

## CAPITOLO PRIMO

### CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E SISTEMA CEDU

SOMMARIO: 1. L'«altro diritto europeo» della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 2. La funzione dei privati nel sistema convenzionale CEDU. — 3. Situazioni giuridiche soggettive come nozioni autonome. — 4. Nozioni autonome e funzione creativa della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il problema del *law-making power*. — 5. Sulla finalità e sul metodo dell'indagine

#### 1. — L'«altro diritto europeo» della Corte di Strasburgo.

*«Guardata un poco da lontano, e vista dall'alto, l'Europa ha tutta l'apparenza di un "giardino di Lady Nordwood" dei diritti. Ci sono diritti di ogni specie e di ogni qualità. Diritti civili e politici. Diritti economici, sociali e culturali. Diritti di tutti gli uomini; diritti dei (soli) cittadini degli Stati nazionali; diritti dei (soli) cittadini della Comunità europea; diritti degli stranieri. Diritti della donna. Diritti dei lavoratori. Diritti del nascituro, del bambino, degli anziani. Diritti degli handicappati. Diritti degli omosessuali. C'è il diritto di cambiar sesso. C'è il diritto alla vita e c'è, perlomeno in fieri, il diritto dell'uomo, quando si trovi condannato ad un male inesorabile alla perdita e decoro e dignità, a una morte che, senza sofferenze, ponga fine a quel suo inutile calvario senza speranza [...]. C'è il diritto di sapere, ma anche quello di non far sapere. Spicca al di sopra di un panorama affollato di diritti il principio d'eguaglianza, il quale non solo è tradizionalmente considerato un confine all'arbitrio del potere, ma soprattutto marca la differenza, per così dire ontologica, tra diritti e privilegi fino a diventare un sinonimo di giustizia»<sup>(1)</sup>.*

In specie la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sotto forma di diritti individuali, racchiude al suo interno le norme che consacrano i «valori fondamentali della collettività degli Stati contraenti»<sup>(2)</sup>. La C.E.D.U. imprime agli ordinamenti giuridici gli *standard* minimi di tutela dei diritti in essa garantiti<sup>(3)</sup>. Si riconosce alla Convenzione un carattere

---

<sup>(1)</sup> M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa*, Padova, 2000, p. 3 ss.

<sup>(2)</sup> Testualmente C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, 2001, p. 249.

<sup>(3)</sup> Cfr. F.G. JACOBS, R.C. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 1996, p. 20, per cui lo scopo e la ragione costitutiva della Convenzione E.D.U. è da rinvenire nella volontà di creare: «*an independent legal order for the protection of individuals*». Si ve-

di sussidiarietà <sup>(4)</sup> rispetto al sistema normativo degli Stati membri. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, infatti, non nasce per ricevere un'applicazione uniforme negli ordinamenti dei diversi Stati che hanno sottoscritto il Trattato <sup>(5)</sup>. La C.E.D.U. non impone una soluzione comune a tutte le nazioni aderenti.

È lasciato, invero, agli organi nazionali, giudiziari e non solo, il ruolo primario nella garanzia dei diritti in esso riconosciuti <sup>(6)</sup>. La Convenzione opera solo nel momento in cui le giurisdizioni o le legislazioni interne

---

da anche sul punto Commissione, decisione del 11 gennaio 1961, *Austria c. Italia*, in *Ann. IV*, 1961, p. 139.

<sup>(4)</sup> Sul criterio di sussidiarietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo cfr. G. BARBAGALLO, G. RAIMONDI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1891, per cui il sistema di protezione delineato dalla Convenzione si fonda su un'interazione tra i principi sovranazionali contenuti nel testo convenzionale e la loro attuazione ad opera della Corte, e l'applicazione dei principi convenzionali ad opera degli Stati e dei loro organi giurisdizionali. Nonché si legga B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, p. 42 ss.

<sup>(5)</sup> Si legga sul punto H. PETZOLD, *The convention and the principle of subsidiarity*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The european system for the protection of human rights*, Dordrecht, 1993, p. 60 ss.

<sup>(6)</sup> Il meccanismo previsto dalla Convenzione che permette al singolo di adire direttamente la Corte europea ha l'effetto di creare un sistema di implementazione degli stessi diritti riconosciuti nella Convenzione. Questo effetto riconosciuto al sistema è evidenziato soprattutto dagli autori che tendono a riconoscere a quest'ultima la funzione di garanzia costituzionale ai diritti fondamentali in essa riconosciuti. Si veda in questo senso J. POLAKIEWICZ, *The Status of the Convention in national law*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe*, Oxford, 2001, p. 33, per cui il Trattato in esame: «*is designed to protect individuals against improper actions by their own national authorities*». In questo senso si veda anche F. SUDRE, *L'Europe des droit de l'homme. L'Europe et le droit*, in *Droits*, 1991, 14, p. 105, il quale qualifica la C.E.D.U. come: «*vertabe charte constitutionnelle de la grande europe*». Parla di «*constitution européenne en matière de liberté*» J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 35. *Contra* alla riferita lettura che fa della C.E.D.U. una sorta di carta costituzionale dei diritti dell'uomo H. GOLSONG, *Interpreting the Europe Convention on human right beyond the confines of the Vienna Convention of the law of treaties*, in R. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, 1993, p. 147. Per una lettura intermedia tra le precedenti citate cfr. M. DE SALVIA, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in J.F. FLAUSS, M. DE SALVIA, *La Convention européenne des droits de l'homme: développement récente et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, p. 69, per il quale la C.E.D.U.: «*n'est pas, d'un point de vue technique, vraiment assimilable à une cour constitutionnelle. Mais il n'est pas totalement inconcevable qu'à l'avenir elle puisse encore se rapprocher davantage de cette variété de juridiction constitutionnelle*».

non si facciano garanti, o non lo siano in maniera sufficiente, dei diritti fondamentali della persona <sup>(7)</sup>. È in dette ipotesi che l'intervento dell'organo di giurisdizione C.E.D.U. si rende possibile <sup>(8)</sup>.

Gli autori del Trattato in esame hanno difatti usato – nel momento in cui operarono la selezione dei diritti e delle libertà protetti dalla Convenzione – il criterio della loro giustiziabilità. Gli stati sottoscrittori, invero, con il Trattato C.E.D.U. hanno compiuto una precisa scelta. Attraverso la Convenzione, infatti, non si è inteso garantire tutti i diritti già proclamati dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 <sup>(9)</sup>. Si è operato selettivamente per individuare diritti e libertà, la cui scelta è stata realizzata non solo come mediazione tra gli Stati sottoscrittori <sup>(10)</sup>. La selezione dei diritti e delle libertà contenuta nella C.E.D.U. è avvenuta anche sul grado di giustiziabilità di ognuno di essi.

Non per tutti i diritti già riconosciuti nella Dichiarazione del 1948, infatti, sarebbe stato sempre possibile attuare una protezione di carattere giudiziario su base individuale <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Ricorda S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007, p. 9, che il controllo della Corte sull'obbligo gravante sugli Stati di membri di assicurare il risultato di conformità delle regole nazionali ai diritti e le libertà proclamate nella Convenzione: «può essere stimolato anche con ricorso individuale al giudice europeo da parte di ogni 'persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli' (art. 34 C.E.D.U.)».

<sup>(8)</sup> Si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Il giudice interno 'primo' organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in L. CALASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, p. 190 ss., il quale ricorda come la relazione diretta esistente tra il giudice europeo, garante della Convenzione, e i singoli individui destinatari delle garanzie riconosciute nella Convenzione, sia mitigata proprio nel sistema della C.E.D.U. dal principio di sussidiarietà che fa dei giudici nazionali i primi garanti del sistema di diritti dalla convenzione individuato.

<sup>(9)</sup> Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

<sup>(10)</sup> Tra i quali, come è facile supporre, non è stato comunque semplice raggiungere un accordo.

<sup>(11)</sup> Si veda in questo senso della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani i seguenti articoli, che come detto non sono riprodotti nella C.E.D.U. cfr. art. 6: «ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica»; art. 21: «ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti. Ogni individuo ha diritto di accedere in

## 2. — *La funzione dei privati nel sistema convenzionale CEDU.*

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo i singoli vigilano sulla corretta applicazione delle norme <sup>(12)</sup>.

A prescindere dalla propria cittadinanza, ogni individuo oltre ad essere il beneficiario del sistema di diritti e libertà previsti dalla Convenzione, è anche autorizzato ad attivare il meccanismo di garanzie in essa regolato <sup>(13)</sup>.

La scelta fatta è stata quella di riconoscere ai singoli la facoltà di potere adire un organo sopranazionale al fine di far valere l'inosservanza degli obblighi assunti dallo Stato sottoscrittore del Trattato, ed ottenere in quella stessa sede la riparazione del pregiudizio subito <sup>(14)</sup>.

La possibilità attribuita ad un soggetto privato di ricorrere in caso di violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione europea – previo esaurimento dei ricorsi interni <sup>(15)</sup> – ad una procedura giurisdizionale in-

---

condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese. La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione»; art. 22: «ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; art. 27: «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore»; art. 28: «ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati».

<sup>(12)</sup> Il riferimento è al ruolo degli individui nel sistema in esame esaltato dall'introduzione dell'art. 34.

<sup>(13)</sup> I singoli, nel sistema in esame, sono dotati di una personalità giuridica internazionale (anche se limitata), in ragione della possibilità di mettere in moto i meccanismi di accertamento della violazione dei diritti e delle libertà C.E.D.U.

<sup>(14)</sup> Così M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999, p. 31.

<sup>(15)</sup> L'art 34 C.E.D.U. prevede il ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo; l'art. 33 C.E.D.U., invece, prevede la forma classica dal punto di vista internazionale del ricorso interstatale, in cui il singolo individuo è solo indirettamente interessato. Si veda F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, p. 95 ss., il quale sostiene che il ricorso individuale rappresenti una delle forme più progredite in

ternazionale è dato sicuramente pieno di valore dal punto di vista della diffusione e della socializzazione dei diritti di cui si lamenta la lesione. L'internazionalizzazione e la costituzionalizzazione di garanzie processuali, marcia, infatti, parallelamente alla loro effettiva fruibilità <sup>(16)</sup>. La tutela di un diritto è, infatti, apprestata con effettività quando la realtà economico-sociale, la collettività ed i singoli si adeguano, attraverso i loro comportamenti, al rispetto dei principi fondamentali contenuti nella disciplina di una specifica situazione giuridica soggettiva <sup>(17)</sup>.

La scelta operata dalla Convenzione sull'indivisibilità dei diritti rende la stessa il luogo dove l'unica esigenza riconosciuta sia la protezione effettiva dei diritti e delle libertà in essa consacrate <sup>(18)</sup>.

Si è prediletta, quindi, una concezione di tutela globale dei diritti, garantiti contro ogni Stato democratico che li viola <sup>(19)</sup>.

---

tema di tutela di diritto dell'uomo, ed ha incontrato non poche resistenze da parte degli Stati nazionali che possono vedersi condannati quando sono riconosciuti responsabili di violazioni.

<sup>(16)</sup> Sul valore sociale della tutela processuale apprestata alle situazioni giuridiche soggettive, si veda E. VITTA, *Processo civile e diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 571.

<sup>(17)</sup> In questo senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 34 ss.

<sup>(18)</sup> È possibile invero constatare come la protezione europea dei diritti fondamentali comprenda oramai, oltre che i diritti dell'uomo e del cittadino per così dire tradizionali, diritti che appartengono all'individuo in quanto attore della scena economica. Solo per inciso si fa rilevare come tale constatazione, se rafforza la scelta sopra indicata, solleva nel contempo i delicati problemi di equilibrio fra i diritti. Anche se la Corte, nel suo consolidato orientamento, fa della ragione economica un principio che non può prevalere sul rispetto della dignità della persona umana.

<sup>(19)</sup> Tanto è vero che la C.E.D.U., nel suo interno, non compie neanche la tradizionale distinzione operata proprio dai Patti delle Nazioni Unite tra i diritti che sono considerati civili e quelli politici, ai quali si affiancano i diritti economici, i diritti sociali e culturali. Come del pari la Convenzione non inquadra i suoi diritti nella sistematica tipica che perviene dagli ordinamenti nazionali, la quale è solita ripartire il diritto tra pubblico, civile, commerciale ed amministrativo. Non può esistere infatti, come afferma proprio la Corte europea, nessun sbarramento fra i diversi diritti garantiti dalla Convenzione. La nuova logica giuridica che soggiace alla Convenzione e del pari caratterizza la giurisprudenza della sua Corte, fa del diritto europeo il luogo dove si stemperano le differenze delle tradizionali partizioni del diritto. L'organo giurisdizionale C.E.D.U. ha, infatti, messo da tempo in evidenza il carattere indivisibile dei diritti dell'uomo.

3. — *Situazioni giuridiche soggettive come nozioni autonome.*

Nell'interpretare il contenuto delle disposizioni della C.E.D.U. la Corte di Strasburgo applica, in linea di massima, il principio di autonomia, secondo il quale i diritti e le libertà garantiti devono essere intesi nel significato da attribuire loro nel contesto della Convenzione e non mediante semplice riferimento al diritto nazionale.

Sarebbe impossibile far dipendere l'applicabilità di una disposizione della C.E.D.U. dalle qualificazioni giuridiche che di essa vengono date nei diversi ordinamenti degli Stati contraenti.

Le nozioni autonome permettono agli organi di Strasburgo di determinare il campo di applicazione della C.E.D.U. e di controllare la conformità alla Convenzione dell'interpretazione nazionale di certe nozioni. Concetti giuridici che, separati dal diritto interno, devono interpretarsi nel contesto della Convenzione alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Il diritto interno, in questo senso, non è altro che un punto di partenza dell'elaborazione giurisprudenziale.

L'argomento delle nozioni autonome nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, è collegato a quello del margine di apprezzamento. Quest'ultimo si pone rispetto al primo in un rapporto speculare. Tanto più cresce il margine di apprezzamento che la Corte riconosce in una determinata materia ad uno Stato, tanto più diminuisce lo spazio per l'elaborazione di una nozione autonoma in campo convenzionale.

Il c.d. margine di apprezzamento è criterio utilizzato dalla Corte per valutare la sussistenza della necessità di restringere l'esercizio di un diritto o di una libertà. La dottrina del margine di apprezzamento statale si rifà ad un atteggiamento della Corte europea qualificato di *self-restraint*, riferendosi allo spazio in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra. Detto margine è attribuito a tutti gli Stati aderenti ed è identificabile con quella area di confine la cui esistenza si indaga prima di arrivare a dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla C.E.D.U. realizza una concreta violazione della Convenzione stessa.

Ragionare in termini di margine di apprezzamento significa riconoscere una sorta di *limes* tra le misure di limitazione ammesse ai diritti fondamentali riconosciuti, e quelle non.

Le prime sono interne al confine tracciato proprio dal margine di apprezzamento, dove è ammessa la discrezionalità dello Stato anche in termini di compressione dei diritti fondamentali; le seconde sono eccedenti tale margine e pertanto costituiscono violazioni della Convenzione.

La linea di demarcazione delle due zone è necessariamente (oltre che assolutamente) mobile. È pertanto possibile che lo Stato comprima diritti qualificati come fondamentali. Perché ciò sia ammissibile è necessario, però, che sia rispettata una certa proporzionalità fra misura adottata in concreto e gli scopi previsti dalla stessa <sup>(20)</sup>.

I giudici di Strasburgo, quindi, posti di fronte ad una misura statale che sembra porsi in contrasto con la Convenzione, possono anche astenersi dal giudicare. Ciò in quanto lo stesso sistema C.E.D.U. permette agli Stati di fare ricorso ad un apprezzamento relativamente alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalle Convenzioni.

La Corte è, quindi, il soggetto deputato a rintracciare il giusto equilibrio tra il sacrificio imposto all'individuo nell'interesse generale e la necessità di imporlo per la salvaguardia di quella collettività. Comunità di riferimento, quest'ultima, che è luogo di garanzia dei diritti di tutti nel possibile conflitto tra gli obblighi assunti dagli Stati in forza della loro adesione alla C.E.D.U., e la loro stessa sovranità.

Il principale problema che si viene a creare è proprio quello di conciliare un'interpretazione uniforme della Convenzione europea con un criterio di relatività che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei paesi aderenti alla C.E.D.U. nel senso indicato. In questo ambito si colloca la preoccupazione di una protezione dei diritti che potrebbe assumere un carattere disomogeneo o variabile.

Si teme cioè che il riconoscimento del margine di apprezzamento possa determinare un problema di uniformità di applicazione della Convenzione stessa, con la conseguente creazione di differenze fra gli Stati. Infatti, a seconda della diversa intensità del margine di apprezzamento in una stessa materia, la medesima disposizione convenzionale potrebbe avere più o meno forza di penetrazione negli ordinamenti interni. Di qui

---

<sup>(20)</sup> Il compito della Corte consiste nel verificare se le misure adottate a livello nazionale si giustifichino fin dal principio e siano proporzionate. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis*, in *Riv. int. dir. um.*, 1993, p. 512.

il ricorso alle nozioni autonome. Anche le situazioni giuridiche soggettive elaborate dalla Corte sono qualificabili in termini di nozioni autonome.

4. — *Nozioni autonome e funzione creativa della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il problema del law-making power.*

La formazione del diritto convenzionale C.E.D.U. è per molta sua parte di origine giurisprudenziale <sup>(21)</sup>.

Per la Corte C.E.D.U., come per molti altri organismi giurisdizionali internazionali <sup>(22)</sup> esiste il problema – sollevato da alcuni autori – di quale sia la reale natura della funzione creativa innegabilmente attribuibile alla sua giurisprudenza (di cui, tra l'altro, l'elaborazione delle nozioni autonome e quindi anche la qualificazione delle situazioni soggettive sono la massima dimostrazione).

Si pone il problema se l'elaborazione delle nozioni autonome ad opera dalla Corte C.E.D.U. sia espressione di una funzione discrezionale connessa all'attività giurisdizionale, oppure sia dimostrazione dell'esercizio di un vero e proprio *law-making power*, che farebbe di questa curia un soggetto capace di esercitare un potere normativo ad essa non espressamente attribuito.

Si afferma che i giudici di Strasburgo eserciterebbero un vero e proprio potere normativo sostitutivo o comunque equivalente a quello degli Stati sottoscrittori, tutte le volte che con le loro pronunce procedono all'integrazione del lacunoso sistema C.E.D.U.

Il riconoscimento di un *law-making power* in capo alla Corte europea si fa quindi derivare dalla natura incompleta di ogni ordinamento supranazionale, compreso quello convenzionale in esame <sup>(23)</sup>.

La stessa astrattezza insita nelle definizioni dei diritti e delle libertà fondamentali presenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

---

<sup>(21)</sup> Così N. SCANNICCHIO, *La specificità del diritto privato*, cit., p. 100.

<sup>(22)</sup> Il riferimento è alla Corte di Giustizia europea.

<sup>(23)</sup> È un problema questo che riguarda anche il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo all'interno della C.E.D.U. si veda in questo senso G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts. How to interpret the ECHR*, in *Eu. jour. int. law*, 15, 2004, p. 278 ss.

avrebbe contribuito a generare lo sviluppo della funzione normativa in capo alla sua Corte.

La giurisprudenza in esame creerebbe, quindi, norme giuridiche ogni volta che essa applica una disciplina incompleta e incoerente presente nel sistema legale dove opera, oppure integra norme definite in termini astratti.

Il ricorso all'elaborazione delle nozioni autonome ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo è, infatti, letta come un suo atto di illegittima attività legislativa <sup>(24)</sup>. La presupposizione dell'esistenza di tale potere ha suscitato molte reazioni ostili, sia sotto il profilo politico sia sotto quello scientifico <sup>(25)</sup>.

Come viene fatto rilevare da più parti, il presunto *law-making power* dei giudici in esame non è esplicitamente previsto dalla Convenzione in esame. È logico, infatti, che il potere normativo risieda in capo agli Stati sottoscrittori della Convenzione. Nessuna norma, in essa positivamente posta, permette una lettura diversa che riconosca alla Corte detta funzione. Del pari le sue pronunce non costituiscono per la stessa precedente.

I giudici nazionali, poi, sono chiamati per primi a dare attuazione la Convenzione ed il ricorso al Corte è solo di ultima istanza, quando il paese

---

<sup>(24)</sup> G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280: «a climate of hostility towards judicial creativity surrounds the role of the European Court of Human rights to interpret the European Convention on Human rights. Many people are uncomfortable with the idea of international judges deciding controversial matters that affect national governments. Other more passionate advocates of democracy dislike the judicial branch altogether because judges are unelected and accountable to nobody. Strasbourg judges have no friends among moral sceptics either: if human rights have non objective moral standing then the ECtHR merely exercises a power to impose the subjective preferences of a small group of people dressed in black robes».

<sup>(25)</sup> Si veda per le critiche alla Corte di Giustizia, H. RASMUSSEN, *La Corte di Giustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Commissione delle CE, Lussemburgo-Bruxelles, 1983, p. 203: «la missione della Corte di Giustizia avrebbe dovuto essere quella di una giurisprudenza che veglia al rispetto della legittimità nell'ambito della Comunità. La Corte è invece divenuta, grazie a un'interpretazione integrazionista sistematica delle norme giuridiche dei Trattati, l'infaticabile 'voce della coscienza' di una volontà politica di integrazione che andava indebolendosi nel corso degli anni. La Corte ha trasformato le visioni contenute nel preambolo del Trattato, e nelle sue disposizioni preliminari in fonti di diritto. Così facendo essa è intervenuta regolarmente e probabilmente troppo spesso al posto del legislatore comunitario»; per quelle alla Corte europea P. MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. rights. law jour.*, 194, 1998, p. 6 ss: «the open textured language and the structure of the Convention leave the Court significant opportunities for choice in interpretation; and attitudes in society, the Court makes new law».

membro ed i suoi organi giurisdizionali non sono stati in grado di garantire una tutela sufficiente dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione.

Nulla vieta, infatti, ai giudici nazionali nelle loro pronunce di dare dei diritti e delle libertà riconosciute dalla C.E.D.U. un'interpretazione più ampia e maggiore di quella che di essi fornisce la Corte. L'interpretazione dell'organismo giurisdizionale in esame costituisce il minimo di tutela da garantire al catalogo dei diritti fondamentali, sotto il quale non è possibile scendere da parte degli Stati aderenti. E proprio per questo fatto che le sentenze della Corte europea non possono costituire precedente nel senso tecnico del termine.

Da quanto detto si deduce che ai giudici di Strasburgo non appartiene un vero e proprio *law-making power*. Ciò nonostante l'ampio potere discrezionale che si ricava la curia nella sua attività è visto come un comportamento – se non proprio contrario alle norme – almeno ai limiti della legalità <sup>(26)</sup>.

Vi è però un vizio di fondo nella lettura data all'attività della Corte.

Elaborare principi o nozione autonome appartiene alle competenze proprie giurisdizionali, non è espressione di un potere normativo <sup>(27)</sup>. *In primis* è la peculiare struttura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che attribuisce un ruolo di particolare creatività alla sua Corte.

I diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quasi nella loro totalità, si caratterizzano per essere concepiti in maniera tale da sfuggire ad una definizione troppo precisa del loro contenuto. Proprio detta scelta redazionale attribuisce così il compito di circoscriverne l'oggetto alla interpretazione giurisdizionale, che sarà chiamata a farlo alla luce della fattispecie concreta.

La funzione delle norme sui diritti fondamentali, infatti, è quella di tradurre i valori riconducibili alla dignità della persona umana in enunciazioni, che per loro stessa natura non possono che essere astratte e generali. Tale necessitata astrattezza insita nelle definizioni dei diritti e delle

---

<sup>(26)</sup> Si veda M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *Brit. year book int. law*, 1981, p. 129 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 ss. che ricorda che il potere di elaborare principi rientra nel competenza giudiziale.

libertà fondamentali non è però sinonimo di imprecisione supposta delle norme che la prevedono.

Nel sistema designato dalla C.E.D.U., che racchiude il catalogo dei diritti rappresentanti il nucleo proprio della legalità costituzionale europea, la norma non è infatti fine a se stessa. Essa al contrario, proprio per come astrattamente costruita, permette l'enucleazione del diritto applicabile alla fattispecie concreta <sup>(28)</sup>. Il diritto comune europeo in tema di diritti fondamentali dell'uomo scaturisce dall'interpretazione giudiziaria delle disposizioni contenute nella C.E.D.U. La Convenzione in esame ne costituisce solo il punto di partenza.

Diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione E.D.U. sono redatti e pensati sì da costituire dei veri e propri parametri di valutazione, attraverso i quali misurare i valori di cui il Trattato è portatore.

Proprio partendo dalle norme intese come termini di confronto, la Commissione europea e la prima Corte europea hanno, fin dall'inizio della loro attività elaborato un vero e proprio diritto giudiziario, inteso come diritto interpretato che abbraccia tutti i settori tradizionali della stessa Convenzione.

La C.E.D.U., per la sua Corte, è strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle contemporanee condizioni di vita <sup>(29)</sup>.

La caratteristica essenziale della Convenzione è infatti il dinamismo e lo sviluppo ininterrotto dei principi in essa fissati attraverso l'attività ermeneutica.

L'idea che la giurisprudenza crea diritto quando applica una disciplina incompleta e incoerente non appartiene solo al diritto internazionale <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Ancora M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 32, il quale precisa poi a p. 75: «gli Stati aderenti alla C.E.D.U. hanno di fatto conferito al suo organo giurisdizionale il compito di elaborare un diritto dei diritti dell'uomo che possa dirsi loro comune, proprio attraverso l'interpretazione e l'applicazione giurisdizionale del parametro convenzionale».

<sup>(29)</sup> La Convenzione è «uno strumento vivo da interpretare [...] alla luce delle condizioni di vita attuali», si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 1993, *Sigurður Sigurjónsson/Iceland*, in *Racc.*, 1993, p. 264.

<sup>(30)</sup> Il riferimento è a G. GAJA, voce *Principi del diritto* (diritto internazionale), *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 533 ss., il quale afferma che la Corte svolge un ruolo creativo come anche altre corti internazionali e degli arbitri.

Il problema, di fatto, ha investito anche gli ordinamenti nazionali i quali per loro natura, o comunque rispetto a quelli sopranazionali, dovrebbero godere di un carattere di maggiore completezza.

Si pensi in questo senso al contenuto dell'articolo 12 cpv. delle disposizioni preliminari al codice civile italiano, il quale espressamente sancisce la necessità del ricorso ai principi generali quali strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune <sup>(31)</sup>.

Usando solo a titolo di esempio l'ordinamento italiano, ben si può vedere come la giurisprudenza e la dottrina abbiano elaborato principi generali quali «la buona fede», «l'ingiustificato arricchimento», «la risarcibilità del danno» e così via pur facendo riferimento ad un ordinamento nazionale che per sua natura dovrebbe essere completo, o comunque non incompleto quanto potrebbe essere un ordinamento sovra nazionale <sup>(32)</sup>.

Autorevolmente si afferma <sup>(33)</sup> che sia un falso problema proprio quello di misurare il grado di completezza di un ordinamento giuridico. L'incompletezza riguarda tutti gli ordinamenti <sup>(34)</sup>.

Non esiste un sistema legale che in quanto tale possa dirsi completo, a prescindere dalla sua natura di ordinamento nazionale o sopranazionale. Il linguaggio giuridico, infatti, per sua stessa natura non può essere completo ed esaustivo di ogni implicazione che da esso possono derivare. Il legislatore nella redazione delle proposizioni normative espresse è solito non trarre tutte le conseguenze normative che sono da esse desu-

---

<sup>(31)</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 457.

<sup>(32)</sup> Per una panoramica dei principi elaborati in materia di diritto civile, A. PINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. Disp. Prel.)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I, p. 633 ss. e ciò sia che detti principi siano formulati a partire da una particolare disposizione, sia che vengano elaborati in modo diverso.

<sup>(33)</sup> N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 360 ss.

<sup>(34)</sup> Si legga R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 125 ss., per cui è proprio il legislatore a chiedere agli interpreti di integrare la legislazione attraverso i principi generali. Cfr. anche E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212. Sul tema degli strumenti per superare le lacune del diritto si veda N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 419 ss.; R. GUASTINI, voce *Lacune dl diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Torino, 1993, p. 269 ss.

mibili. È rimessa proprio al metalinguaggio del giudice e della dottrina più in generale la funzione di completare il linguaggio del legislatore.

Perché nel sistema legale internazionale che nasce dalla C.E.D.U. dovrebbe accadere qualcosa di diverso da quello che accade in un ordinamento interno, rispetto all'esercizio dell'attività discrezionale del giudice che svolge una funzione *maientica* nei confronti al senso o polisenso delle proposizioni normative?

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al pari dei giudici nazionali, non elabora concetti quali le nozioni autonome per ragioni che sono dipendenti dal maggiore o minore grado di completezza/incompletezza del sistema in cui operano.

La ragione del ricorso a queste figure deve essere evidentemente ricercata in logiche diverse da quelle della necessità di dare completezza ad un ordinamento che non sia tale.

La formulazione delle nozioni autonome devono quindi essere ricondotte alla manifestazione di un potere in capo alle *Corti* che è squisitamente giudiziario e non legislativo: «è probabile, infatti, che [per il sistema C.E.D.U.] – come è accaduto per gli ordinamenti nazionali di *civil law* – si sia vista una «funzione normativa» là dove [invece] c'è la discrezionalità riconosciuta solitamente al giudice»<sup>(35)</sup>.

Nei casi sopra indicati i giudici europei del sistema C.E.D.U. non diventano legislatori, ma esercitano il potere giurisdizionale che è proprio della funzione che svolgono<sup>(36)</sup>. Nulla altro di più.

<sup>(35)</sup> Testualmente R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, cit., p. 69, nonché sul punto si veda A. PINO, *La ricerca giuridica*, Padova, 1996, in particolare il capitolo XVII, p. 375 ss. dedicato alla attività giurisdizionale.

<sup>(36)</sup> È questa l'opinione U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309. Sulla differenza tra «creatività» dei giudici e funzione legislativa cfr. V. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 774 ss. Ancora R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, cit., p. 67, ricorda come la Corte di Giustizia sia caratterizzata sicuramente da una discrezionalità particolarmente ampia, che gli deriva dall'essere giudice costituzionale e insieme giudice di ultima istanza. Ricorda A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea* in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Le permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 4, che debba essere: «opportunosamente richiamato, per la testimonianza sulla disattenzione della dottrina per lo studio dell'interpretazione, il pensiero dell'ultimo dei grandi pandettisti secondo cui «pochi capitoli della dottrina giuridica erano così arretrati rispetto alla prassi

5. — *Sulla finalità e sul metodo dell'indagine.*

La Corte di Strasburgo, anche grazie alla presenza del ricorso individuale *ex art.* 34 C.E.D.U., è soprattutto il giudice dei comportamenti degli Stati, molto di più di quanto sia arbitro dei rapporti giuridici sottostanti.

L'organo giurisdizionale C.E.D.U. è essenzialmente il «garante costituzionale di un ordine pubblico europeo»<sup>(37)</sup> così come desumibile dalla Convenzione stessa.

Lo Stato, infatti, è l'unico destinatario delle pronunce emesse dalla Corte. Questi, in forza dell'adesione, non può né sottrarsi agli esiti del procedimento né contrastare l'avvio del meccanismo di garanzia previsto dal Trattato stesso.

In forza di tale iniziale riflessione ed in ragione della seguente ulteriore premessa, l'analisi che segue – diretta ad individuare la natura delle situazioni giuridiche soggettive della Convenzione, nonché l'ordine metodologico utilizzato dalla giurisprudenza della sua Corte per la loro individuazione – si svolgerà intorno a due diverse linee.

Primariamente si sottolinea come i diritti presenti nella C.E.D.U. sono diritti fondamentali per gli Stati ad essa aderenti.

Affermazione, questa, tanto non controvertibile quanto scontata. È fatta, però, allo scopo di effettuarne un'altra.

Quando si parla di situazioni giuridiche soggettive – oggetto dell'intero lavoro che si sta realizzando – è noto che l'espressione non si riferisca soltanto ai diritti pieni, come può essere di una sua particolare pienezza un diritto fondamentale.

O meglio, quando nel sistema in esame avviene l'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte, non sempre questo significa attribuzione di un nuovo diritto fondamentale che nasce negli interstizi dell'interpretazione che la stessa giurisprudenza compie.

Rintracciare l'esistenza di posizioni individuali diverse da quelle di diritto fondamentale non è semplice, sebbene è possibile dire che la Cor-

---

come quello dell'interpretazione: *l'ermeneutica giuridica è oggi caduta in discredito, e non senza sua colpa*». Il riferimento è F. REGELBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 140.

<sup>(37)</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 marzo 1995, *Loizidou/Turchia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

te, nella sua attività, elabori nozioni a cui apprestare tutela diverse dai diritti fondamentali garantiti nella Convenzione.

Per individuare la natura delle situazioni giuridiche contenute nella C.E.D.U. non forniremo un elenco della evoluzione della sua giurisprudenza relativamente ad ogni articolo della Convenzione. Non verranno trattate molte delle norme contenute nel Trattato.

La selezione effettuata è sicuramente incompleta, ma cerca di rispondere ad una esigenza precisa. Nelle pronunce che hanno ad oggetto la maggior parte degli articoli della Convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo non tocca espressamente la questione delle situazioni giuridiche soggettive. Spesso la stessa si concentra sulla qualità dei soggetti che si reputano titolari del diritto di riferimento.

Si pensi alla giurisprudenza della Corte sul diritto alla vita di cui all'art. 2 C.E.D.U. ed alla questione su chi debba essere considerato persona. O meglio quando si possa iniziare a parlare di soggetto di diritto <sup>(38)</sup>. Oppure, si rifletta intorno alla nozione di famiglia. Essendo garantito nell'art. 8 C.E.D.U. il diritto al rispetto della vita familiare e presupponendo l'esistenza di una famiglia, la Corte si adopera a definire le situazioni che in tale nozione rientrano. Famiglia, così, finisce per riferirsi non solo alle relazioni esistenti nell'ambito di quella definita legittima – fondata cioè sul matrimonio – ma anche alle relazioni esistenti fra i componenti il gruppo designato come famiglia naturale, o come

---

<sup>(38)</sup> Si veda per una ricostruzione sul punto M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999, p. 111: «quantunque non si possa ancora parlare di interpretazione consolidata, data in particolare l'assenza della giurisprudenza della Corte europea, la nozione di ogni persona sembra riferirsi solo ad una persona già nata. In uno dei rari casi in cui il problema è stato posto (decisione Commissione, n. 8416/79, dr 19, 244) si è dovuto stabilire quale fosse il momento in cui si può dire che inizi la vita e se il nascituro possa essere titolare di un diritto protetto dalla C.E.D.U. Tutto ciò con riferimento ad una ipotesi di interruzione volontaria della gravidanza. È stato ritenuto che, la vita del feto essendo intimamente legata alla vita della donna incinta, se si dovesse sostenere che il feto possiede un diritto assoluto alla vita, se ne dovrebbe dedurre che l'interruzione della gravidanza non sarebbe ammissibile neanche nell'ipotesi di pericolo della madre. Si è concluso, pertanto, che l'interruzione della gravidanza decisa al fine di evitare un grave pregiudizio alla salute fisica e mentale della donna, deve essere considerato come una limitazione implicita alla vita del feto, al fine di proteggere la vita e la salute della donna».

unione di fatto <sup>(39)</sup>. La nozione di famiglia sulla quale riposa questa disposizione comprende anche, in assenza di coabitazione, il legame tra un individuo e suo figlio, legittimo o naturale <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Ciò non significa, tuttavia, che si possa affermare l'esistenza di un obbligo per lo Stato di attribuire alle coppie non sposate uno statuto analogo a quello delle coppie sposate; così come che si possa esigere l'instaurazione di un regime speciale per una categoria particolare di coppie non sposate. In tema di rispetto della vita familiare, ciò che ha importanza è la realtà biologica e non le presunzioni legali. In questi termini Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon e altri/Olanda*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 384, per cui: «il rispetto della vita familiare esige che la realtà biologica e sociale prevalga su una presunzione legale contraria sia ai fatti accertati che gli auspici delle persone interessate, senza in realtà giovare a nessuno».

<sup>(40)</sup> Uno degli aspetti centrali dell'interpretazione giudiziaria della nozione di vita familiare è rappresentato dalla relazione tra figli e genitori. Si veda sul punto Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 1988, *Berrehab/Olanda*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, III, p. 146: «la nozione di famiglia sulla quale riposa l'art. 8 comporta che un bambino nato da tale unione si inserisca a pieno titolo in tale relazione; pertanto, dal momento e per il solo fatto della sua nascita esiste tra lui e i suoi genitori anche se questi non coabitano in quel momento, un legame costitutivo di una vita familiare». A parere della giurisprudenza della Corte lo Stato è chiamato ad agire in modo da permettere al legame tra genitore e figlio di svilupparsi. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme, infatti, realizza uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare. Numerose sono quindi gli interventi giurisprudenziali legati alla delicata problematica delle situazioni di rottura dell'unità familiare o di difficoltà del nucleo familiare, in special modo per quanto attiene all'affidamento dei minori. Innanzi alle richiamate situazioni di crisi la Corte afferma che l'ipotesi dell'affidamento di un bambino alla pubblica autorità non pone fine alle relazioni familiari naturali. Nel caso in cui, poi, lo Stato debba procedere ad una separazione tra il bambino e la famiglia di origine al fine di rendere possibile un migliore sviluppo fisico e psichico del minore stesso, allora, proprio il diritto al rispetto della vita familiare implica un preciso dovere per le autorità statali ad adottare le misure destinate a riunire il figlio ai genitori. L'interesse del minore, inoltre, prevale su quello del genitore. Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen/Norvegia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, p. 675: «la Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità interne per disciplinare la custodia di bambini da parte della pubblica amministrazione e i diritti dei genitori di tali bambini, bensì di valutare sotto il profilo della Convenzione le decisioni che hanno reso nell'esercizio del loro potere discrezionale [...]. Il margine di discrezionalità così lasciato alle competenti autorità nazionali varierà secondo la natura delle questioni in causa e la gravità degli interessi in gioco [...]. Di conseguenza, la Corte riconosce che le autorità godono di un ampio margine per valutare la necessità di prendere in custodia un bambino, ma occorre esercitare un controllo più rigoroso sia sulle ulteriori restrizioni che su quelle apportate dalle autorità ai diritti e alle visite dei genitori e sulle garanzie destinate ad assicurare l'effettiva protezione dei diritti di genitori e figli al rispetto della loro vita familiare». L'immigrazione, poi, porta ulteriori problematiche al tema affrontato: le coppie miste e l'allontanamento dei

Queste tipologie di pronunce non forniscono elementi utili alla ricostruzione che si va compiendo.

Si realizzerà, pertanto, una selezione della giurisprudenza C.E.D.U. solo in alcuni settori significativi dove appare più eloquente il metodo di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte. La volontà è quella di rintracciare i momenti in cui la giurisprudenza C.E.D.U. sembra far ricadere nella nozione di diritto fondamentale situazioni giuridiche che negli ordinamenti degli Stati non corrispondono ad una nozione *piena* di diritto. Ciò dovrebbe permettere di riflettere sul metodo di qualificazione delle situazioni giuridiche che utilizza la Corte C.E.D.U. Questa spesso ricomprende nella nozione di un diritto fondamentale, previsto dalla Convenzione, posizioni giuridiche diverse da un diritto pieno. Si pensi al caso del diritto all'informazione ambientale e l'interpretazione dell'art. 8 C.E.D.U.

Riferimento per l'indagine, nel senso di utilità evidenziato, sarà allora anche il significato di diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.

L'art. 8 e l'art. 1 Prot. 1, offrono spunti significativi dell'opera metodologica che realizza la Corte nella sua attività. Nell'una e nell'altra norma la giurisprudenza europea comprende situazioni individuali che nella maggior parte degli ordinamenti interni non si collegano a posizioni giuridiche *piene*.

Questo accade invece quando queste situazioni individuali sono strumentali alla realizzazione, anche attraverso la garanzia dell'accesso all'azione innanzi alla Corte, proprio dei diritti riconosciuti dal Trattato. L'esempio tipico in questo senso è il significato attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo all'espressione obblighi e diritti civili di cui all'art. 6 C.E.D.U.

---

cittadini stranieri che hanno legami familiari con il paese di residenza. Il principio generale quello per cui il rispetto della vita familiare non può essere interpretato in modo da imporre agli Stati un obbligo di rispettare la scelta della loro residenza comune da parte di coppie sposate e di permettere il ricongiungimento familiare sul suo territorio. A proposito dell'espulsione di uno straniero condannato per aver commesso dei reati con legami familiari nel paese di residenza, occorre determinare se il provvedimento di espulsione abbia rispettato un giusto equilibrio tra il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita privata e familiare e, dall'altro, la protezione dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati. Si veda in questo senso Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1997, *El Boujaïdi/Francia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 221.

Per suffragare questa affermazione si procederà, quindi, all'identificazione delle questioni oggetto dell'attività procedimentale (diritti ed obblighi di natura civili) alle quali dovranno essere applicate le garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Al fine di incentivare il mantenimento e la promozione del principio del giusto processo delineato dal Trattato – identificato dalla giurisprudenza della sua Corte come integrante l'ordine pubblico oggettivo – i giudici europei dei diritti dell'uomo sembrano voler realizzare un costante ampliamento delle situazioni soggettive che consentono l'azione nel sistema di garanzia delineato dal Trattato.

Le pronunce della Corte in tema di art. 6 C.E.D.U. divengono rilevanti ai nostri fini perché dalle stesse si possono desumere posizioni giuridiche soggettive connesse, ma diverse, dal diritto fondamentale che essa è chiamata ad esaminare ed a promuovere. La Corte ha proceduto, così, all'identificazione di situazioni soggettive in capo ai singoli che prima erano escluse dal novero di quelle che identificano la legittimazione alla richiesta del provvedimento di condanna della Corte, per violazione dell'art. 6 C.E.D.U.

L'altra linea d'indagine è sul significato di diritto fondamentale, partendo dalla considerazione che la natura fondamentale fa di tale diritto un qualcosa di peculiare. Questo è, invero, un diritto soggettivo, un diritto soggettivo pubblico, o piuttosto una categoria con dei caratteri di assoluta peculiarità che non può essere ricondotta immediatamente all'una o all'altra classificazione? Una riflessione di cosa si debba intendere per diritto fondamentale è utile per decriptare la funzione della Corte.

Naturalmente la Convenzione tocca, tra l'altro abbastanza frequentemente, anche molte questioni connesse alle materie penali. In queste pagine, però, non si affronteranno le problematiche correlate a questi aspetti.