

Marcello Toscano

Il fattore religioso
nella Convenzione Europea
dei Diritti dell'Uomo.
Itinerari giurisprudenziali

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2018

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675192-8

Credo che oggi una discussione sui diritti umani debba tener conto, per non correre il rischio di diventare accademica, di tutte le difficoltà procedurali e sostanziali [...]. L'attuazione di una maggiore protezione dei diritti dell'uomo è connessa con lo sviluppo globale della civiltà umana. È un problema che non può essere isolato sotto pena non dico di non risolverlo, ma neppure di comprenderlo nella sua reale portata. Chi lo isola lo ha già perduto. Non si può porre il problema dei diritti dell'uomo astraendolo dai due grandi problemi del nostro tempo, che sono i problemi della guerra e della miseria, dell'assurdo contrasto tra l'eccesso di potenza che ha creato le condizioni per una guerra sterminatrice e l'eccesso d'impotenza che condanna grandi masse umane alla fame. Solo in questo contesto ci possiamo avvicinare al problema dei diritti dell'uomo con senso realistico. Non bisogna essere tanto pessimisti da abbandonarsi alla disperazione, ma nemmeno tanto ottimisti da diventare presuntuosi.

N. BOBBIO, 1968

INDICE

Premessa	11
Parte I	
PROFILI ISTITUZIONALI E SISTEMATICI	
<i>Alle origini della tutela giurisdizionale multilivello della libertà religiosa</i>	19
Capitolo 1	
Un patrimonio da non disperdere	
<i>La Convenzione di Roma, la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	21
1.1. Gli obiettivi della Convenzione nel contesto storico del secondo dopoguerra	21
1.2. Gli organi e il sistema giurisdizionale di tutela: le origini	32
1.3. Le modifiche introdotte dai Protocolli di emendamento e il sistema attuale	42
1.3.1. La svolta giurisdizionale: il Protocollo n. 11	42
1.3.2. Il Protocollo n. 14 e la procedura attuale	47
1.4. Il futuro della Corte: le conferenze di alto livello (Interlaken, Izmir, Brighton, Oslo, Bruxelles)	55
Capitolo 2	
Una tutela multilivello convergente	
<i>La Convenzione e la Corte nel sistema integrato delle fonti</i>	69
2.1. La Convenzione nel sistema delle fonti	69
2.1.1. La rilevanza della Convenzione nell'ordinamento italiano	69
2.1.2. La Convenzione e l'ordinamento dell'Unione europea	83
2.2. Gli effetti delle sentenze della Corte negli ordinamenti nazionali	95
Parte II	
L'ART. 9 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	111
Capitolo 3	
I soggetti tutelati	
<i>Dalla tutela dell'individuo a quella delle confessioni (e oltre?)</i>	113
3.1. Premessa	113
3.2. Le decisioni della Commissione	117
3.3. L'approccio sostanzialistico della Corte e la tutela della libertà religiosa "organizzata"	123

3.4. I rapporti tra Stati e organizzazioni religiose: i principi di non ingerenza e di neutralità, il riconoscimento degli enti esponenziali e i <i>registration cases</i> , gli accordi	129
3.5. I rapporti tra individuo e organizzazione. In particolare: il rapporto di lavoro	142
Capitolo 4	
I diritti tutelati dall'art. 9	157
4.1. I diritti riconosciuti dall'art. 9.1	157
4.2. Le limitazioni consentite dall'art. 9.2 e la struttura <i>step by step</i> del giudizio: principio di legalità, scopo legittimo, necessità e proporzionalità della misura restrittiva	166
4.3. La dottrina del (doppio) margine di apprezzamento	180
Parte III	
LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE IN MATERIA DI LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE	189
Premessa	
<i>L'evoluzione del ruolo della Corte e la sua giurisprudenza "a geometria variabile"</i>	191
Capitolo 5	
I diritti	203
5.1. Premessa: libertà "positive" e libertà "negative"	203
5.2. Le libertà positive "di prima generazione". In particolare: propaganda, esercizio del culto, apertura e utilizzo dei luoghi di culto	211
5.3. Le libertà positive "di seconda generazione". In particolare: l'abbigliamento	219
5.4. Le libertà negative e le obiezioni di coscienza. In particolare: l'obiezione di coscienza al servizio militare	229
5.5. La libertà di coscienza e l'istruzione pubblica: l'art. 2 Prot. 1. In particolare: il caso del crocifisso	238
5.6. I rapporti con altri diritti. In particolare: la libertà di espressione e la tutela del sentimento religioso	255
Capitolo 6	
I principi	265
6.1. Il principio di laicità	265
6.2. Il divieto di discriminazione in materia religiosa	273
Conclusioni	
<i>La tutela internazionale della libertà religiosa tra bilancio e progetto</i>	287
Bibliografia	291
Elenco alfabetico della giurisprudenza CEDU citata	343
Indice delle abbreviazioni, dei periodici e dei riferimenti sitografici	353

PREMESSA

La protezione internazionale della libertà di coscienza e di religione, cui l'attuale scenario di migrazioni globali porta ad attribuire nuovi significati e un inedito rilievo, trova oggi fondamento in Europa nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. La Convenzione, stipulata a Roma nel 1950 ed entrata in vigore tre anni dopo (cinque per l'Italia, che l'ha ratificata con legge n. 848 del 4 agosto 1955), viene alla luce nel periodo storico in cui muove i primi passi l'idea di una tutela sovranazionale dei diritti dell'uomo, fondata sul presupposto che al di là degli orizzonti della sovranità statale debbano essere creati e condivisi nuovi spazi nei quali far operare la responsabilità dei soggetti di diritto internazionale.

Questa esigenza largamente avvertita nasce dagli accadimenti drammatici verificatisi nella prima metà del secolo scorso e trova ragion d'essere sia in una nuova sensibilità nei confronti degli appartenenti al genere umano in quanto tali, sia nel rinnovato quadro geopolitico globale. Sotto questo secondo profilo, il polarizzarsi dello scacchiere mondiale e il conseguente delinearci di sfere d'influenza contrapposte, uniti alla consapevolezza che i progressi tecnici nel campo degli armamenti rendono sempre più pericoloso il mantenimento della logica del "tutti contro tutti", portano in quegli anni all'istituzione di organismi internazionali, dotati di propri organi e procedure, con il fine primario di comporre eventuali divergenze tra Stati.

Questi ultimi, al contempo, cessano di essere concepiti come monadi capaci di originare al più fenomeni aggregativi locali, strumentali e temporanei (nel segno quindi di un'assoluta fluidità), per diventare invece membri di una comunità internazionale: la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite – che purtroppo oggi mostra una fragilità istituzionale che in alcuni casi l'ha relegata ai margini delle dinamiche e delle decisioni più rilevanti – riprende il filo degli intendimenti che nel 1919 erano stati alla base della creazione della Società delle Nazioni e li rimette in circolo proponendosi, quantomeno, l'allestimento di un *forum* all'interno del quale realizzare una gestione ordinata e non conflittuale – in ogni caso, dialettica – delle questioni di rilevanza internazionale.

Con riferimento ai diritti dell'uomo, ai diritti cioè che appartengono all'essere umano in quanto tale, in quegli anni è possibile registrare – lo si accennava in principio – un'analoga consapevolezza.

Da una parte, infatti, si abbandona la consuetudine che anche in questa materia

aveva sempre assegnato la primazia al principio di non ingerenza negli affari interni dei singoli Stati (seppure temperato dalla distinzione tra *acta iure gestionis* e *acta iure imperii*), accettando all'opposto l'idea che, almeno nei casi di violazioni più gravi, gli Stati responsabili (e in alcuni casi le persone fisiche che agiscono per esso) possano essere chiamati a risponderne fuori dai confini giuridici dell'ordinamento interno¹. La portata della rottura con il passato è tanto più evidente se si osserva che quell'idea trova da subito concreta realizzazione anche a dispetto di altre istanze, pure largamente condivise: i tribunali militari investiti dei processi di Norimberga – lo stesso può dirsi per gli organi giurisdizionali creati in seguito per giudicare i presunti responsabili di crimini contro l'umanità – operano sotto l'egida delle potenze vincitrici e sono costituiti *ad hoc* ed *ex post*, in aperta contraddizione con i principi di terzietà e precostituzione del giudice.

Dall'altra parte, la nuova attenzione a un nucleo imprescindibile di posizioni giuridiche soggettive conduce all'idea che le stesse possano e debbano essere tutelate a livello internazionale anche al di fuori dei casi di veri e propri *crimina juris gentium*: dal punto di vista teorico si tratta di un altro passo significativo, poiché consente che le limitazioni di sovranità insite nell'assunzione di impegni da parte degli Stati – a maggior ragione, nell'eventuale accettazione di un sindacato tra pari, che riposi sull'esistenza di presunte violazioni di quegli impegni – operino non solo in casi eccezionali e per gli inadempimenti più gravi, ma si estendano “nel quotidiano”, consentendo un monitoraggio continuo del livello di tutela assicurato dai diversi ordinamenti statali.

Se l'Organizzazione delle Nazioni Unite nasce allora come risposta all'esigenza di incanalare in una gestione regolamentata le contrapposizioni interne alla comunità internazionale, volgendosi alla tematica dei diritti umani sia quale pietra angolare della propria piattaforma programmatica, sia come strumento per comporre quelle contrapposizioni, è tuttavia in un altro contesto istituzionale che vengono compiuti i primi passi nel segno di una tutela effettiva (nel senso, quantomeno, di puntuale e immediata) dei diritti fondamentali: il Trattato di Londra, firmato nel 1949 da dieci Paesi europei

¹ Da allora, è noto, l'idea si è fatta strada. Si possono citare a questo proposito le parole della nostra Corte costituzionale che, in una delle sentenze più rilevanti degli ultimi anni (soprattutto per quanto concerne il sistema delle fonti), la n. 238 del 22 ottobre 2014, ha affermato: «[l']immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano [...] protegge la funzione, non anche comportamenti che non attingono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili [...]. Pertanto, in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne (sentenza n. 349 del 2007), la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di guerra di cui si tratta, ormai risalenti, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorché quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo» (*Considerato in diritto*, § 3.4).

(Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Svezia, Regno Unito), istituisce il Consiglio d'Europa con lo scopo di attuare un'unione più stretta tra i suoi membri, animati da ideali e principi comuni, anche mediante la tutela e la promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'apparenza di una funzione strumentale che il Trattato assegna alla protezione dei diritti dell'uomo, che potrebbe far pensare alla semplice riproduzione in chiave regionale europea di un modello simile a quello dell'ONU, scompare quasi subito: la stipula, nel 1950, della Convenzione di Roma rende infatti evidente il carattere primario e fondante che la garanzia di quei diritti assume nel contesto della nuova organizzazione, differenziandola in maniera significativa da ogni altra esperienza precedente.

Il carattere di originalità è ravvisabile non solo nelle posizioni giuridiche protette, ma anche e soprattutto nelle modalità di tutela. Se infatti all'inizio il catalogo dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione non si differenzia molto da quello contenuto nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, la cifra di rottura con il passato risiede soprattutto nell'istituzione di un apparato con il compito esclusivo di garantire un rimedio effettivo contro le violazioni della Convenzione perpetrate dai Paesi membri, azionabile direttamente anche da parte del singolo che assuma di esserne stato vittima.

Salvo questo carattere di novità, è per altro verso facilmente intuibile che gli organi così istituiti, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Commissione europea dei diritti dell'uomo, si affaccino sullo scenario giuridico internazionale con una certa cautela che rispecchia sia la necessità di sottoporre a un lungo e complesso collaudo il meccanismo di tutela approntato dalla Convenzione, sia la debolezza istituzionale di questi organi neonati. Alcune fragilità permarranno anche in seguito, poiché si tratta pur sempre di istituzioni operanti all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale, costituito su una rete di legami la cui tenuta e la cui forza coattiva sono rimesse a vincoli di natura volontaristica (salva ogni considerazione sui motivi che orientano le scelte degli attori); tuttavia, con il progressivo rinsaldarsi di quei legami, che rende sempre meno praticabili (ma non impossibili, come ha mostrato di recente il "caso *Brexit*") eventuali operazioni di *opting-out* nel contesto delle organizzazioni internazionali, assume maggiore pregnanza l'obbligo giuridico di rispettare la Convenzione e sottomettersi alla giurisdizione degli organi di Strasburgo, conformandosi alle loro decisioni.

Si tratta di un obbligo trascurato per qualche decennio dalla quasi totalità degli operatori del diritto, in ragione di un'inevitabile mancanza di incisività della giurisprudenza europea; quest'ultima però assume oggi primaria importanza e le ragioni che impongono di riservare attenzione specifica e puntuale ai profili di rilevanza giuridica della Convenzione sono molteplici.

Può essere sufficiente ricordare, in questa sede, che i primi sessant'anni (e più) di attività della Corte costituiscono ormai un campione temporale attendibile per tracciare un bilancio, seppure provvisorio, e che tale operazione è legittimata dall'esistenza di

alcuni orientamenti giurisprudenziali (generalisti e di settore) sufficientemente definiti almeno nelle loro linee di tendenza, affermatasi in modo sempre più netto mano a mano che la collocazione istituzionale della Corte si faceva più solida, seppure talvolta resi spurî da scelte contingenti di “politica giurisprudenziale” disallineate rispetto alle decisioni precedenti.

Ampliando l'angolo visuale, è necessario tenere nel debito conto che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la prevista (almeno al livello delle fonti apicali) adesione dell'Unione europea alla Convenzione, la Corte di Strasburgo potrebbe avviarsi verso una nuova fase istituzionale della propria storia, nella quale svolgere un ruolo di primario rilievo non solo nell'ambito del Consiglio d'Europa bensì anche all'interno dell'ordinamento dell'Unione, ponendosi come pietra angolare del sistema europeo di tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Restringendo invece il campo di osservazione e limitandolo all'ordinamento interno del nostro Paese, la recente ma già consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale ha contribuito in modo significativo a definire le modalità di rilevanza della Convenzione, riconducendo anch'essa sotto l'ampia copertura dell'art. 117 c. 1 Cost. (nel testo risultante dalla revisione del 2001) e assegnando alle pronunce della Corte europea la funzione primaria di definire in via interpretativa i contenuti che, attraverso il meccanismo di rinvio per interposizione, trasmigrano all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

In ultimo, con specifico riguardo al diritto ecclesiastico, anche il progressivo avvicinarsi nel sentire comune di una concezione della materia intesa in primo luogo come *legislatio libertatis* a un'altra maggiormente imperniata sulla disciplina giuridica dei rapporti Stato-confessioni, nonché la consapevolezza che la giurisprudenza della Corte europea riveste un ruolo sempre più incisivo nella definizione di standard condivisi di tutela delle libertà e di garanzia del pluralismo, contribuisce a spiegare perché si affermi che i diritti ecclesiastici nazionali saranno sempre più europei, e lo sguardo si rivolga in primo luogo a Strasburgo e alla giurisprudenza che ruota intorno all'art. 9 della Convenzione, posto a tutela delle libertà «*di pensiero, di coscienza e di religione*».

L'insieme di queste considerazioni ha convinto dell'opportunità di svolgere un'analisi delle pronunce emesse fino ad oggi dagli organi di Strasburgo in questa materia², utilizzando un metodo sistematico che consenta un successivo aggiornamento. Si tratta

² Un'antologia della giurisprudenza degli organi di Strasburgo, edita in lingua italiana ma non più recentissima, è quella realizzata da DE SALVIA, M. - ZAGREBELSKY, V., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, coordinata da M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, Milano, Giuffrè, vol. I (1960-1990), 2006; vol. II (1991-1998), 2006; vol. III (1999-2006), 2007: si tratta di una compilazione generale che raccoglie pronunce relative a tutti i diritti e le libertà convenzionali, e ne rimangono pertanto escluse per comprensibili ragioni quasi tutte le decisioni di specifico interesse ecclesiasticistico. A quest'opera si farà comunque riferimento perché riporta la traduzione italiana non ufficiale di alcune sentenze di particolare importanza; le versioni ufficiali di tutte le pronunce sono invece reperibili sul sito *web* della Corte, all'indirizzo <http://www.echr.coe.int>.

di un lavoro concepito anche per essere strumento pratico di ricerca e di consultazione, utile (almeno nelle intenzioni) per orientare nell'esame della giurisprudenza di Strasburgo anche chi non abbia dimestichezza: quest'idea trova riscontro nel proposito di pubblicare a breve anche un apparato di *Strumenti*, comprensivi di indici e di tavole sinottiche cronologiche della giurisprudenza, che fungano da complemento al presente volume.

Per quanto riguarda, poi, il lavoro di raccolta e analisi del materiale giurisprudenziale, è opportuno fare due precisazioni concernenti, l'una, la tipologia dei provvedimenti esaminati, l'altra, le disposizioni convenzionali interessate.

Sotto il primo profilo, si è scelto di analizzare sia le sentenze sia le decisioni di inammissibilità (tralasciando, quindi, i soli rapporti e le decisioni di radiazione: queste ultime, che escludono ogni valutazione del merito della controversia, saranno comunque inserite negli *Strumenti* di cui sopra). È vero, infatti, che la tutela in sede europea procede per sentenze (nel senso che una violazione convenzionale non può essere accertata in altro modo), mentre le decisioni di inammissibilità dei ricorsi – quelle di ammissibilità sono integralmente sostituite dalla successiva sentenza, quale che sia il suo dispositivo –, a prescindere dai motivi che le sorreggono, non intaccano lo *status quo ante* (in altre parole, nella sua opera esegetica di definizione dello standard cui gli Stati membri devono attenersi, è a mezzo di sentenze che la Corte “alza l'asticella”). Tuttavia, anche alcune decisioni di inammissibilità (purché *sub specie* di inammissibilità per infondatezza), seppure a volte meramente riproduttive di conclusioni già raggiunte in sentenze precedenti, possono contribuire a definire in negativo l'ambito di operatività della Convenzione³; decidere di analizzare anche queste ultime per rintracciare quelle rilevanti ha comportato, come è intuibile, un notevole incremento della quantità di materiale da esaminare, che non si è tradotto tuttavia in un proporzionale aumento di quello utile (*i.e.* significativo): anche tutte queste decisioni saranno comunque inserite negli *Strumenti*.

Quanto, invece, alle disposizioni convenzionali conferenti, l'oggetto della ricerca – le libertà di pensiero, coscienza e religione – non poteva che essere studiato muovendo

³ Da questo presupposto muovono le ricerche di MOWBRAY, A., *No violations but interesting: a study of the Strasbourg Court's jurisprudence in cases where no breach of the Convention has been found*, in EPL, 2008, 2, pp. 237 ss. e, con specifico riguardo alla libertà di religione, BARZEE, A., *European Court of Human Rights. Religious freedom cases and cases with a religious dimension: non admissibility decisions 1999-2007*, in HRWF. Sulla giurisprudenza che ha preceduto la finestra temporale analizzata da Barzee – composta quasi esclusivamente da decisioni d'inammissibilità emesse dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo – si vedano invece MORVIDUCCI, C., *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, a cura di S. FERRARI, T. SCOVAZZI, Padova, Cedam, 1988, pp. 41 ss.; BELGIORNO DE STEFANO, M.G., *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, 1, pp. 285 ss.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, 2, pp. 335 ss.; ID., *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos*, in *An. der. ecl. Est.*, 1986, pp. 403 ss.

dall'art. 9 della Convenzione e, pertanto, dalle pronunce relative a ricorsi nei quali si lamentava una violazione di tale articolo. Quasi sempre, come si vedrà, le decisioni più utili per trarre qualche (provvisoria) conclusione sull'operato della Corte in questo campo sono quelle che hanno considerato i profili di rilevanza specifica dell'art. 9; tra esse, in modo particolare, le sentenze in cui la Corte ha dato conto di quei profili nel dispositivo: accertando una violazione, negandola, escludendo l'applicabilità dell'art. 9 o ritenendone assorbiti i profili di rilevanza da quelli di altre disposizioni.

Questo non significa però che nel quadro convenzionale l'articolo 9 sia il solo rilevante per la protezione di tali libertà, né l'unico di interesse ecclesiasticistico. Anche nella realtà dell'esperienza giuridica la libertà religiosa vive nella trama di altre libertà (di associazione, di manifestazione del pensiero, di riunione, ecc.); pertanto, altre disposizioni poste a tutela di posizioni giuridiche soggettive, considerate isolatamente o nel combinato disposto con l'art. 9, possono concorrere al medesimo fine – così, per esempio, gli artt. 8 e 10 della Convenzione o l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1 – ma si tratta di articoli che coprono una sfera di garanzia specifica, talvolta parallela e talaltra inclusiva rispetto a (o compresa in) quella dell'art. 9.

È proprio l'apparente, reiterato allontanamento della Corte da un'applicazione rigorosa dei rapporti di specialità o d'integrazione tra l'art. 9 e altre disposizioni della Convenzione che ha convinto in qualche caso a esaminare anche sentenze che non riservano formale considerazione all'art. 9 e che tuttavia, nella sostanza, rappresentano degli snodi importanti nell'evoluzione della tutela delle libertà di convinzione e di religione. Questi casi, peraltro rarissimi, nonché alcuni altri in cui la Corte ha operato un bilanciamento tra le libertà di convinzione e di religione e altri diritti convenzionali, pur senza chiamare in causa l'art. 9, costituiscono le poche eccezioni al rispetto dei criteri appena esposti.

In ultimo, quanto agli argomenti trattati, si è scelto di orientarsi ricostruendo innanzitutto il lungo percorso che ha portato sia i diritti umani a porsi come antidoto contro i totalitarismi, sia il sistema della Convenzione di Roma a distinguersi da ogni altra esperienza di tutela internazionale dei diritti fondamentali.

Chi guardi oggi allo stato di salute delle democrazie c.d. "occidentali" e delle organizzazioni internazionali utilizzando la prospettiva dei diritti dell'uomo, può rilevare un panorama contraddittorio. Da una parte, infatti, si può senz'altro affermare che i diritti fondamentali non siano mai stati così tutelati; tuttavia, è la distribuzione delle tutele che lascia insoddisfatti. Chi rivolga lo sguardo all'interno dei confini nazionali troverà infatti quasi ovunque minoranze e/o categorie discriminate; chi lo rivolga all'esterno si imbatte, senza dover molto cercare, in macroscopiche e sistematiche violazioni dei diritti inviolabili (anche di quelli di prima generazione: *in primis* il diritto alla vita), spesso causate, alimentate o perlomeno tollerate da quelle stesse democrazie che al proprio interno vanno predisponendo inedite modalità di tutela per diritti fondamentali di seconda, terza, o addirittura quarta generazione.

Tutto questo è incompatibile con la stessa nozione di diritto fondamentale – riconosciuto a ogni individuo, senza distinzioni, in ragione della sua dignità di essere umano – ma cessa di stupire se accompagnato dalla constatazione che all'interno degli Stati, anche di quelli che non stanno sperimentando una deriva autoritaria, la democrazia sostanziale sembra a tratti cedere terreno a vantaggio di nuovi populismi costruiti su una schietta logica maggioritaria e di antagonismo; al contempo, all'esterno e al di sopra degli Stati, le organizzazioni internazionali si sono dimostrate in alcuni casi inadeguate o inadempienti (penso per esempio alle guerre nei paesi dei Balcani, ai genocidi, alla politica migratoria dell'Unione europea o alla gestione della crisi siriana da parte dell'ONU).

La democrazia, intesa come tutela dei diritti fondamentali nella cornice dello Stato di diritto, sembra a tratti accusare un pericoloso arretramento sulla scena mondiale. La scelta di svolgere anche una ricostruzione storica è quindi dettata dalla ferma convinzione che oggi più che mai sia necessario rivedere e tenere bene a mente il passato – alla nascita del Consiglio d'Europa contribuì in modo determinante un ampio movimento di opinione pubblica germogliato negli ambienti culturali e politici che si erano opposti alle dittature –, troppo spesso dimenticato sotto l'influsso di difficili contingenze: nel convincimento che una chiara consapevolezza degli ostacoli già superati e del cammino già percorso possa essere di sprone per affrontare quello a venire.

PARTE I

PROFILI ISTITUZIONALI E SISTEMATICI

Alle origini della tutela giurisdizionale multilivello della libertà religiosa

UN PATRIMONIO DA NON DISPERDERE

La Convenzione di Roma, la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1.1. Gli obiettivi della Convenzione nel contesto storico del secondo dopoguerra. – 1.2. Gli organi e il sistema giurisdizionale di tutela: le origini. – 1.3. Le modifiche introdotte dai Protocolli di emendamento e il sistema attuale. – 1.3.1. La svolta giurisdizionale: il Protocollo n. 11. – 1.3.2. Il Protocollo n. 14 e la procedura attuale. – 1.4. Il futuro della Corte: le conferenze di alto livello (Interlaken, İzmir, Brighton, Oslo, Bruxelles).

1.1. *Gli obiettivi della Convenzione nel contesto storico del secondo dopoguerra*

Lo sviluppo di una sensibilità condivisa a livello internazionale nei riguardi dei diritti dell'uomo¹ si ebbe per la prima volta, come si accennava in premessa, dopo gli eventi drammatici verificatisi negli anni del secondo conflitto mondiale².

¹ La terminologia in uso anche in dottrina sovente non distingue tra *diritti fondamentali* e *diritti dell'uomo*, e anche nel prosieguo le locuzioni saranno utilizzate indifferentemente. Tuttavia, almeno a livello teorico una distinzione andrebbe tracciata sulla linea concettuale che separa i diritti dell'uomo in quanto tale (che in questa accezione giusnaturalistica non si distinguono dai diritti *universali* o *inviolabili*) dai diritti che, posti alla base di un determinato ordinamento giuridico positivo, assumono perciò in quel contesto la qualifica di *fondamentali*; la sovrapposizione delle categorie, peraltro innocua ai nostri fini, deriva quindi dalla circostanza che vede oggi i diritti umani essere anche diritti fondamentali all'interno della maggioranza degli ordinamenti giuridici (statuali e non). Su questi aspetti di teoria generale v. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di V. Ferrari, Milano, Giuffrè, 1993; FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Bari, Laterza, 2008³; PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 11 ss.; ID., *Diritti umani e diritti fondamentali. Sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in *Soc. dir.*, 2004, pp. 61 ss.; ZANICHELLI, M., *Il significato dei diritti fondamentali*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 507 ss., spec. pp. 515 ss.; COSTA, P., voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. II, t. 2, 2008, pp. 365 ss. e ivi ampia bibliografia; ZAGREBELSKY, V. - CHENAL, R. - TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 18.

² Scrive ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 89: «un ancoraggio a qualcosa di obiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo, era avvertito come indispensabile. Per questo il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile, che potesse essere posto come punto d'attacco iniziale [...] dal quale non fosse per nessuno possibile distaccarsi». Cfr. anche CARDONE, A., voce *Diritti fondamentali (Tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. IV, 2011, pp. 335 ss., sul punto pp. 379 s. e ivi bibliografia. Il nesso che lega alcuni eventi storici e l'emergere di posizioni giuridiche da annoverarsi nel catalogo dei diritti fondamentali è alla base delle costruzioni teoriche, oggi ampiamente maggioritarie, che sostengono il carattere storico e culturale di tali diritti. Tra queste, è sovente richiamata quella chiaramente espressa da N. BOBBIO nell'*Introduzione* al suo *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi,

Alla concezione tradizionale che assegnava allo Stato il compito di tutelare con gli strumenti e nei modi ritenuti più opportuni tutte le posizioni giuridiche imputabili a quanti fossero a qualsiasi titolo soggetti alla sua giurisdizione³, si affiancò, per poi progressivamente sostituirvisi, l'idea che almeno nel campo dei diritti inviolabili la tutela dovesse svolgersi anche a un livello più alto, al fine di impedire che le contingenze interne del singolo Stato potessero consentire violazioni dei diritti riconosciuti all'essere umano in quanto tale⁴. Si trattò di un passaggio teorico di non poco conto, poiché

1992, pp. XIII ss.: «[d]al punto di vista teorico ho sempre sostenuto, e continuo a sostenere, confortato da nuovi argomenti, che i diritti dell'uomo, per fondamentali che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre [...]. Nascono quando devono o possono nascere. Nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo [...] o crea nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza». Nel solco della riflessione sulla storicità dei diritti umani si pongono anche quelle posizioni che li vedono come prodotto della reazione a un precedente torto; in altre parole, l'azione storica porta all'emersione per contrasto di una posizione che in precedenza non esisteva: v. DERSHOWITZ, A., *Rights from wrongs*, Torino, Codice Edizioni, 2005. Cfr. anche l'invito di COSTA, P., voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 367, a «restare consapevoli del carattere intrinsecamente storico del nostro atteggiamento culturale ed evitare di usare il passato come cassa di risonanza dei nostri valori e dei nostri progetti»; nonché BOGNETTI, G., voce *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv. civ.*, vol. V, 1989, pp. 383 ss.; BALDASSARRE, A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989. Sulla concezione contrattualistica di ascendenza rousseauiana dei diritti dell'uomo (che si lega a doppio filo a quella storica), v. ZANGHÌ, C., voce *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, 1997, pp. 150 ss., in principio.

³ Lo ricorda ZANGHÌ, C., voce *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989, p. 1: «[q]uale che sia la motivazione filosofica che si accolga (diritto naturale, diritto positivo, ecc.) e l'origine storica che si accetti (dal periodo ellenistico alla più vicina rivoluzione francese), il fenomeno è stato sempre circoscritto in ambito nazionale come dimostrano anche gli atti frequentemente citati (*Magna Charta*, Dichiarazione di Filadelfia, Dichiarazione dei diritti e dei doveri del cittadino, ecc.)». Su altro fronte, quanto all'origine storica del movimento per la protezione dei diritti umani, l'opinione più diffusa la colloca, pur con la precisazione appena vista, nei secoli XVII-XVIII, «allorché da una parte la pratica costituzionale britannica, anche attraverso l'emanazione di strumenti fondamentali, quali l'*Habeas Corpus Act* del 1679 e il *Bill of Rights* del 1689, elaborava in concreto la forma di governo costituzionale e dall'altra si assisteva, soprattutto in Francia, al fiorire di quelle correnti di pensiero illuministiche che posero le basi teoriche della rivoluzione francese e che diedero vita al sostrato concettuale della Costituzione federale americana del 1776 e della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789»: così CONFORTI, B. - RAIMONDI, G., voce *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Enc. dir. (agg.)*, vol. VI, 2002, pp. 327 ss., sul punto p. 329. Nell'alveo delle posizioni teoriche che sostengono il carattere storico dei diritti dell'uomo, anche PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*, in *An. der. hum.*, 1986-1987, pp. 219 ss., ne individua la nascita nell'età moderna e precisamente nelle lotte contro lo Stato assoluto; cfr. anche ID., voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, pp. 139 ss., spec. p. 140, laddove rileva che questi diritti «sorgeranno soltanto nella loro dimensione integrale, riconosciuti nel diritto positivo, a partire dallo Stato liberale». Di recente, sul tema, v. GILBERTI, G., *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2012; GIANNITI, P., *Il sistema CEDU nel quadro dei sistemi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *La CEDU e il ruolo delle corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, a cura di P. Gianniti, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 2015, pp. 13 ss.

⁴ Quando affrontiamo la definizione o quantomeno l'individuazione dei c.d. diritti fondamentali, «[p]artiamo dall'idea che la radice dei diritti fondamentali è nella dignità umana che può essere spiegata razionalmente come la manifestazione delle condizioni antropologiche e culturali dell'uomo, che fa diversi gli uomini dagli altri esseri, con la loro libertà di scelta o libertà psicologica [...], il linguaggio, la capacità di ragionare e di elaborare

presupponeva l'idea che almeno con riferimento a questa materia l'individuo cessasse di essere soggetto di diritto solo nei riguardi dell'ordinamento statale, per emergere quale centro di imputazione autonomo – le cui posizioni, pertanto, potessero essere considerate a prescindere o addirittura in contrapposizione a quelle dello Stato – in un contesto giuridico che era sempre stato riservato ai soggetti dotati di personalità di diritto internazionale.

Su questa intuizione, largamente condivisa in ragione del diffuso senso di riprovazione per gli eccessi cui si era giunti (specialmente, ma non solo) nella prima metà del secolo, si fondarono le prime iniziative volte a dare consistenza giuridica a questa nuova sfera di tutela, nel contesto e con gli strumenti del diritto internazionale⁵.

Il primo passo in questa direzione fu compiuto nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite⁶, con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata a

i concetti, ecc.»; sotto questo aspetto, pertanto, «i diritti fondamentali hanno una dimensione etica che diventa efficace con la sua incorporazione al Diritto positivo con la mediazione del potere»: così PECES-BARBA MARTINEZ, G., voce *Diritti*, cit., pp. 147 e 152. Cfr. anche HÄBERLE, P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Saggi, Milano, Giuffrè, 2003, specialmente il saggio *Concezione dei diritti fondamentali*, pp. 90 ss., che a p. 105 rintraccia nella dignità umana la «base antropologico-culturale dello Stato costituzionale, dalla quale scaturiscono i diritti fondamentali come diritti umani o diritti del cittadino». Ai nostri fini è sufficiente tenere per buono questo assunto, che riconduce il “senso” dei diritti fondamentali alla dignità dell'uomo intesa quale attributo comprensivo che lo distingue dagli altri esseri viventi, senza approfondire né eventuali legami tra la teorica dei diritti fondamentali e le sempre risorgenti suggestioni giusnaturalistiche, né la tematica (che peraltro potrebbe essere affrontata solo scomodando ben altre e più alte competenze) relativa al «fondamento» dei diritti dell'uomo. Sul nesso tra diritti e dignità umana può pertanto vedersi ZANICHELLI, M., *Il significato*, cit., pp. 529 ss., e gli Autori ivi citati a p. 529, nota 55; ivi, *passim*, si rinvia anche per una panoramica sulle diverse posizioni emerse a proposito della possibilità di una ricerca del «fondamento» dei diritti dell'uomo (nonché della sua utilità, da alcuni negata: così per esempio BOBBIO, N., *L'età*, cit., p. VIII dell'*Introduzione*). Su quest'ultimo aspetto di teoria generale v. anche FOCARELLI, C., *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 41 ss.

⁵ A proposito della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, di cui si tratterà fra breve, è stato affermato che «è scritta nella piena consapevolezza di Auschwitz e nella consapevolezza nascente della Kolyma. La consapevolezza della barbarie europea è radicata nelle parole del preambolo [...]. La Dichiarazione [...] fu scritta quando la fede nell'Illuminismo stava affrontando la sua più profonda crisi. In questo senso, i diritti umani non sono tanto la dichiarazione della superiorità della civiltà europea quanto un monito degli europei perché il resto del mondo eviti di riprodurre i suoi stessi errori»: così IGNATIEFF, M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 67. Nell'ambito della dottrina ecclesiasticistica, si veda in particolare CARDIA, C., *Genesi dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2005², pp. 151 ss.

⁶ La nascita dell'organizzazione internazionale in senso moderno si fa solitamente risalire alla costituzione della Società delle Nazioni, avvenuta dopo il primo conflitto mondiale. L'idea che ne stava alla base, rivoluzionaria se confrontata con il modo allora comune di intendere le relazioni fra Stati (che accettava la guerra quale componente ineliminabile dei rapporti internazionali), era che all'opposto il ricorso alla violenza bellica dovesse essere per quanto possibile scoraggiato: cfr., tra gli altri, CONFORTI, B., voce *Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1981, pp. 265 ss., spec. p. 266, e l'ampia bibliografia a p. 303. Naufragata l'esperienza della Società – del fallimento fu prova *in re ipsa* la seconda guerra mondiale – quell'idea rimase tuttavia a ispirare la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, sorta nel 1945 a seguito della Conferenza di San Francisco; lo Statuto delle Nazioni Unite, talora indicato anche come Carta di San Francisco, è stato approvato il 26 giugno 1945 e ratificato dall'Italia con L. 17 agosto 1957, n. 848, pubbl. in *GU* n. 238 del 25 settembre 1957. Dell'ONU

Parigi dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1948⁷, che evidenziò l'emersione giuridica di una nuova sensibilità⁸ e si pose ad argine comune elevato a contenere future degenerazioni⁹.

La Dichiarazione, già concepita *in nuce* all'epoca della Conferenza di San Francisco¹⁰,

fanno parte oggi a pieno titolo tutti gli Stati riconosciuti dalla comunità internazionale, con pochissime eccezioni (e.g. Stati neutralizzati, Stati che godono di uno *status sui generis*, Stato della Città del Vaticano). Sulla Società delle Nazioni v. CONETTI, G., voce *Società delle Nazioni*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, pp. 1167 ss., e ivi bibliografia a p. 1175. Sull'ONU, in aggiunta ai contributi che sono già stati o saranno citati, v. PANEBIANCO, M., voce *Nazioni Unite (ONU)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990, e ivi (pp. 7 s.) bibliografia. In generale, sull'esperienza delle organizzazioni internazionali che è nata con la costituzione dell'ONU e si è successivamente evoluta sulla base di quel modello (salva ogni perplessità alla luce degli eventi dell'ultimo ventennio) v. ID., voce *Organizzazioni internazionali. I) Profili generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, 1990, e l'estesa bibliografia alle pp. 40 ss.

⁷ La Risoluzione n. 217 A (III) dell'Assemblea fu approvata con 48 voti favorevoli, nessun voto contrario e otto astensioni (da parte di Sudafrica, Arabia Saudita e di sei Paesi appartenenti al c.d. blocco sovietico); l'Italia non figura nella lista poiché all'epoca non era ancora membro dell'Organizzazione.

⁸ È stato scritto che «[l]a Dichiarazione universale rappresenta la più grande prova storica del "consensus" realizzato in ordine ad un determinato sistema di valori» (così ZANGHÌ, C., voce *Diritti*, cit., p. 2) e, probabilmente, «l'atto più importante che l'Assemblea generale ha adottato»: SPERDUTI, G., voce *Diritti umani (Protezione internazionale dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, pp. 807 ss., sul punto p. 809. Con riferimento alla inedita rilevanza riconosciuta all'individuo, CASSESE, A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 1988, p. 143, ha scritto che «[l]a Dichiarazione ha favorito l'emergere, anche se debole, tenue ed impacciato, dell'individuo, all'interno di uno spazio prima riservato esclusivamente agli Stati sovrani. Essa ha messo in moto un processo irreversibile, del quale tutti dovremmo rallegrarci». In argomento v. anche ZANGHÌ, C., voce *Protezione internazionale*, cit., pp. 154 ss.; OESTREICH, G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 139 ss.; FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 126 ss.; ZAPPALÀ, S., *La tutela internazionale dei diritti umani. Tra sovranità degli Stati e governo mondiale*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 13 ss.; PINESCHI, L., voce *Diritti umani (protezione internazionale dei)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. V (2012), pp. 558 ss., spec. pp. 564 ss.; ZAGREBELSKY, V. - CHENAL, R. - TOMASI, L., *Manuale*, cit., pp. 18 ss.

⁹ Nel Preambolo della Dichiarazione, consultabile oggi anche all'interno della piattaforma divulgativa online dell'ONU (<http://www.un.org/en/documents/udhr/>), si legge: «[w]hereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world [; w]hereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people [; ... w]hereas member States have pledged themselves to achieve, in co-operation with the United Nations, the promotion of universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms [; w]hereas a common understanding of these rights and freedoms is of the greatest importance for the full realization of this pledge».

¹⁰ La Conferenza delle Nazioni Unite sull'organizzazione internazionale si concluse il 26 giugno 1945 a San Francisco con la firma dello Statuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (v. *supra*, nota n. 6), che si affacciava così nello scenario internazionale quale nuovo soggetto protagonista; lo Statuto, successivamente entrato in vigore il 24 ottobre 1945, comprendeva anche lo Statuto della Corte internazionale di giustizia, che ne costituiva parte integrante. Con riferimento alla tutela dei diritti umani, in mancanza di un testo già pronto da inserire nel corpo del Trattato istitutivo ma con la consapevolezza che fosse necessario redigere una «dichiarazione internazionale dei diritti, accettabile da tutti gli Stati interessati», che facesse parte «della vita internazionale esattamente come la nostra Dichiarazione dei diritti è parte integrante della nostra Costituzione» – così si espresse in occasione della Conferenza il Presidente statunitense Truman: lo ricorda ZANGHÌ, C., voce *Diritti*, cit., p. 1 –, tale compito fu assegnato all'apposita Commissione delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo. Questa, istituita il 16 febbraio

si caratterizzava tuttavia per la natura spuria e incompleta, poiché da una parte conteneva una rassegna di «*diritti*»¹¹ ma dall'altra non prevedeva alcuno strumento pratico per tutelarli. Si trattava pertanto, nonostante la terminologia, di un insieme di principi programmatici corrispondenti ad altrettante posizioni giuridiche poste in capo ai singoli, che tuttavia, in assenza di una garanzia effettiva di azionabilità, manteneva carattere non giuridicamente obbligatorio. La natura non vincolante del testo emergeva anche dal tenore letterale delle disposizioni che lo componevano, tutte formulate in modo troppo categorico e chiuso a possibili eccezioni perché le stesse potessero essere considerate vere e proprie norme giuridiche, destinate a essere concretamente applicate.

Tuttavia, anche a non voler considerare il tema del carattere della Dichiarazione – non vincolante, vincolante in senso stretto, o capace della vincolatività *sui generis* del c.d. *soft law*¹² – è fuor di dubbio che il testo del 1948 rappresentò il primo tentativo,

1946 con la Risoluzione n. 5 del Consiglio economico e sociale con il compito di sottoporre al Consiglio proposte e raccomandazioni relativi (tra l'altro) a una «dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo», concluse i propri lavori (ma sopravvisse con altri compiti) nel 1948, consegnando prima al Consiglio e poi all'Assemblea generale una bozza della Dichiarazione, il cui testo definitivo fu poi approvato a Parigi.

¹¹ Per i quali, peraltro, non era nemmeno accennata la ricerca di un fondamento: come ricorda ZANICHELLI, M., *Il significato*, cit., p. 511, «[n]el 1947, nell'ambito di un'inchiesta promossa dall'Unesco sui problemi teorici posti dalla redazione di una Dichiarazione universale dei diritti, [...] Jacques Maritain ricordava che alcuni rappresentanti dichiararono di essere d'accordo nell'indicare una lista di diritti, “*ma a condizione che non ci si domandi il perché*”. Col perché comincia la disputa»; l'A. conclude pertanto sul punto affermando che «la capacità delle carte dei diritti di raccogliere un consenso di massima sembrerebbe dunque dipendere dalla rinuncia ad una definizione compiuta dei loro fondamenti o presupposti ideali: la loro forza sta, si potrebbe dire, nell'essere *incompletely theorized agreements*» (corsivo testuale). In questo loro prescindere dal fondamento dei diritti che si propongono di tutelare, tali testi paiono quindi allinearsi con la prospettiva di BOBBIO, N., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età*, cit., pp. 5 ss., spec. pp. 16 ss.: «[i]l problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico. [...] Non si tratta tanto di sapere quali e quanti sono questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento, se siano diritti naturali o storici, assoluti o relativi, ma quale sia il modo più sicuro per garantirli» (corsivo dell'Autore). Uno spostamento dal piano della riflessione filosofica a quello dell'azione politica nella direzione di una sempre maggiore garanzia dei diritti (non solo di quelli fondamentali) è auspicato anche da SEN, A., *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010: si veda in particolare p. 5, là dove si sottolinea l'importanza di «chiarire in che modo dovremmo procedere nell'affrontare le questioni inerenti alla promozione della giustizia e all'eliminazione dell'ingiustizia, più che offrire la soluzione delle questioni concernenti la natura della perfetta giustizia».

¹² Con il termine inglese *soft law*, difficilmente traducibile in italiano, si suole indicare un insieme eterogeneo di fenomeni giuridici di produzione e di cognizione, accomunati dalla mancanza dell'efficacia vincolante diretta che è tipica della norma giuridica, nell'accezione comunemente utilizzata: si veda, per tutti, MOSTACCI, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, e ivi bibliografia. A proposito della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si deve invece rilevare come la stessa, pur nata come testo programmatico e non immediatamente vincolante, abbia poi visto modificarsi il proprio “ascendente” per giungere in tempi relativamente recenti a una sorta di “para-vincolatività”, o vincolatività atipica. Il carattere solenne di ogni Dichiarazione adottata mediante risoluzione di un organo dell'ONU, unito alla circostanza che nella prassi tali dichiarazioni sono solite fondarsi anche sull'*id quod plerumque accidit* all'interno della maggioranza degli Stati, fa sì che le loro disposizioni possano essere considerate, in virtù dell'obbligo di osservanza delle regole consuetudinarie che incombe in capo a tutti i soggetti di diritto internazionale, alla stregua di vere e proprie norme giuridiche. In questa direzione si è infatti orientato negli anni l'atteggiamento degli organi dell'ONU e di alcuni

riuscito nonostante enormi difficoltà¹³, di far emergere i diritti fondamentali dal campo dell'ideale e attribuire loro carattere di positività per mezzo di enunciati normativi, anche in vista di esperienze ulteriori che, magari su scala regionale o macroregionale, perseguissero il più ambizioso obiettivo di garantire anche un'effettiva tutela di quei diritti.

La prima e la più importante di tali esperienze, quantomeno se si guarda ai risultati concreti che nel tempo ha consentito di raggiungere, si attuò con la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, oggetto di questa ricerca, nata nel contesto giuridico del Consiglio d'Europa¹⁴.

Il Consiglio, istituito con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949 che ne definiva lo Statuto¹⁵, nasceva con la finalità primaria di attuare un'unione più stretta fra i propri

suoi membri, per esempio quando la Dichiarazione del 1948 è stata invocata per addebitare a questo o quello Stato la violazione degli obblighi che lo stesso aveva assunto sottoscrivendola, oppure quando la stessa è stata utilizzata come base di legittimazione per numerose risoluzioni dell'Assemblea generale. Ancora, milita in questo senso la circostanza che gli Stati membri abbiano alimentato, non opponendovisi, una progressiva estensione dei poteri dell'Organizzazione in questa materia, accettando in numerose occasioni (con dichiarazioni espresse o in modo tacito) l'adozione di atti che presupponevano o affermavano a chiare lettere il carattere vincolante della Dichiarazione: sul punto cfr. ZANGHÌ, C., voce *Diritti*, cit., p. 2; SPERDUTI, G., voce *Diritti*, cit., p. 810; PINESCHI, L., voce *Diritti*, cit., pp. 559 e 564 ss.

¹³ Tali ostacoli, di varia natura ma legati soprattutto alle profonde differenze di tradizioni e di cultura giuridica che intercorrevano tra gli ordinamenti degli Stati interessati a sottoscrivere la Dichiarazione, sono stati analizzati nel dettaglio da VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain-Paris, Warny, 1964.

¹⁴ Altra tappa importante del processo di emersione dei diritti fondamentali fu costituita, in seno all'ONU, dall'adozione e apertura alla firma (1966) del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, entrambi entrati in vigore nel 1976. Di essi (così come delle decisioni del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, incaricato di verificarne il rispetto da parte degli Stati membri) non si tratterà nel prosieguo; pertanto si rinvia, per il testo di essi, a CONSO, G. - SACCUCCI, A., *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite - Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 2001, pp. 61 ss. e pp. 112 ss. rispettivamente per il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e per il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*. Per la dottrina, si vedano invece ZANGHÌ, C., voce *Diritti*, cit., pp. 3 ss. e ivi, pp. 8 s., bibliografia; ID., voce *Protezione internazionale*, cit., pp. 157 ss.; MARCHESI, A., *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite. Controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, Milano, Franco Angeli, 1996; ID., *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, Franco Angeli, 2007; ID., *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, Franco Angeli, 2011; SACCUCCI, A., *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 2002; NOWAK, M., *UN Covenant on civil and political rights. CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N.P. Engel, 2005²; PINESCHI, L., voce *Diritti umani*, cit., pp. 565 ss. Con specifico riguardo alla protezione delle libertà di religione e di convinzione, si rinvia all'ampia bibliografia citata da ANGELETTI, S., *Libertà religiosa e Patto internazionale sui diritti civili e politici. La prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 147 ss.; WALTER, C., voce *Religion or belief, Freedom of. International protection*, in M.P.E.P.I.L., 2009, pp. 7 s.; MORVIDUCCI, C., voce *Libertà. VIII) Libertà di religione o di convinzioni - Dir. int.*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, 1990, pp. 8 s. Lo stesso è a dirsi per le convenzioni settoriali e in generale per il sistema pattizio a tutela dei diritti dell'uomo in seno all'ONU, per i quali v. PINESCHI, L., voce *Diritti umani*, cit., pp. 561 s.; EGAN, S., *Strengthening the United Nations human rights treaty body system*, in *HRLR*, 2013, 2, pp. 209 ss.

¹⁵ Il Trattato è stato reso esecutivo in Italia con L. 23 luglio 1949, n. 433, pubbl. in *GU* n. 168 del 25 luglio

membri per tutelare e promuovere il patrimonio ideale comune – il preambolo dello Statuto indicava i valori spirituali e morali che sono fondamento dei principi di libertà personale, libertà politica e preminenza del diritto, poiché da essi dipende ogni vera democrazia – e per favorire il loro progresso economico e sociale; tale scopo avrebbe dovuto essere perseguito dagli organi del Consiglio mediante l'esame delle questioni d'interesse comune, la conclusione di accordi e il compimento di un'opera comune nel campo economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo, nonché mediante la tutela e lo sviluppo dello Stato di diritto (*rule of law*), dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁶.

1949. Sulle origini storiche del Consiglio, sull'iter di formazione e sui documenti costitutivi si veda LEONE, U., *Le origini diplomatiche del Consiglio d'Europa*, Milano, Giuffrè, 1966; MONACO, R., voce *Consiglio d'Europa*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, pp. 209 ss., e bibliografia alle pp. 218 s.; PALMIERI, G.M., voce *Consiglio d'Europa*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1988, e ivi bibliografia (p. 5); GREMENTIERI, V., voce *Consiglio d'Europa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, pp. 415 ss.; *The Council of Europe. Its laws and policies*, a cura di S. Schmahl e M. Breuer, Oxford, Oxford University Press, 2017. I dieci Paesi fondatori, che firmarono il Trattato del 1949, furono Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Svezia e Regno Unito. Grecia e Turchia, spesso indicati quali membri primigeni del Consiglio, vi aderirono invece il 9 agosto 1949. Attualmente il Consiglio riunisce 47 Stati; ai dodici già citati si sono successivamente aggiunti: Islanda, Germania (1950), Austria (1956), Cipro (1961), Svizzera (1963), Malta (1965), Portogallo (1976), Spagna (1977), Liechtenstein (1978), San Marino (1988), Finlandia (1989), Ungheria (1990), Polonia (1991), Bulgaria (1992), Slovenia, Lituania, Estonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Romania (1993), Andorra (1994), Lettonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucraina (1995), Russia, Croazia (1996), Georgia (1999), Armenia, Azerbaigian (2001), Bosnia-Erzegovina (2002), Serbia (2003), Monaco (2004), Montenegro (2007). Come può vedersi, si tratta di Paesi organizzati in forme di Stato profondamente diverse, accomunati però dalla formale accettazione dei principi democratici: cfr. MARGIOTTA BROGLIO, F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 6, che richiama sul punto BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Lineamenti attuali del diritto costituzionale in Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pp. 49 ss., là dove (p. 115) l'Autore sottolineava una «generica identità di situazioni giuridiche per i cittadini [...] di [...] tutti gli Stati europei di democrazia classica: identità che è quasi assoluta per quanto concerne l'ambito tradizionale dell'attività giuridica dello Stato» (corso testuale). Proprio dall'accettazione condivisa della forma di governo democratico-pluralista derivò, una volta crollato il muro di Berlino e sfaldatosi il c.d. blocco sovietico, un consistente ampliamento del Consiglio d'Europa, che registrò a partire dal 1990 numerose nuove adesioni. Questo comportò, da una parte, un mutamento radicale dello scenario complessivo del Consiglio d'Europa che, «[d]a esclusivo club dei Paesi democratici dell'Europa occidentale [...] si è trasformato in una grande organizzazione [...] che abbraccia praticamente, con limitatissime eccezioni, l'intero continente, i cui confini sono stati tracciati per di più con una certa larghezza»: così CONFORTI, B. - RAIMONDI, G., voce *Corte*, cit., p. 328; dall'altra – ma su questo punto si tornerà più avanti (v. spec. cap. 2.2) – produsse anche significative innovazioni nel modo di operare della Corte di Strasburgo, con una sensibile deviazione verso un ruolo sempre più vicino a quello di un organo di giustizia costituzionale.

¹⁶ Il Capitolo I dello Statuto, costituito dal solo articolo 1 (consultabile, nella versione ufficiale inglese, sul sito *web* del Consiglio, <http://www.coe.int/en/web/portal/home>) dispone che «a. *The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realizing the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress. b. This aim shall be pursued through the organs of the Council by discussion of questions of common concern and by agreements and common action in economic, social, cultural, scientific, legal and administrative matters and in the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms*». L'art. 3, a sua volta, ribadisce che «[e]very member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realization

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline pubblicistiche

- Marcello Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, 2018
- Rosa Palavera, *Il penalista e il suo partito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, 2018
- Marcello Clarich, *Scritti scelti di diritto amministrativo (1982-1999)*, 2017
- Gianfrancesco Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017
- Sara Cocchi, *Uguali nella sostanza, differenti per territorio? La tutela costituzionale dei diritti sociali in Italia e in Spagna*, 2016
- Valentina Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scampo tra concorrenza e governo del territorio*, 2016
- Francesco Morosini, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, 2014
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di febbraio 2018