

**Paulo e lo spirito della convenzione: il “pidocchio” (lo sfinimento argomentativo) nella criniera della Corte<sup>1</sup>**

di *Emilio Santoro*  
professore ordinario di filosofia del diritto nell'Università di Firenze

<p>CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO Grande Camera <i>Ilseher c. Germania</i>, ricorsi nn. 10211/12 e 27505/14, Sentenza del 4 dicembre 2018</p> <p><b>PARERE SEPARATO DEL GIUDICE PINTO DE ALBUQUERQUE, CUI ADERISCE IL GIUDICE DEDOV</b></p>	<p>F. De André, “Smisurata pregheria”, in <i>Id. Anime Salve</i>, 1996</p>
<p>70. Nonostante il grave travisamento del significato e delle finalità della sentenza <i>M.</i> e il rischio sistemico che il ragionamento della Corte costituzionale ceda, la <i>maggioranza</i> nella presente sentenza segue l'esempio, allineando l'interpretazione della nozione di “pena” di cui all'articolo 7 agli “standard minimi” dei tribunali nazionali. Gli Stati stanno restringendo il campo di applicazione del principio di legalità, e la Corte si presta al gioco estromettendo dalla propria competenza, come sanzioni diverse non contemplate dall'articolo 7, la confisca amministrativa in Italia e la custodia di sicurezza in Germania.</p> <p>104. In sintesi, la <i>maggioranza</i> abbandona il significato autonomo della parola “pena” come riportata nell'articolo 7 della Convenzione e, anzi, in realtà abbandona il principio dell'interpretazione autonoma della Convenzione, che ha la finalità di permettere che la Corte non rimanga intrappolata nelle sottigliezze del diritto interno. [...]</p> <p>127. [...] Ponendo la sua indiscussa autorità morale dietro la scelta politica fatta dal legislatore nella “Legge sul trattamento e la detenzione dei trasgressori violenti affetti da disturbi mentali”, la Corte costituzionale ha agito come facilitatore della <i>maggioranza</i> politica, e non come garante dei diritti enucleati nella Legge fondamentale, letta attraverso il prisma del diritto internazionale pubblico.</p>	<p>Alta sui naufragi dai belvedere delle torri china e distante sugli elementi del disastro dalle cose che accadono al disopra delle parole celebrative del nulla lungo un facile vento di sazietà di impunità Sullo scandalo metallico di armi in uso e in disuso a guidare la colonna di dolore e di fumo che lascia le infinite battaglie al calar della sera la <i>maggioranza</i> sta la <i>maggioranza</i> sta recitando un rosario di ambizioni meschine di millenarie paure di inesauribili astuzie Coltivando tranquilla l'orribile varietà delle proprie superbie la <i>maggioranza</i> sta come una malattia come una sfortuna come un'anestesia come un'abitudine per chi viaggia in direzione ostinata e contraria col suo marchio speciale di speciale disperazione e tra il vomito dei respinti muove gli ultimi passi per consegnare alla morte una goccia di splendore di umanità di verità</p>

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è un testo che risale al dopoguerra, che risente della retorica della guerra fredda e, come molti testi internazionali che fissano principi generali, è caratterizzata da formulazioni generiche. Queste caratteristiche hanno favorito l'attivismo della Corte EDU e l'interpretazione evolutiva del testo convenzionale. Nei nove anni del suo mandato alla

<sup>1</sup> Ringrazio Filippo Ruschi, Gianmarco Gori, Katia Poneti e Daniela Ranalli, per aver letto e commentato, nel contenuto e nei dettagli stilistici, questo testo.

Corte, Paulo Pinto de Albuquerque è stato, a un tempo, incarnazione e pungolo di questo attivismo. Questo suo spirito è il motivo per cui, con gratitudine, abbiamo pensato a questo volume.

L'attivismo della Corte trova il suo fondamento nel preambolo della Convenzione, che esprime la volontà degli Stati sottoscrittori sia di promuovere lo "sviluppo" dei diritti dell'uomo, sia di "prendere le prime misure atte ad assicurarne la garanzia collettiva". Entrambi gli obiettivi appaiono indicare che alla Corte è affidata un'attività *in progress* di adeguamento del significato della Convenzione alla evoluzione della società europea. Già negli anni Settanta del secolo scorso (*Irlanda c. Regno Unito*, 17 gennaio 1978, n. 5310/71 § 154), la Corte ha potuto affermare che l'impegno degli Stati di riconoscere i diritti previsti dal Titolo primo della Convenzione è, in effetti, l'impegno a riconoscere quei diritti in base a come la Corte "chiarisce" (*elucidates*) e "sviluppa" (*develops*) le disposizioni del Titolo primo della Convenzione.

In particolare, con l'introduzione del ricorso individuale e il venir meno del filtro dei casi operato dalla Commissione, la Convenzione ha mostrato tutti i suoi limiti storici. I ricorsi individuali e le rapide trasformazioni dello spazio sociale e politico dell'Europa hanno imposto, e continuano ad imporre, alla Corte (pena il condannarsi all'irrelevanza) di dare alle diverse disposizioni un significato attuale, accettabile nelle società europee al momento della loro applicazione. Spinta dai casi che le vengono proposti, la Corte si trova costretta a chiarire i concetti e le nozioni che la Convenzione contiene. Le norme generiche e di ampio respiro del Trattato vengono trasformate in diritti dall'interpretazione giudiziaria, che riempie la Convenzione di contenuti nuovi, allineandola a mano a mano ai mutamenti sociali dell'Europa.

Questa linea ha portato alla progressiva affermazione, sempre più chiara e forte, che l'enunciazione dei diritti convenzionali scaturisce dall'interpretazione giudiziale: alla tesi che la Convenzione obbliga gli Stati così come interpretata dalla Corte. L'interpretazione evolutiva e dinamica dei diritti convenzionali, attenta a valorizzare i mutamenti sociali, culturali e legali che avvengono nello spazio giuridico europeo, ha consentito alla Corte di rendere la Convenzione uno strumento *redatto al presente*, da applicare *alla luce delle condizioni attuali* (*Tyrrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, n. 5856, § 31; *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, n. 6833/74, § 41), che consente agli individui di esercitare i propri diritti *in modo concreto ed effettivo* (*Airey c. Irlanda* 9 ottobre 1979, n.6289/73, § 24).

Come evidenzia l'intenso profilo biografico tracciato da Davide Galliani, Paulo si è proposto alla carica di giudice della Corte nella piena consapevolezza di questo ruolo e con il premeditato intento (gli si può imputare il dolo specifico) di portare avanti con ferma determinazione questo compito. Forse non immaginando che nel corso del suo mandato questa determinazione si sarebbe scontrata, come mostrano i passi, riportati in esergo, tratti dalla sua opinione dissenziente nel caso *Ilseher c. Germania*, che può essere considerata un po' il suo testamento ideale<sup>2</sup>, con il nuovo spirito dei tempi.

Quando Paulo è entrato a far parte della Corte era già pacificamente riconosciuto che il processo di applicazione della Convenzione da parte degli Stati membri consiste nell'adeguamento dei loro ordinamenti alla giurisprudenza della Corte EDU<sup>3</sup>. L'integrazione del parametro convenzionale con la giurisprudenza della Corte era già considerata un dato consolidato con cui gli Stati nazionali dovevano fare i conti. Al di là del dato letterale dell'art. 32 della Convenzione, l'obbligo di adeguarsi all'interpretazione che la Corte dà della Convenzione discende dal fatto che l'allontanarsi da essa, da parte dei giudici nazionali, ha conseguenze gravose per gli Stati membri. Esauriti i rimedi interni, il ricorrente ha, infatti, il diritto di adire la Corte per ottenere una sentenza di condanna: più la giurisprudenza interna si allontana da quella della Corte più è probabile il

<sup>2</sup> La sera della pubblicazione della sentenza ero a cena con Paulo e non posso scordare la sua rabbia preoccupata per la sentenza, rabbia che si traduceva in un incessante invito a scrivere per criticare la sentenza, in modo da invertire la rotta intrapresa dalla Corte.

<sup>3</sup> Nel nostro Paese questo riconoscimento è stato sancito sul piano legislativo nel 2014 con l'introduzione dall'art. 35-ter dell'Ordinamento penitenziario, che rappresenta la prima disposizione dell'ordinamento giuridico italiano che prevede esplicitamente una fonte del diritto giurisprudenziale statuendo, al primo comma, che può fare ricorso per vedersi risarcito il danno, chi è stato detenuto in condizioni tali da violare "l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo".

successo del ricorso<sup>4</sup>. Il rischio della sentenza di condanna può essere eliminato solo conformandosi alla giurisprudenza europea sulla singola questione. Quanto più i giudici nazionali si dimostrano restii ed insensibili all'evoluzione giurisprudenziale di Strasburgo, tanto più il loro Paese andrà incontro a conseguenze sul piano internazionale. Così come l'introduzione delle Costituzioni rigide ha imposto lo sviluppo, da parte dei giudici di merito e legittimità, di una giurisprudenza *costituzionalmente* orientata, cioè basata sulla giurisprudenza delle Corti Costituzionali, il meccanismo convenzionale, fondato sulla sussidiarietà, presuppone che i giudici nazionali sviluppino un'interpretazione del diritto interno *convenzionalmente* orientata, cioè fondato sulla giurisprudenza della Corte EDU. Come scrive Paulo, nella ricordata opinione dissenziente, chiamando direttamente in causa la Corte costituzionale tedesca,

67. Contrariamente a quanto assunto dalla Corte costituzionale, la sua considerazione del valore delle sentenze della Corte “in un’ottica di risultato” non può ritenersi sufficiente. Deve esistere una teoria dei diritti fondamentali convenzionalmente orientata, che è un qualcosa di differente e più esigente. Le pronunce della Corte non svolgono una mera “funzione *de facto* di orientamento e guida per l’interpretazione della Convenzione” (*faktische Orientierungs und Leitfunktion*), come asserisce la Corte costituzionale. Tutte le sentenze della Corte hanno il medesimo valore legale, natura vincolante e autorità interpretativa, il cui valore, natura ed autorevolezza sono gli stessi per tutti gli Stati parti della Convenzione. Il fatto che la Convenzione permetta a questi ultimi di decidere la modalità attraverso cui adempiere all’obbligo di osservare le disposizioni della Convenzione non conferisce loro il potere di annullare o di eludere gli effetti delle sentenze della Corte. Il contenuto delle sentenze della Corte non deve essere “ripensato” (*umgedacht*) nell’ambito del sistema costituzionale di recepimento in modo tale da privarle del loro significato e della loro finalità.

La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo si articola in un vero sistema che organizza l’uso della forza, incentrato su una Corte che ha il potere di rilevare e sanzionare le violazioni dei diritti. La loro effettività non è rimessa, come per i diritti naturali, alla volontà politica dello Stato-nazione, ma è giuridicamente garantita da un apparato burocratico, la Corte e il Comitato dei Ministri, che sorveglia sull’esecuzione delle sue sentenze. Il sistema della Convenzione non crea un sovrano, non realizza il weberiano monopolio della forza a danno degli Stati membri; non cancella formalmente la sovranità degli Stati che l’hanno sottoscritta, ma, attraverso il principio di sussidiarietà, la funzionalizza. Gli Stati diventano attori insostituibili del nuovo ordine: devono seguire la concretizzazione che dei diritti della Convenzione fa la Corte e garantirne in prima persona l’effettività. Si crea dunque una rete di vincoli e di interdipendenze: gli Stati sono sovrani, ma, aderendo alla Convenzione, hanno abdicato il loro potere di rifiutarsi di riconoscere i diritti previsti dalla Convenzione e, finché saranno membri del Consiglio d’Europa, saranno condannati, se non li rispettano, a risarcire il soggetto i cui diritti sono stati violati, a prescindere dalla sua nazionalità. Inoltre, in conseguenza della condanna, saranno tenuti a eliminare la causa che ha portato alla violazione del diritto, che non di rado è una legge approvata dal Parlamento rappresentante del popolo sovrano (se non addirittura, come sta succedendo nel caso della Russia, una parte della Costituzione dichiarata non soggetta a revisione). Sempre nell’opinione dissenziente in *Inseher c. Germania*, Paulo sottolinea:

68. Se l’interpretazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Legge fondamentale in modo conforme alla giurisprudenza della Corte non può comportarne una limitazione di protezione, la stessa Legge fondamentale non può essere abusivamente utilizzata per diminuire il livello di tutela garantito dalla Convenzione al ricorrente. Nei loro ordinamenti interni, le Parti Contraenti possono spingersi oltre il livello di tutela di diritti umani accordata dalla Corte al ricorrente, ma non possono, ai sensi dell’articolo 53 della Convenzione, operare al di sotto di tale livello [minimo] di protezione.

---

<sup>4</sup>È questo meccanismo che ha spinto il Regno Unito a procedere alla vera e propria rivoluzione dell’adozione dello *Human Rights Act* del 1998 che, non a caso, all’art. 2, rubricato “Interpretation of Convention rights”, recita che “(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) *judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights*”.

Questa costruzione era inevitabilmente destinata a diventare conflittuale in un momento storico in cui in molti paesi europei si è affermata un'onda sovranista che ha portato a rivendicare l'illegittimità di ogni limitazione della sovranità statale, *rectius* del potere della maggioranza politica esistente, anche quando le limitazioni, in linea con la tradizione costituzionale, nascono dai diritti fondamentali degli individui. L'attività della Corte, il progressivo estendersi, anche sotto il pungolo di Paulo, del suo ambito di intervento, ha, in altre parole, riproposto la centralità di quello che Pietro Costa (2005) ha definito "un vero rompicapo per i teorici del diritto". La sovranità del popolo è una sovranità hobbesiana-rousseauviana: «se il sovrano va incontro a qualcosa che lo limita, è questo qualcosa il vero sovrano. La sovranità è per definizione illimitata, ma altrettanto indisponibili e assoluti vogliono essere i diritti fondamentali degli individui». Ma in un ambiente costituzionale i diritti soggettivi hanno una funzione "anti-maggioritaria", resa chiara dall'avvento delle costituzioni rigide dopo gli orrori degli Stati totalitari, spesso nati dalle scelte della maggioranza degli elettori, e, successivamente, dal diffondersi dell'idea che le parti delle Costituzioni che enunciano i diritti non sono eliminabili neppure con le procedure di revisione costituzionale.

Il lavoro di questi anni di Paulo, le sue opinioni dissenzienti e quelle concorrenti insieme al suo incessante impegno per diffonderle in tutta l'area della Grande Europa, ai suoi continui interventi non meramente a difesa del ruolo della Corte, ma miranti alla sua valorizzazione e, non ultimo, al grande lavoro svolto per creare una rete tra la Corte EDU, la Corte Interamericana e le Corti costituzionali, rappresentano la chiara indicazione della meta di un *Judicial Bill of Rights* tendenzialmente capace di essere a un tempo universale e attento alle differenze. Gli scritti e gli interventi di Paulo delineano il quadro di un nuovo costituzionalismo senza Stato, un costituzionalismo sovra-nazionale incentrato sulla tutela giurisdizionale dei diritti delle persone.

La connotazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo come *living instrument*, mi ha sempre richiamato alla mente la suggestiva analogia tra la costruzione giurisprudenziale di uno spazio costituzionale europeo, portato avanti dalla Corte EDU con calma e decisione, e la vicenda secolare della costruzione della Costituzione non scritta del Regno Unito così come ricostruita da Albert Venn Dicey nel suo celebre testo *The Law of the Constitution*, che rappresenta la prima sistematizzazione del diritto costituzionale inglese<sup>5</sup>. Anzi, si può dire che questo testo ha inventato il *diritto* costituzionale inglese: esso chiarì che discutere della costituzione del Regno Unito significava discutere di *diritto*, affermando una cosa che, all'epoca, era tutt'altro che scontata.

Il primo dato che rende questa comparazione capace di indicare un suggestivo percorso da proseguire è che, secondo la ricostruzione di Dicey, quella del Regno Unito è una costituzione costruita non da un potere sovrano, da un potere costituente, ma dal potere giudiziario, a partire da basi consuetudinarie. Sintomatico è che essa abbia il suo perno nel *rule of law*. Questa nozione è normalmente considerata equivalente e quasi sinonima a quella di "Stato di diritto". Però, si differenzia da essa per il, non trascurabile, dato che non fa riferimento allo Stato e alla sovranità che esso incarna, ma semplicemente al "governo del diritto" e cioè, secondo Dicey, alla tutela giurisdizionale dei diritti. In ossequio alla concezione austriana, che dominava il diritto inglese di fine Ottocento, Dicey, infatti, non considera "diritto costituzionale" tutte le disposizioni che regolano i poteri statali e i loro rapporti, che normalmente fanno parte delle costituzioni scritte: relega le disposizioni che si occupano dei cosiddetti "assetti costituzionali" al ruolo di "convenzioni costituzionali". La cosa non sorprende dato che, per Austin (1885, tr. it., 83, 179, 188, 268-269), l'intero "diritto costituzionale", in effetti, non è "diritto" ma "moralità positiva". Dicey distingue, dalle convenzioni costituzionali, la tutela dei diritti fondamentali ("dell'inglese nato libero", per usare la retorica tradizionale dell'epoca) che, essendo opera delle Corti giudiziarie, considera diritto in senso stretto. Sostiene che la creazione giurisprudenziale dei diritti dà un senso alla strana, tradizionale, idea che in Gran Bretagna "the constitution *had not been made* but has grown", vale a dire che essa è un "living instrument".

Quello che ha angustiato Paulo nell'ultimo scorcio del suo mandato è che questo strumento vivente, questo progetto di *Judicial Bill of Rights* in continua evoluzione, è oggi in balia delle onde e costretto a stare sulla difensiva, abbandonato di tanto in tanto anche dalle Corti Costituzionali nazionali. L'emergere dei sovranismi si è inserito, infatti, in un percorso che dura ormai da almeno

---

<sup>5</sup> Immagino che questo parallelo non piaccia troppo a Paulo. Anche nell'opinione dissenziente di *Ilseher* (§§ 90-1) esprime la sua diffidenza di giurista continentale per la concezione di *common law* del principio di legalità e abbiamo più volte discusso sul fatto se veramente la decisione del caso *Hutchinson* rappresenta, come ribadisce ancora una volta in questa opinione, un passo indietro nella tutela dei diritti degli ergastolani.

un paio di decenni che ha trasformato radicalmente la retorica della cittadinanza. A partire dall'inizio dell'Ottocento, i paesi dell'Europa, soprattutto quelli dell'Europa dell'Ovest, hanno vissuto quasi due secoli caratterizzati dalla progressiva inclusione sociale e politica delle classi più povere. Quelle che ancora nel Settecento erano considerate le classi pericolose sono diventate lentamente, attraverso l'estensione del suffragio, parte integrante del *demos* che esercita la sovranità politica e, piano piano nel corso del Novecento, attraverso le politiche del *Welfare state* diventano titolari di un paniere di diritti sempre più vasto. La potenza dello Stato era legata alla capacità di sviluppare politiche di cittadinanza inclusiva, fondate sulla progressiva espansione delle fasce della popolazione ammesse a godere dei diritti e dei servizi sociali. Ma dopo due secoli nel corso dei quali si è percepito il ruolo della politica come quello di gestire un gioco in cui tutti i giocatori alla fine della partita sarebbero stati felici e contenti grazie al progresso economico, scientifico e sociale, a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, si è cominciata a diffondere la percezione che i beni da dividersi sono in progressiva inarrestabile riduzione. Per la prima volta dall'inizio della modernità, nel mondo nord-occidentale per le nuove generazioni è venuta meno la prospettiva di condurre una vita migliore dei loro genitori e dei loro nonni. Oggi danno anzi per scontato che la loro vita sarà peggiore e più difficile. In questa situazione si è sviluppata la sensazione di vivere in un gioco a somma zero, se non addirittura ad esito negativo: ognuno vive come se le risorse destinate a qualcun altro fossero sottratte a lui stesso e non come un investimento che alla fine farà stare meglio tutti. Si vive con la convinzione di dover assolutamente ridurre i danni che subiremo nella nostra vita, anziché gestire i vantaggi che avremo.

Il welfare state aveva fatto sì che nelle democrazie opulente, i ricchi, gli abbienti, i benestanti, che sono sempre esistiti, ma che in passato erano minoranza, diventassero maggioranza. Questo dato, come ha sostenuto John Kennet Galbraith (1992), aveva trasformato a poco a poco le liberal-democrazie nord-occidentali in "dittature di una classe soddisfatta" che, non più costretta a difendere i propri privilegi favorendo il ricambio sociale, poteva permettersi l'immobilismo e rifiutarsi di dividere le risorse con i nuovi poveri. Con l'avvento della globalizzazione e la conseguente diffusione della percezione che il proprio benessere è a rischio, dalla dittatura di una classe soddisfatta si è passati alla *dittatura di una classe spaventata* che sta completando, a tappe forzate, la trasformazione delle società democratiche da società caratterizzate dalla progressiva "estensione del potere economico e sociale a chi non lo ha" (Du Bois 1924, tr. it. 251) a società caratterizzate dalla progressiva esclusione sociale e politica di larghe fasce di individui, in primo luogo dei migranti. Alle politiche di inclusione sociale si sono sostituite quelle che fanno perno sulla marginalizzazione di fette rilevanti della popolazione. Il governo delle società europee si basa dalla fine del secolo scorso sulla creazione di una sottoclasse, più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale e, *in conseguenza della sua esclusione*, per la sicurezza fisica e patrimoniale dei cittadini.

In questo contesto la Corte è progressivamente emersa come una minaccia per il nuovo stile di governo. Ci si è resi conto che essa era stata il perno di un capovolgimento epocale, mai esplicitamente tematizzato, del criterio di attribuzione dei diritti nel continente europeo.

Il diritto internazionale ha sempre dato per pacifico che nella sovranità di ogni Stato rientra il potere di decidere i criteri di ammissione alla sua comunità: come scrive Seyla Benhabib (2004), su questo, nelle democrazie, decidono gli inclusi, i cittadini, e gli esclusi, gli stranieri, non hanno voce in capitolo. A partire dall'introduzione del ricorso individuale alla metà degli anni novanta del secolo scorso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è chiamata pronunciarsi sempre più spesso sul mancato riconoscimento di diritti a cittadini stranieri, a individui, cioè, che non sono cittadini degli Stati che hanno firmato la convenzione, e a cittadini che, come nel caso dei detenuti, gli Stati, ritenendoli non meritevoli, hanno deciso di escludere da molti dei diritti di cittadinanza (a partire da quelli sociali per arrivare sino al diritto di voto, come dimostra la lunga *querelle* tra la Corte e il Regno Unito, la cui estensione era stato il simbolo dell'era della democrazia includente).

Le pronunce della Corte evidenziano che la ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ha aperto una crepa nella triade diritti-nazione-Stato, perno indiscusso della cittadinanza moderna e quindi del criterio di attribuzione dei diritti agli individui.

In effetti il titolo stesso della Convenzione è un ossimoro apparentemente indice di megalomania. L'ossimoro nasce dal fatto che la Convenzione è Europea, è stata aperta alla ratifica dei soli Stati europei, ma garantisce i "Diritti dell'Uomo". Tutto bene se questa indicazione dei diritti

tutelati fosse meramente tipologica: la Convenzione, tra tutti i diritti esistenti, tutela solo quelli che considera “Diritti dell’Uomo”, che elenca. Ma non è così. L’indicazione non è solo tipologica, ma definisce anche l’ambito di competenza: la Convenzione, e la Corte che le dà concretezza, intendono sì garantire i “Diritti dell’Uomo”, come sono denominati quelli riportati nella Convenzione stessa, ma mirano anche a garantire i “Diritti dell’Uomo” nel senso che hanno l’obiettivo di garantirli a ogni essere umano e non solo ai cittadini dei paesi che l’hanno sottoscritta. Di qui l’ossimoro e la megalomania: una convenzione europea, quindi con la vigenza in un ambito geografico molto limitato, pretende di garantire i diritti in modo universale.

Questo ossimoro megalomane (che sospetto sia inconsciamente piaciuto tanto a Paulo) non conferisce il potere a chiunque, in qualsiasi parte del mondo, consideri violato un suo diritto previsto dalla Convenzione di proporre ricorso davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Una soluzione di questo genere non rispetterebbe l’ambito “europeo” di validità della Convenzione; ammesso pure, per assurdo, che la Corte possa far fronte a tutti i ricorsi che le arriverebbero, gli Stati non appartenenti al Consiglio d’Europa non avrebbero alcun dovere di rispettare le sue decisioni.

L’ossimoro e la megalomania si compongono nell’art. 34 della Convenzione, rubricato *Ricorsi individuali*, che recita:

La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un’organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’esercizio effettivo di tale diritto.

La Corte quindi non ha competenza universale: i diritti riportati dalla Convenzione non sono sempre azionabili da tutti gli esseri umani, pur essendo attribuiti a tutti gli esseri umani. L’astratta attribuzione diviene possibilità di proporre ricorso, quindi la tutela del diritto diviene effettiva, solo quando a violare il diritto sia uno degli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, ovunque avvenga la violazione e qualsiasi essere umano sia il soggetto vittima della violazione. Nella misura in cui il diritto è una situazione giuridica, una pretesa o una immunità (Hohfeld 1953, Ross 1958, 149-159) per tutelare la quale l’ordinamento giuridico attribuisce la possibilità di rivolgersi a un giudice, i diritti previsti dalla Convenzione esistono, cioè sono azionabili, solo quando a violarli siano i funzionari di uno Stato firmatario della Convenzione stessa.

E’ evidente il capovolgimento nella logica del riconoscimento dei diritti: questi non sono attribuiti in base all’appartenenza a una nazione, concretizzatasi in uno Stato: la possibilità di azionarli non dipende dal potere conferito da uno Stato a un soggetto individuale appartenente alla comunità politica che esso rappresenta, a un suo cittadino. Il diritto si concretizza, conferisce il potere di agire in giudizio, quando l’essere umano, suo titolare, a prescindere dalla propria nazionalità, è vittima dell’esercizio di un potere da parte di uno degli Stati firmatari della Convenzione. Per la prima volta al carattere universale dei diritti corrisponde la possibilità concreta e sistematica della loro giurisdizionalizzazione a prescindere dallo Stato di appartenenza e dalla sua volontà di inclusione, purché la violazione venga compiuta a opera di uno degli Stati che hanno aderito alla Convenzione: paradossalmente è l’azione di escludere da un diritto che lo rende effettivo.

Nel nuovo orizzonte, determinato dall’attività della Corte, la configurazione del soggetto e del suo rapporto con l’ordine politico-giuridico non è più netta e univoca, in quanto definita dalla sua appartenenza allo Stato-nazione, ma diventa, si potrebbe dire, situazionale, cambia a seconda di chi viola i suoi diritti previsti dalla Convenzione. Fino a oggi era lo Stato che conferiva il carattere universale, spesso dando concretezza alle previsioni della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, fatta dall’ONU nel 1948, a alcuni dei diritti che estendeva anche ai non cittadini. Il carattere rivoluzionario del mutamento operato dalla Convenzione è stato celato dal fatto che la sua sottoscrizione è formalmente un atto di questo genere: un atto con cui lo Stato conferisce valenza universale ad alcuni dei diritti che riconosce. Quindi con la ratifica della Convenzione sul piano formale non è successo nulla di nuovo, nulla di dirompente. Ma in effetti si è capovolta la prospettiva. La Convenzione non prende proprio in considerazione il criterio della cittadinanza di appartenenza per attribuire i diritti: questi sono attribuiti sulla base della nazionalità di chi li viola, o dovrebbe impedire la loro violazione, e non su quella della nazionalità dei titolari. Questo dato ha messo in moto un meccanismo che, da un lato, ha sottratto agli Stati il controllo dei diritti che la Convenzione *effettivamente* riconosce: è infatti la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che, come ricordato,

definisce il contenuto normativo del testo e quindi i diritti che da esso sono attribuiti. Dall'altro, ha anche privato gli Stati del controllo dei soggetti ai quali questi diritti sono riconosciuti, perché il loro effettivo riconoscimento è completamente slegato dalla volontà dello Stato di includere, spesso, anzi, dipende dall'esercizio del potere esercitato per escludere. Gli Stati si sono spogliati del potere di stabilire se uno specifico diritto spetta o meno a un determinato soggetto: se la Corte riconoscerà quel diritto a un determinato soggetto "marginalizzato", in un determinato momento, dipende dalla circostanza che uno Stato aderente al Consiglio abbia negato a qualcuno quello stesso diritto, derivante dalla Convenzione.

In questo quadro, per citare per l'ultima volta l'opinione dissenziente in *Ilmseher*, 130. Non sorprende che i politici si muovano agli estremi margini del rispetto della Convenzione, o addirittura oltre questo limite, e si oppongono ai valori della Convenzione e alle sentenze della Corte in modo polemico, se non apertamente demagogico, per ottenere un sostegno politico da questo o quell'elettorato. Se i diritti umani hanno uno scopo principale, esso è proprio quello di servire come "carte vincenti" che proteggono i diritti fondamentali degli individui dalle azioni oppressive di maggioranze poco avvedute. Ciò è particolarmente vero nel caso di minoranze facilmente manovrabili, come prigionieri o migranti. I politici che emergono da queste maggioranze dovrebbero rispettare i diritti umani internazionali in generale e la Convenzione in particolare, poiché ogni funzionario dello Stato è vincolato dalle norme sui diritti umani e la Convenzione contribuisce a promuovere uno "sviluppo europeo congiunto dei diritti fondamentali".

L'ondata dei sovranismi ha cercato, e tutt'ora cerca, di mettere in discussione che i diritti fondamentali, per dirla con Dworkin (1977, 319), rispondono a una logica anti-utilitaristica per cui «se qualcuno ha diritto a qualche cosa, allora è sbagliato da parte dello Stato negargliela anche se nell'interesse generale sarebbe più utile agire così». La Corte EDU e il sistema imperniato su di essa rappresentano invece lo strumento istituzionale costruito per impedire che uno Stato della grande Europa possa scordarsi di questo cardine del costituzionalismo<sup>6</sup>.

Grazie a questo strumento si è creata una forbice tra i diritti effettivamente riconosciuti ai soggetti marginalizzati e i diritti che, è possibile ipotizzare, dovrebbero essere loro attribuiti secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questa situazione ci riporta per molti versi alle origini del pensiero liberale, alla Rivoluzione francese, quando il discorso dei diritti nasceva da una distinzione di piani: il piano del fondamento e il piano della realizzazione. Allora il fondamento dei diritti era offerto dalla legge di natura, e si voleva che lo Stato, la nazione, assumesse il compito di renderli effettivi. L'attività della Corte EDU rende questo dualismo non è più, come allora, un dualismo schmittiano tra piano morale universale e piano giuridico, del concreto ordinamento statale. Il fondamento dei diritti non rinvia, infatti, alla legge di natura, ma all'interpretazione che la Corte è stata chiamata a dare di un documento giuridico positivo, una convenzione sottoscritta da quarantasette Stati europei. Questo iato apre lo spazio giuridico per una "lotta per i diritti", per riformulare e smitizzare la famosa espressione di Rudolf von Jhering. I diritti non si configurano, come quelli attribuiti dallo Stato ai cittadini, come l'articolazione di un ordine esistente, ma come strumenti, pretese giuridiche, per soddisfare esigenze che l'ordine statale, anche di una pluralità di Stati, vigente è incapace di soddisfare.

A differenza della situazione odierna, il conflitto, iniziato tra fine Settecento e inizio Ottocento, ma poi proseguito fino al conferimento del suffragio universale e alla creazione di un *welfare state* quasi universalistico (per i cittadini), era una lotta politica condotta con metodi normalmente non formalizzati e non di rado violenti. Oggi il fondamento giuridico dei diritti rivendicati, le norme della Convenzione, e l'esistenza della Corte fanno sì che almeno una parte del conflitto sia proceduralizzato e avvenga secondo regole giuridiche.

---

<sup>6</sup> E' proprio per la centralità di questo punto teorico che ho scelto di inserire in questo volume il saggio in cui sostengo che è in contrasto con il sistema convenzionale la scelta del Parlamento italiano, fortunatamente non ripetuta per i successivi episodi analoghi, di negare l'autorizzazione a procedere contro il ministro degli interni per il sequestro di persona dei migranti sulla nave militare Diciotti. Si tratta di un chiaro caso di esercizio della sovranità statale, della volontà della maggioranza, in violazione dei diritti fondamentali delle persone (per di più non cittadini).

Il riconoscimento dei diritti operato dalla Convenzione non ha certo risolto il problema della mancanza dei diritti dei soggetti marginalizzati: ha semplicemente aperto una strada perché essi possano proceduralizzare le loro rivendicazioni. Percorrere questa strada non è cosa semplice: la strada è lunga e tortuosa, le regole stabilite per seguirla spesso si rivelano impraticabili e quindi molti soggetti marginalizzati non si vedranno mai riconosciuti i propri diritti. A questo si deve aggiungere che la possibilità di proceduralizzazione del conflitto rappresentata dalla *chance* di portare davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo uno Stato per la supposta violazione dei propri diritti non può certo ovviare all'estrema debolezza della soggettività politica e sociale delle persone marginalizzate. Essa sarà anzi resa impervia in primo luogo da fattori come sfruttamento, violenza, mancanza di capitale culturale e sociale ecc.. Il canale che si è aperto non è certo la panacea per ogni forma di ingiustizia, ma semplicemente un modo nuovo per poter combattere attraverso il diritto alcuni conflitti e una fonte di risorse a cui attingere per vincere questi conflitti.

Paulo ha dedicato la sua vita, e sono sicuro che continuerà a farlo, a tracciare questa strada e a stimolare, con insistenza che sicuramente a volte è stata considerata eccessiva, tutti a percorrerla. Questo libro, oltre che un ringraziamento per averlo fatto, è un invito a proseguire la sua opera, naturalmente insieme a lui qualsiasi sia il ruolo che assumerà.

Austin J.

1885, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, London, Murray, tr. it. Bologna, il Mulino, 1995.

Benhabib S.

2004, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge U.P., tr. it. Milano, Cortina, 2006.

Costa P.

2005, *La cittadinanza: un 'geschichtlicher Grundbegriff'?*, in S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, FrancoAngeli, pp. 251-62.

Du Bois W.E.B.

1924, *The Gift of Black Folk: The Negroes in the Making of America*, Boston (Mass.), tr. it. solo cap. 4 in W.E.B. Du Bois, *Sulla linea del colore. Razza e democrazia negli Stati Uniti*, Bologna, 2010.

Dworkin R.

1977, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, tr. it. Bologna, il Mulino, 1982.

Galbraith J.K.

1992, *The Culture of Contentment*, Harmondsworth, Penguin Books.

Hohfeld W.N.

1923, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*, New Haven, Yale University Press.

Ross A.

1958, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, tr. it. Torino, Einaudi, 1990.