup> 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 CEDU<sup>152</sup> o di ridurre la portata degli obblighi convenzionali nell'ordinamento interno.<sup>153</sup> 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':<sup>154</sup> 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 *s u c c e s s o*, 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".<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup> 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.<sup>158</sup> 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,<sup>159</sup> 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.<sup>160</sup>

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”.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> 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.<sup>163</sup> 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;<sup>164</sup> inoltre, la percentuale di non esecuzione delle sentenze è estremamente alta<sup>165</sup> 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.<sup>166</sup>

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’.<sup>167</sup> 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.<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup> 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.<sup>170</sup> 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 Duhaimé 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.<sup>171</sup>

## 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.<sup>172</sup>

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".<sup>173</sup> Non bisogna però dimenticare che l'accentuazione estrema di tale approccio rischia di porsi in contrasto con l'aspirazione universale dei diritti umani.<sup>174</sup> 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.<sup>175</sup> 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.<sup>176</sup> Così, nella giurisprudenza della Corte IADU, si tende a promuovere l'universalismo degli standard a scapito della preservazione del *p a r t i c o l a r i s m o*.<sup>177</sup> È anche vero, però, che ignorare totalmente la storia e le tradizioni di un popolo rischia di rivelarsi controproducente,<sup>178</sup> 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.<sup>179</sup>

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.<sup>180</sup>

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 Benvenuti 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”.<sup>181</sup> 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”.<sup>182</sup>

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.<sup>183</sup> 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”.<sup>184</sup>

“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”.<sup>185</sup> 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.

<sup>185</sup> 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.
- Burgogue-Larsen 2018: Burgogue-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.
- Burgogue-Larsen 2020: Burgogue-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.

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

GIADA CASCIO  
Università degli Studi di Palermo

Abstract: In the international panorama, there is a broad system of principles aimed at protecting the interests of minors, with reference to the New York Convention, which laid the foundations of what would later become the guiding principle of all legislation concerning minors. The transposition and consequent implementation of these principles in the national sphere, with reference to Italy, often encounter discrepancies, which are most often due to the heterogeneity given by the jurisprudential interpretation. This contribution proposes to investigate some of these cases and to reflect on the need for interpretative uniformity of principles and Conventions, so as to truly pursue the protection of the best interests of the child.

Parole chiave: *best interest of the child*; minori; famiglia; Corte Edu; interessi; giurisprudenza; superiore interesse del minore.

Il principio del *best interest of the child* o 'superiore interesse del minore',<sup>1</sup> principio informatore di tutta la legislazione nazionale ed internazionale relativa ai minori, presenta dei tratti di complessità per quanto riguarda il significato da attribuirgli, a causa della diversità di approccio fra la Corte EDU e le giurisdizioni nazionali, in specie quelle italiane. È quindi importante esaminare la complessa tematica dei potenziali rapporti disfunzionali fra genitori e figli, inserendola nella dimensione, a sua volta complessa, del rapporto fra tribunali interni e Corte EDU.

Delle sentenze CEDU alcune più recenti di altre<sup>2</sup> hanno censurato l'operato dei nostri Tribunali nazionali per indebita interferenza nel rapporto genitori-figli in violazione dell'art. 8 CEDU, relativo alla vita privata e familiare; nonostante ciò, non è stato effettivamente disposto il ripristino della situazione antecedente

1 Pirilli 2022: 1246-1265.

2 Fra le più recenti, v. in tal senso le sentenze *Terna c. Italia* del 14 gennaio 2021; *A.I. c. Italia* del 1° aprile 2021, *R.B. e M. c. Italia* del 22 aprile 2021.

alla pronuncia.<sup>3</sup> L'art. 8 CEDU,<sup>4</sup> quindi, è uno snodo fondamentale in questo senso: la Corte EDU ha introdotto il principio del *best interests of the child* in via interpretativa sulla base del cd. *human rights-based approach*<sup>5</sup> con la conseguenza di garantirne la sua pratica applicazione attraverso la rilevazione del *consensus* degli Stati – manifestato con l'adozione di un diritto positivo *ad hoc*<sup>6</sup> – che ha consentito il raggiungimento di uno standard normativo comune fra gli stessi.

A riscontro di questo risultato, una consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma che “esiste attualmente un ampio consenso intorno all’idea che in tutte le decisioni che riguardano dei minori il loro interesse superiore debba prevalere”<sup>7</sup> e inoltre che “sono gli Stati contraenti a dover istituire delle garanzie procedurali pratiche ed effettive che permettano di vigilare sulla tutela e l’attuazione del superiore interesse del minore”.<sup>8</sup>

La prassi giurisprudenziale del nostro Stato dimostra che le nostre autorità nazionali si sono spesso avventurate in un’interpretazione del diritto CEDU che, nel sovrapporsi a quella della Corte EDU, ha finito non solo per limitare ma, addirittura, per ‘negare’ quel diritto umano – la vita privata e familiare – sancito all’art. 8 della detta Convenzione ‘privandolo’ di un’autentica ed effettiva tutela.

3 La sentenza *Akinnibosun c. Italia*, 2015, sotto il profilo in esame ha cura di spiegare che: “tenuto conto del fatto che la minore è ormai stata adottata, la Corte precisa che questa constatazione di violazione non può essere intesa nel senso che essa obbliga lo Stato a consegnare la minore all’interessato”.

4 Mari 2023: 295-314.

5 Si tratta dell’approccio introdotto per la prima volta nel Rapporto UNDP sullo sviluppo umano del 2000: v. U.N., *Human rights – based approach*, in <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> che così recita: “The human rights-based approach (HRBA) is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights”.

6 In questo senso anche le *Linee guida del Consiglio d’Europa sulla giustizia a misura di bambino* adottate il 17.11.2010, par. 3 lett. B) secondo cui il *best interest of the child* è diventato un principio generale ormai consolidato all’interno dell’ordinamento giuridico di numerosi Stati; esse hanno fatto seguito alla Risoluzione 64/142 del 24 febbraio 2010 dell’Assemblea Generale ONU.

7 Così la sentenza *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, 2019, par. 204. Per l’Italia v. le sentenze *Terna c. Italia*, 2021, 62; *Luzi c. Italia*, 2019.

8 Così la sentenza *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, 2019.

Se poi si considera che le sentenze pronunciate dalla Corte di Strasburgo non hanno valore *erga omnes*, bensì vincolano unicamente lo Stato resistente in giudizio e che, in caso di condanna, si limitano ad imporre allo Stato l'onere del risarcimento pecuniario (generalmente senza riuscire a sanzionare e sradicare quelle condotte illegittime che hanno portato alla condanna CEDU), allora ben si comprende la pericolosa crisi che attraversa la difesa dei diritti umani nel nostro ordinamento<sup>9</sup> e i rischi che questo comporta.

La vulnerabilità familiare, inoltre, rappresenta un aspetto cruciale sul quale si concentra fin da subito l'attenzione delle Istituzioni nazionali legittimandone l'intervento. È, tuttavia, proprio intorno ad essa e al modo di regolamentarla in sintonia col 'superiore interesse del minore' che si determina quella diversità di posizioni fra tribunali italiani e Corte EDU di cui si tratta, resa particolarmente eloquente dal numero esponenziale di condanne emesse a carico del nostro Stato.

In una visione storica, è bene ricordare che l'ordinamento italiano è stato interessato da mutamenti epocali a partire dagli anni '70 del secolo scorso, che hanno determinato il formale passaggio dalla famiglia patriarcale alla famiglia mononucleare e monoparentale, hanno indotto il legislatore nazionale ad attuare una riforma nello statuto del minore, in ragione della sua naturale vulnerabilità,<sup>10</sup> da 'oggetto' dei diritti genitoriali è divenuto 'soggetto' di diritti propri. In altre parole, questa trasformazione ha portato il minore a diventare un centro di imputazione di "diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili"<sup>11</sup> dando vita un vero e proprio ribaltamento del regime giuridico che aveva caratterizzato fino ad allora il rapporto genitori-figli: da un'ottica adultocentrica, infatti, quest'ultimo sarebbe passato ad una logica fanciullocentrica,<sup>12</sup> in virtù della quale il minore è venuto ad assumere un'importanza centrale nell'intero sistema ordinamentale orientando, anche in sede giudiziaria, il trattamento giuridico applicabile ai rapporti nei quali egli risulta coinvolto.

Nel nostro sistema di fonti, quindi, il principio del 'superiore', 'esclusivo' o 'preminente' interesse del minore<sup>13</sup> ha acquisito una posizione di primaria importanza tra le norme costituzionali, in particolare grazie alle norme internazionali vincolanti per l'Italia

9 Russo 2022: 49-64.

13 Lenti 2018: 215-307.

ai sensi dell'art. 10 della Costituzione. Questo principio di carattere generale è destinato a trovare applicazione e ad avere efficacia nei casi specifici.

È indiscutibile che l'interpretazione del principio del *best interest of the child* rappresenti la principale fonte di divergenza tra i due sistemi giuridici in questione, in particolare per quanto riguarda le relazioni tra genitori e figli, e ha portato più volte alla condanna dell'Italia per una sua applicazione che non rispecchia gli standard di protezione minorile previsti dalla CEDU, come già osservato.

In Italia, le Corti tendono a privilegiare un'applicazione orientata in modo rigoroso verso l'interesse del minore, considerandolo non solo prevalente, ma anche esclusivo e prioritario rispetto ad altri interessi coinvolti. Al contrario, la Corte EDU sembra sostenere un'interpretazione che potrebbe essere definita 'adulto-centrica', come detto poc'anzi, in quanto la tutela del minore, ancorata all'art. 8 della CEDU, è centrale, prevalente e prioritaria ma non necessariamente assoluta ed esclusiva; questo perché tiene conto anche degli interessi genitoriali nel contesto di un equilibrio valutato caso per caso.

Volendo esaminare l'approccio 'adultocentrico' adottato dalla Corte di Strasburgo nell'applicazione del principio del *best interest of the child* nelle controversie tra genitori e figli, è importante sottolineare ancora una volta che tale approccio è basato sull'articolo 8 della CEDU, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare di ogni individuo. Questo diritto si estende ai figli come parte integrante delle loro famiglie, ma mentre sono minorenni, possono esercitarlo solo attraverso i loro genitori;<sup>14</sup> l'approccio di cui sopra considera il diritto di vivere in famiglia come parte integrante di questo processo.<sup>15</sup>

Lo Stato ha il dovere, quindi, di permettere lo sviluppo del legame familiare, cercando un equilibrio tra i diversi interessi coinvolti.

Inoltre, la Corte EDU sottolinea che il giudice nazionale, in conformità con l'articolo 8 della CEDU, non dovrebbe assumere un ruolo prescrittivo o autoritario, ma piuttosto dovrebbe consentire alle parti coinvolte di prendere decisioni libere e non condi-

14 In particolare, gli artt. 315-342 del nostro codice civile.

15 V. in tal senso la decisione *E.C. c. Italia*, 2020, par. 57 e, più recentemente, le sentenze *R.B. e M. c. Italia*, 2021, par. 71 e *Terna c. Italia*, 2021.



zionate riguardo alla gestione e alla risoluzione dei loro conflitti familiari.

Se da un lato si tratterà di mettere il minore nelle condizioni di poter maturare progressivamente le proprie scelte tenuto conto di tutti quei fattori (l'età, il grado di scolarizzazione, lo stato di salute, etc.) che sono suscettibili di incidere su di esse e con la garanzia di poter essere ascoltato e consultato in tutte le questioni che rientrano nel suo interesse, dall'altro si tratterà di offrire ai genitori un aiuto per affrontare la propria situazione di difficoltà, approfondirne le cause e il ruolo che hanno avuto nella crisi familiare a danno delle proprie funzioni e responsabilità genitoriali considerando, al riguardo, che l'esercizio dei diritti genitoriali può rappresentare uno strumento e un'occasione utile ad agevolare il raggiungimento di un siffatto obiettivo.

Per favorire l'evoluzione spontanea del rapporto familiare, quindi, il giudice nazionale dovrà adottare tutte le misure idonee a realizzare tale scopo nel quadro delle finalità dell'art. 8 CEDU.

Spetta a ciascuno Stato, secondo la Corte EDU, dotarsi di strumenti giuridici adeguati e sufficienti che gli consentano di soddisfare gli obblighi della Convenzione.

La Corte europea di Strasburgo ha criticato le istituzioni italiane in relazione alla loro effettiva capacità di valutare l'interesse del minore. La Corte ha evidenziato l'incapacità dei giudici italiani di valutare in modo completo, caso per caso, la situazione familiare e di gestire in modo efficace i conflitti familiari nel rispetto dei diritti delle parti coinvolte. Inoltre, ha notato la tendenza dei giudici italiani a preferire l'adozione di misure automatiche e stereotipate, o misure che sembrano ingiustificate, non motivate o comunque inadeguate e non proporzionate allo scopo legittimo previsto dall'art. 8 della CEDU.

## Conclusioni

Quello che sembrerebbe un approccio completo e integrale all'applicazione del principio dell'interesse del minore da parte dello Stato italiano si rivela invece un vuoto totale del suo contenuto, una completa negazione a causa di preconcetti. La protezione dell'interesse del minore, che dovrebbe essere reale e con-

creta, rimane solo un obiettivo ideale nell'ordinamento, se non addirittura utopistico.

Questa modalità operativa radicata e diffusa a livello nazionale è alla base delle condanne pronunciate dalla Corte EDU nei confronti dei tribunali italiani e contribuisce all'appiattimento del loro potenziale discorsivo. La Corte europea non ha identificato un problema strutturale nell'ordinamento italiano, ma piuttosto un problema sistemico, cioè l'esistenza di un approccio giuridico-culturale e una mentalità operativa particolare nella determinazione del diritto applicabile ai casi familiari in questione. Questo approccio porta le istituzioni italiane a conformarsi acriticamente a cliché, stereotipi, ideali, abitudini, consuetudini e così via, rappresentando un modello patriarcale, autoritario, imperativo e rigido che, oltre a essere anacronistico, entra in conflitto con i valori, i principi e gli standard normativi sanciti nella nostra Costituzione.

## Bibliografia

- Adinolfi 2021: Adinolfi A., *Tutela degli interessi del minore e normativa dell'Unione europea sul ricongiungimento familiare*, Firenze 2021.
- Bonfanti 2021: Bonfanti A., *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa. Considerazioni di diritto internazionale privato*, Milano 2021.
- Cardone 2022: Cardone A., *La Diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 1, 2022, 65-90.
- Fanlo Cortés, Ferrari 1970: Fanlo Cortés I., Ferrari D., *Vulnerabilità e protezione internazionale*, in Id. (a cura di), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, Torino 2020, 1-16.
- Lenti 2018: Lenti L., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. com.* 32, 2016, 148-158.

- Mari 2023: Mari L., *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo*, in *Studi Urbinati* 63, 2012, 99-117.
- Pirilli 2022: Pirilli D., *Il rapporto tra best interest(s) of the child e responsabilità genitoriale in una prospettiva multilivello*, in *OIDU* 5, 2021, 1246-1265.
- Quari 2017: Quari S., *Per una decostruzione del principio del 'superiore interesse del minore'*, in *Diritti Comparati* (online) 2017.
- Ruo 1970: Ruo M.G., *"The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Mino-riustizia* 3, 2011, 39-54.
- Russo 2022: Russo D., *Sulla diretta applicabilità della Cedu nel giudizio di Cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 1, 2022, 49-64.



## **Editorial and publishing policies**

Publishing proposals are to be submitted to the Director of the *History, Law & Legal History* series (director.hllh@unipa.it).

One or two Reviewers will evaluate each proposal by means of a double-blind peer-review process. If a revision of the work is requested, the Referees will ascertain if the Author has made the requested changes. If there are inconsistencies with the latter, the work will be submitted to the Scientific Board for a final evaluation.

On submission of their work, the Authors will declare that it is an original piece of work, which does not breach intellectual property or other rights. The Authors must also ensure that their book or chapter does not contain any libellous matter or violate any copyright or other intellectual property rights. The Authors are obliged to cite content from other appropriate sources in order to avoid plagiarism.

The Reviewers will behave in a fair and impartial manner; they will review the material in a timely manner and assist in improving the quality of a submitted proposal or typescript by reviewing the material with care, consideration and objectivity. The Reviewers will inform the Editorial board of any published or submitted content, which is similar to the material under review, or of any suspected plagiarism; they will also maintain the confidentiality of any information or material submitted during the review process.

The Director will: act in a fair and balanced way when carrying out their duties; devoid of discrimination; manage submissions in a timely manner; and treat all material as confidential. They will also provide guidance to the Authors regarding the expectations of the publication and the decision-making process regarding which books to publish, in turn is based on the quality and suitability for the said series.



## HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY

1. Raimondo Santoro, *Per la storia dell'obligatio I.*, 2020.
2. Mario Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono*, 2020.
3. Antonio Lindiner, *Credito immobiliare ai consumatori e obblighi di condotta degli intermediari*, 2021.
4. Ulrico Agnati and Mario Varvaro (eds.), *Religion, Ideology, Politics, and Law. A Multidisciplinary Approach in the Frame of European History*, 2022.
5. Anna Maria Giomaro e Maria Luisa Biccari, *Sulle regulae iuris fra I e III secolo: Paolo commenta Plauzio*, 2022.
6. Ornella Spataro, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, 2022.
7. Vincenzo Roberto Imperia, *I vescovati nella Sicilia normanna (secc. XI-XII). Potestà normative e competenze giurisdizionali in un territorio multiculturale*, 2022.
8. Annarosa Gallo, Maria Colomba Perchinunno, Michele Dionigi e Pierangelo Buongiorno (a cura di), *Ordinamento giuridico, mondo universitario e scienza antichistica di fronte alla normativa razziale (1938-1945)*, 2022.
9. Caterina Scaccianoce, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, 2023.
10. Simona Feci, *I criminalisti dello Stato della Chiesa. Famiglie, carriere e biblioteche (XVII secolo)*, 2023.
11. Stefania Pietrini, *La legislazione di Zenone (474-491)*, 2023.
12. Caterina Ventimiglia, *Amministrazione performante e sistema dei controlli interni*, 2023.
13. Mario Varvaro (ed.), *Human Rights Reloaded*, 2024.

Finito di stampare nel mese di  
**gennaio 2024**  
presso  
**Fotograph s.r.l.**  
Palermo

Editing e typesetting  
**Luminita Petac**

Progetto editoriale e grafico  
Luminita Petac  
**Paragraphics** Soc. Coop.  
per conto di NDF





In June 2023, on the 30th anniversary of the International Doctorate “Human Rights: Evolution, Protection and Limits”, a Summer School entitled “Human Rights Reloaded” was held at the University of Palermo.

The ‘Age of Rights’, as discussed by Norberto Bobbio, seems to have entered a crisis that compels us to not only expand our perspective and reconsider the foundations of human rights in a new light but also to constantly redefine their limits and reassess their implications, while resisting the temptations of empty rhetoric.

From this perspective, the title of the Summer School wanted to inspire a critical rethinking not only of civil and political rights or social, economic, and cultural rights but also of the collective rights of society. Specifically, it addressed the role of *societas iuris* in adopting a globally responsible approach towards future generations.

While the lines drawn by the speakers concentrated on issues to be tackled or possible directions to be followed in a much wider field, some PhD students of the Doctorate in “Human Rights” further elaborated these lines to deepen their reflections and open new perspectives.

This volume collects their writings as younger academics who are called upon to plant the seeds of their research in this field.