

IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELLA CEDU E LE SUE RICADUTE INTERNE **

Sommario: 1. Delimitazione e scopo dell'indagine. - 2. Primo inquadramento dell'ambito di operatività del divieto di discriminazione nella Cedu. - 3. Carattere accessorio e profili di autonomia del giudizio: l'estensione dell'ambito di applicazione e la nozione di "diritti addizionali". - 4. (Segue) L'impiego della tecnica dell'assorbimento. - 5. L'analogia delle situazioni poste a confronto quale primo dei test in cui si articola il giudizio di eguaglianza. - 6. La giustificazione oggettiva e ragionevole della differenziazione. - 7. Il "nucleo duro" (prohibited budges) e l'onere della prova. - 8. Le prospettive di garanzia dell'eguaglianza sostanziale dischiuse dall'art. 14 Cedu e la dimensione procedurale del principio. - 9. Lo scrutinio stretto: i fattori per cui è assolutamente vietato discriminare; in particolare i gruppi vulnerabili e il richiamo ai tratti distintivi di una società democratica. - 10. Il carattere decisivo del giudizio di proporzionalità. - 11. Il margine di apprezzamento e il raggio variabile della sua latitudine. - 12. La verifica della sussistenza di un common ground e l'estensione della tutela convenzionale al di là del minimum.

1. Delimitazione e scopo dell'indagine

Il sindacato giurisdizionale reso sulla base dell'art. 14 Cedu assume dimensioni imponenti. L'esistenza di uno studio analitico ad ampio raggio, pubblicato nel 2012¹, ha suggerito di orientare il presente esame ad una ricognizione degli ultimi dieci anni di giurisprudenza della Corte europea, per verificare conferme e/o evoluzioni degli orientamenti lì descritti. Una prima indagine su tale arco giurisprudenziale, condotta attraverso il motore di ricerca della banca dati ufficiale della Corte (HUDOC), nonostante sia stata eseguita avvalendosi degli opportuni filtri – atti a comprendere le decisioni della Grande Camera e delle singole Sezioni e ad escludere le opinioni dissenzianti – ha fornito un risultato di 14 mila documenti, che co-

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.

** Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume a cura di C. Padula, dal titolo *Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*, che raccoglie gli Atti del Convegno svoltosi presso l'Università di Treviso (DiPIC) il 24 set. 2021, ES, Napoli 2022.

¹ G.P. DOLSO-F. SPITALERI, *sub* Art. 14 (Divieto di discriminazione), in S. BARTOLE - P. DE SENA - G. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Cedu*, Cedam, Padova 2012, 518 ss.

stituisce indubbiamente un numero ragguardevole. La mole dei giudizi da analizzare rimaneva apprezzabile, pur tenendo conto della provenienza dei casi dai ben 47 Paesi aderenti alla Convenzione, la totalità dei membri del Consiglio d'Europa e della circostanza che, per il medesimo caso, era possibile di frequente ritrovare una pluralità di documenti.

Si imponevano come inevitabili l'adozione di un criterio selettivo delle decisioni e la scelta di un angolo visuale – che non fossero al contempo troppo arbitrari – con cui avvicinarsi all'analisi della massiccia giurisprudenza. Come primo criterio, si è data la preferenza ai ricorsi che traevano origine da Stati dell'Occidente o del Nord europeo, nel convincimento (o presunzione) che, data la più lunga tradizione di protezione dei diritti che questi sono in grado di vantare rispetto ai Paesi dell'Est, tali ordinamenti partissero da una condizione iniziale simile al nostro nel fronteggiare le sfide poste dal principio di eguaglianza e che di conseguenza la giurisprudenza pertinente potesse essere più istruttiva dal punto di vista dell'ordinamento italiano. Si è tratta una legittimazione in questa direzione anche dal titolo della relazione ricevuta, che impone di soffermarsi sulle “ricadute interne”² del sindacato reso in virtù del principio di eguaglianza.

Secondariamente, si sono privilegiate – senza perciò rinunciare allo sforzo di offrire una panoramica complessiva sugli indirizzi della Corte europea – le controversie in cui si lamentassero disparità di trattamento derivanti da misure legislative, in quanto questa ipotesi è sembrata prestarsi ad una interessante ed istruttiva comparazione con il sindacato di legittimità costituzionale svolto in nome del principio di eguaglianza dal giudice costituzionale interno. Data la notoria criticità di tale tipo di giudizio per la salvaguardia delle scelte politiche assunte dal Parlamento nazionale, ben illustrata dal sindacato di ragionevolezza domestico, pareva a chi scrive che una simile questione si ponesse *a fortiori* ove all'origine della potenziale ingerenza si collocasse un'istanza giurisdizionale esterna all'ordinamento statale, quale tipicamente una Corte internazionale.

Per il resto, è stato necessario procedere a campione, ma la continuità del *legal reasoning* della Corte in materia ha consentito presto di isolare una serie di formanti giurisprudenziali, che nel corso dell'indagine verranno analizzati con l'intento di evidenziare gli strumenti messi a punto per salvaguardare l'autonomia decisionale degli Stati membri, in uno dei giudizi più delicati per il rispetto della sovranità delle autorità nazionali e in particolare per la discrezionalità politica del legislatore interno.

2. Primo inquadramento dell'ambito di operatività del divieto di discriminazione nella Cedu

Secondo un'asserzione pressoché costante dei giudici di Strasburgo, l'art. 14 Cedu costituisce un “complemento” delle altre previsioni sostanziali della Convenzione europea e

² Un primo inquadramento sull'argomento si trova in G. PARODI, “Le sentenze della Corte edu come fonte di diritto”. *La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Diritti comparati*, 28 nov. 2012.

dei Protocolli. Esso non ha un'esistenza indipendente, dal momento che produce effetti solamente in relazione al godimento dei diritti e delle libertà protetti da quelle previsioni³, assicurando che nella fruizione dei diritti e delle libertà salvaguardati dalla Cedu i destinatari non abbiano a subire discriminazioni e garantendo agli stessi uniformità di trattamento⁴. Tale natura *complementare*, che viene solitamente descritta come carattere "accessorio" del divieto di discriminazioni statuito nella Cedu⁵, non implica, come la Corte stessa chiarisce, che una violazione del principio di eguaglianza sussista *soltanto* in presenza di una lesione di un diritto convenzionale, ma vale unicamente a delimitare l'*ambito di applicazione* del precetto e di ricevibilità delle censure che su di esso si fondano, circoscrivendolo al solo terreno in cui entra in gioco qualcuno di tali diritti⁶. Nessun ricorso, di conseguenza, può essere fondato sulla sola invocazione dell'art. 14 Cedu, dovendo tale previsione essere richiamata dai ricorrenti sempre in combinato disposto con uno o più diritti sanciti dalla Convenzione del 1950, che nel linguaggio della Corte vengono definiti – piuttosto impropriamente – "diritti sostanziali" (*substantive rights*). Oltre che di clausola avente carattere complementare o accessorio, in dottrina si discute, nello stesso senso, di una natura *parassitaria* della previsione⁷.

Diversamente avverrebbe se entrasse in vigore anche per il nostro ordinamento il Prot. n. 12, che prevede un sindacato generalizzato su qualsiasi atto o comportamento statale, alla stregua del principio di eguaglianza, *al di là* dei confini segnati dall'area di godimento dei diritti convenzionali⁸. Al momento, tuttavia, detto Protocollo, siglato il 4 novembre 2000, entrato in vigore il 1° aprile 2005 al deposito della decima ratifica ed attualmente operante per venti Stati contraenti⁹, non è stato ratificato dall'Italia. L'intitolazione della parte della mo-

³ Ct.edu, *Beizaras e Levickas*, 14 mag. 2020, § 112: «Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions». La medesima formula è riportata costantemente: v. ad es. *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, 2 feb. 2021, § 127; *Guberina c. Croazia*, 22 mar. 2016, § 67, dove la Corte richiama «the relevant principles flowing from its case-law under Article 14 of the Convention»; *Dhahbi c. Italia*, 8 apr. 2014, § 39; *Alekseyev c. Russia*, 30 sett. 2010 (in cui si invoca l'art. 14 in relazione all'art. 11 Cedu), § 106; *B. c. Regno Unito*, 14 mag. 2012, § 33; Grande Camera, *Şahin c. Germany*, 8 lug. 2003, § 85.

⁴ Ct. edu, *Vajny c. Ungheria*, 12 mag. 2013, § 29 e *Hoffmann c. Austria*, 23 giu. 1993, § 31.

⁵ V. G.P. DOLSO-F. SPITALERI, *sub* Art. 14 (Divieto di discriminazione), cit., 520: gli AA. usano identicamente il termine "sussidiario" ad indicare la suddetta caratteristica, termine che tuttavia sarebbe preferibile riservare alla definizione di un diverso modo di operare del sindacato effettuato in relazione al principio in questione, attinente al profilo argomentativo, ben presente agli stessi AA. ed illustrato più avanti nel testo (*infra*, par. 8, nt. 23).

L'assioma illustrato, che viene espresso con formulazione quasi invariabile nella massiccia giurisprudenza della Corte, è stato per la prima volta fissato nel noto precedente *Caso linguistico belga*, 23 lug. 1968, § 9.

⁶ Ct. edu, *Vajny c. Ungheria*, cit., § 27: «Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of them». V. anche *Camp and Bourimi c. the Netherlands*, 10 mar. 2000, § 34.

⁷ Di «parasitic provision» discutono JACOBS, WHITE & OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2017, 554 s. e D. HARRIS, M. O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, 765.

⁸ Marcate ricadute se ne avrebbero sul piano dell'estensione ai diritti sociali secondo L. TRIA, *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, in www.europeanrights.eu, 2015, 21.

⁹ Albania, Andorra, Armenia, Bosnia ed Erzegovina, Croazia, Cipro, Finlandia, Georgia, Lussemburgo, Malta, Montenegro, Paesi Bassi, Nord Macedonia, Portogallo, Romania, San Marino, Serbia, Slovenia, Spagna e Ucraina.

tivazione dedicata al giudizio di eguaglianza nei seguenti termini “*Sulla dedotta violazione degli articoli 14 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 12 alla Convenzione*”, che si rinviene oggi spesso anche nelle cause in cui è parte il nostro Paese¹⁰, va considerata presumibilmente una clausola di stile, dovuta all’esigenza di uniformità delle motivazioni, quando non a mere prassi redazionali, e non comporta conseguenze sul piano del *decisum*, in cui viene rilevato esclusivamente – quando sia parte il nostro Stato, così come altri vincolati all’osservanza della Convenzione nei cui confronti il Protocollo non sia efficace – il mancato rispetto del divieto di cui all’art. 14 Cedu¹¹.

Va da sé che in teoria la ratifica di un simile Protocollo amplierebbe grandemente l’area assoggettata al vaglio della Corte, rendendo quest’ultimo privo dei limiti tematici attualmente operanti e consegnando all’istanza internazionale un tipo di controllo che si porrebbe integralmente come un “doppione” – laddove avesse ad oggetto disparità di trattamento derivanti da fonte legislativa – del sindacato di ragionevolezza attivo nel nostro ordinamento, amplificando le problematiche cui si è fatto cenno all’inizio di questa riflessione. Non pare un caso che il Protocollo sia entrato in vigore in quegli ordinamenti, prevalentemente dell’Europa dell’Est¹², in cui un rafforzamento del principio d’eguaglianza attraverso la soggezione ad un’istanza giurisdizionale internazionale, legittimata ad effettuarlo, può valere a compensare arretramenti o debolezze degli strumenti di garanzia di cui è possibile avvalersi in ambito domestico.

È vero, d’altro canto, che l’orientamento estensivo oggi invalso circa il controllo ex art. 14 Cedu – di cui si parlerà tra un momento – rende più difficile ravvisare anche nell’ordinamento italiano atti statali che attualmente sfuggano al raggio d’azione dei giudici di Strasburgo. La ragione della mancata ratifica del Prot. n. 12, ove la si volesse indagare, parrebbe risiedere allora nell’esigenza di non alterare eccessivamente il modello di protezione incentrato sulla Convenzione, teso a istituire una garanzia sovranazionale¹³ di un *minimum commune* di godimento dei diritti in Europa, da cui perciò dovrebbe a rigore considerarsi esulante tutto ciò che non è funzionale ad assicurare la protezione dei diritti convenzionali. Questa conclusione sembra particolarmente persuasiva in una fase storica in cui l’attivismo della Corte di Strasburgo ha suscitato iniziative di contenimento a più riprese nei Paesi più avanzati sul piano della tutela dei diritti fondamentali¹⁴.

3. Carattere accessorio e profili di autonomia del giudizio: l’estensione dell’ambito di applicazione e la nozione di “diritti addizionali”

¹⁰ V., per es., *M.C. e al. c. Italia*, 3 sett. 2013, § 92.

¹¹ V. § 103 della sentenza appena citata.

¹² V. nt. 9.

¹³ Per la differenza tra l’aggettivo internazionale e sovranazionale riguardo ad ordinamenti istituiti da trattati, cui lo Stato aderisce, v., significativamente, Corte costituzionale, sent. n. 348/2007, Punto 3.3. del *Cons. in dir.*

¹⁴ V. D. TEGA, *Politica e Corte EDU dopo la Conferenza di Copenaghen*, in *Quad. cost.*, 3/18, 715 ss. e *Id.*, *La Corte edu: processo e politica*, in *Federalismi*, 1/2019, 13.

Il necessario aggancio della lamentata violazione del principio di eguaglianza ad uno dei diritti proclamati nella Convenzione, in cui consiste il menzionato carattere accessorio dell'art. 14 Cedu, non va tuttavia inteso in termini rigorosi¹⁵, lasciando spazio al delinarsi di un certo grado di autonomia del relativo giudizio. In primo luogo, va considerata in questa luce la facoltà che i giudici di Strasburgo si riconoscono di correggere l'indicazione dell'articolo che di volta in volta compone il combinato disposto, effettuata dai ricorrenti¹⁶.

In secondo luogo, va rilevato che la garanzia del divieto di discriminazioni si può spingere al di là della portata dei singoli diritti convenzionali congiuntamente invocati in giudizio¹⁷, per abbracciare forme e livelli di tutela che esulano dal *minimum commune* di protezione assicurato nella "Grande Europa": viene in considerazione a questo proposito la categoria dei "diritti addizionali" – così definiti non del tutto propriamente dai giudici europei – che lo Stato ha autonomamente scelto di garantire.

Su queste basi, la Corte ritiene, ad esempio, che le prestazioni sociali, quali gli assegni alle famiglie numerose aventi basso reddito, rientrano tra le forme attraverso le quali lo Stato attesta il rispetto della vita familiare, ex art. 8 Cedu¹⁸. Nella causa *M.C. e al. c. Italia*, 3 set. 2013, altro caso di "sentenza-pilota" che investe il nostro ordinamento dopo la celebre sentenza *Torreggiani*, si precisa che nell'ambito di applicazione dell'art. 1, Prot. 1, annesso alla Cedu, rientrano non soltanto i beni attuali ma anche valori patrimoniali, ivi compresi «in situazioni ben definite i crediti». Ciò purché il titolare del credito dimostri che quest'ultimo «ha una base sufficiente nel diritto interno, per esempio che è confermato da una consolidata giurisprudenza», facendo sorgere perciò una legittima aspettativa (§ 77)¹⁹. Nel caso di specie se ne ricava che quasi tutti i 162 ricorrenti (con esclusione di 14 che non avevano mai presentato ricorsi interni) – affetti da HIV, epatite B o C, in seguito a trasfusione o somministrazione di emoderivati – nutrivano una legittima aspettativa alla rivalutazione annuale delle somme spettanti a titolo di indennità, sorta prima che su di essa incidesse negativamente il d.-l. n. 78/2010 (regolando nel merito le controversie pendenti e interrompendo l'esecuzione delle decisioni favorevoli nel senso della spettanza della rivalutazione) o in seguito alla sent. n. 293/2011 della Corte costituzionale, che aveva riscontrato una disparità di trattamento rispetto alle persone affette da sindrome di talidomide, alle quali era riconosciuta la rivalutazione in base al tasso d'inflazione.

¹⁵ Di «flexible "ambit" test» si discute in P. VAN DIJK- F. VAN HOOF - A. VAN RIJN - L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 1000.

¹⁶ Si veda il caso *M.C. e al. c. Italia*, 3 sett. 2013, § 94, in cui il giudizio di eguaglianza viene condotto rispetto all'art. 1, Prot. 1, sebbene i ricorrenti avessero invocato tale profilo di censura rispetto all'art. 2 Cedu.

¹⁷ «The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the Convention»: *B. c. Regno Unito*, cit., § 33.

¹⁸ *Dhahbi c. Italia*, cit., § 41; *Niedzwiecki c. Germania*, 25 ott. 2005, § 31; *Okpisz c. Germania*, 25 ott. 2005, § 32; *Fawsie c. Grecia*, 28 ott. 2010, § 28; *Saidoun c. Grecia*, 28 ott. 2010, § 29; nonché *Petrovic c. Austria*, 27 mar. 1998, §§ 27-29 sull'indennità di congedo parentale e *Weller c. Ungheria*, 31 mar. 2009, § 29, sull'assegno di maternità.

¹⁹ *Grande Camera, Kopecky c. Slovacchia*, §§ 42-52; *Agrati e al. c. Italia*, 7 giu. 2011, §§ 73-74; *Lecarpentier e al. c. Francia*, 14 feb. 2006, § 48; *S.A. Dangeville c. Francia*, 16 apr. 2002, § 48.

In altri termini, nell'intendere il requisito del necessario legame con una norma sostanziale, la Corte edu tende ad ampliare il raggio della sua giurisdizione, non limitandosi ad accertare le disparità di trattamento praticate nella fruizione delle situazioni giuridiche soggettive protette a livello convenzionale. Nelle sue stesse parole, «il divieto di discriminazione racchiuso nell'art. 14 si estende perciò al di là del godimento dei diritti e delle libertà (*beyond the enjoyment of the rights and freedoms*) che la Convenzione e i Protocolli annessi richiedono ad ogni Stato di garantire. Esso si applica anche a quei diritti addizionali, che rientrano entro l'ambito di applicazione di ogni articolo della Convenzione, che lo Stato ha volontariamente deciso di assicurare»²⁰. Per fare solo un ulteriore esempio, attingendo ad una vicenda molto nota, si potrebbe richiamare l'istituto della fecondazione eterologa, che la Corte ha reputato non discendente dal diritto alla vita privata e familiare sancito all'art. 8 Cedu, in quanto la donazione di seme o di ovuli evoca alte questioni morali che non possono che essere rimesse, nella piena discrezionalità che ad esso compete, al legislatore nazionale²¹: anche eventuali disparità di trattamento consumate in questo ambito, secondo la logica estensiva sopra descritta, potrebbero essere attratte nell'orbita del sindacato della Corte edu.

Il compito di garanzia della parità di trattamento che i giudici di Strasburgo si riconoscono si svincola così dall'esigenza di assicurare il godimento uniforme dei diritti protetti dalla Cedu e guadagna una marcata autonomia.

4. (Segue) L'impiego della tecnica dell'assorbimento

Un ulteriore aspetto da chiarire per ben intendere il carattere accessorio del giudizio sul divieto di discriminazioni rispetto alla garanzia dei diritti sostanziali della Convenzione consiste nel fatto che tale caratteristica del sindacato non esclude che una violazione dell'eguaglianza possa sussistere anche *in mancanza di un pregiudizio* arrecato a quei diritti, guadagnando da questo punto di vista ancora una volta un *rilievo autonomo*²². In questo senso, si può affermare che il legame tra il giudizio condotto alla stregua dell'art. 14 Cedu e quello relativo al rispetto degli altri diritti convenzionali sia di tipo genetico e non funzionale: è indispensabile per invocare il divieto di discriminazioni che il ricorrente lamenti anche la lesione di un altro diritto, ma il giudizio è ammissibile e prosegue indipendentemente dal riscontro positivo di una violazione delle connesse garanzie sostanziali che si intende rivendicare.

²⁰ *Guberina c. Croazia*, cit., §67. Analogamente, *ex multis*, Grande Camera, *E.B. c. Francia*, 22 gen. 2008, §§ 47-48; Grande Camera, *Carson e al. c. Regno Unito*, 16 mar. 2010, § 63; Grande Camera, *Biao c. Danimarca*, 24 mag. 2016, § 88 e da ultimo *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, cit., § 127.

²¹ V. Corte edu, *S.H. e al. c. Austria*, 3 nov. 2011.

²² Il rapporto tra autonomia e accessorialità del giudizio è reso in questi termini: «*Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of them*» (*Guberina c. Croazia*, cit., § 67; in senso analogo *Dhahbi c. Italia*, cit., § 39; *Van Raalte c. Paesi Bassi*, 21 feb. 1997, § 33; *Petrovic c. Austria*, cit., § 22; *Zarb Adami c. Malta*, 20 giu. 2006, § 42).

In breve, l'applicazione dell'art. 14 *non presuppone la violazione dello/gli specifico/i diritto/i richiamato congiuntamente, anzi tende a venire in rilievo solo quando la seconda è esclusa.*

Per ricostruire con maggiore precisione il rapporto intercorrente tra l'osservanza del divieto di discriminazione e la tutela dei diritti sostanziali, fin qui genericamente richiamato, merita di essere ripercorso il *trend* evolutivo subito dal sindacato della Corte, suscettibile di essere scandito in tre distinte fasi e contrassegnato da un'attenzione crescente alle valutazioni imposte dallo *screening* condotto alla luce del principio di eguaglianza.

In una prima fase, il *riscontro positivo* della violazione di un diritto sancito nella Convenzione finisce, come si diceva, per *precludere* solitamente – attraverso l'argomento tecnico dell'assorbimento – il sindacato sul rispetto dell'art. 14 Cedu. La natura complementare del giudizio si traduce in altri termini nel carattere *recessivo* dell'impiego del parametro in questione, che fa sì che esso assuma rilievo solo quando non sia riscontrata la violazione di altra norma convenzionale sostanziale. Così, in *Dhahbi c. Italia*, 8 apr. 2014, cit., si ammette che il rifiuto delle autorità di accordare al ricorrente un assegno familiare *non* abbia danneggiato la vita familiare del ricorrente – in quanto dall'art. 8 Cedu non discende per lo Stato un obbligo positivo di fornire l'assistenza economica in questione – per giungere poi a riconoscere la *sussistenza della discriminazione* in base alla cittadinanza (§ 40).

Tale rilievo residuale della censura sulla disparità di trattamento è stato reso nei termini del carattere "*sussidiario*" dell'art. 14 rispetto alle altre norme sostanziali²³.

L'assorbimento viene talora motivato spiegando che il profilo discriminatorio è già venuto in esame nell'accertamento relativo alla lesione del diritto principale. La tecnica dell'assorbimento della doglianza *ex art. 14 Cedu* è, in questo contesto, impiegata con ampiezza. Spesso, se il vaglio sul trattamento discriminatorio è stato esaurientemente effettuato in relazione ad un certo diritto, si assiste alla dichiarazione di assorbimento dello stesso tipo di censura *ex art. 14* avanzato con riferimento ad un diritto sostanziale diverso. In altri termini, non si assiste solo all'assorbimento del *test* di eguaglianza nel controllo del rispetto del diritto invocato congiuntamente ma, qualora i diritti connessi siano più d'uno, anche all'assorbimento delle censure in merito all'eguaglianza, rispetto al godimento di un certo diritto, all'interno dell'accertamento del rispetto del principio stesso applicato ad un diritto distinto²⁴.

Un'ipotesi del tutto peculiare è data dalle fattispecie in cui il trattamento discriminatorio sia insito *in re ipsa* nella lesione dell'interesse sostanziale rivendicato dal ricorrente: qui, del tutto al contrario rispetto allo schema consueto, l'*esclusione* di quest'ultima finisce di per

²³ V. G.P. DOLSO-F. SPITALERI, *sub Art. 14* (Divieto di discriminazione), cit., 520.

²⁴ V. *Guberina c. Croazia*, cit., secondo cui «*In the circumstances of the present case, the Court is of the view that the inequality of treatment of which the applicant claimed to be a victim has been sufficiently taken into account in the above assessment that has led to the finding of a violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. Accordingly, it finds that – while this complaint is also admissible – there is no cause for a separate examination of the same facts from the standpoint of Articles 8 and 14 of the Convention*» (§ 103).

Adde il caso *Mazurek c. France*, 1 feb. 2000, § 56.

sé per *precludere* anche ogni ulteriore lamentela in punto di eguaglianza. Il caso tipico è quello dell'invocazione dell'art. 3 Cedu per maltrattamenti subiti da una donna in ambito domestico, unitamente alla lamentata discriminazione in base al genere: nel caso *Rumor c. Italia*, 27 mag. 2014, l'intero ragionamento scandito dai giudici internazionali mira a verificare che le autorità nazionali non abbiano mancato di assistere e supportare la donna vittima dei maltrattamenti dell'ex compagno, con adeguate misure idonee a proteggerla da ulteriori aggressioni, per cui una volta negata l'esistenza di omissioni nella condotta dello Stato viene automaticamente a cadere anche la lamentata discriminazione di genere (§§ 64 e 76).

Va da sé che non si verifica, viceversa, alcun assorbimento della questione relativa al rispetto del principio di eguaglianza quando è riscontrata la violazione di altri *autonomi* articoli della Convenzione – diversi da quelli richiamati in combinato disposto con l'art. 14 – che vengono parallelamente invocati. Nel caso *Dhahbi c. Italia*, cit., la Corte contesta il mancato rispetto dell'art. 6, § 1, per il fatto che la Cassazione ha mancato di motivare il rifiuto di sollevare questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte d Giustizia sull'accordo internazionale stipulato tra l'Unione Europea e la Tunisia, della cui applicazione al caso di specie allegato dal ricorrente si controverteva (secondo la giurisprudenza di Strasburgo l'omessa proposizione di questioni pregiudiziali va sempre adeguatamente motivata dalle autorità giurisdizionali nazionali), dopodiché prende in esame le doglianze relative al divieto di discriminazione in base alla cittadinanza avanzate dal cittadino tunisino²⁵.

Si registra tuttavia una significativa eccezione al rapporto tra doglianza principale e doglianza accessoria, sin qui delineato. La violazione accertata di una norma convenzionale è tale da esimere la Corte dall'esame della conformità della misura sospetta con l'art. 14 Cedu, a patto che non si tratti di una *violazione chiara o macroscopica* del divieto di discriminazione, circostanza questa in cui, anche dinanzi all'acclarato contrasto con uno dei diritti sostanziali protetti dalla Convenzione, l'istanza internazionale si addentra nell'esame delle doglianze in punto di eguaglianza²⁶.

Come si anticipava, sul punto si manifesta un processo evolutivo, nel senso che pare di potersi riscontrare una tendenza giurisprudenziale, affermatasi nell'ultimo quindicennio, ad una maggiore disponibilità a valutare il rispetto dell'art. 14 pur quando siano emerse lesioni dei diritti sostanziali. Segno tangibile di questa tendenza è il fatto che non si faccia più luogo alla dichiarazione di assorbimento della censura in base al divieto di differenziazioni ingiustificate, propendendo la Corte ad esaminare congiuntamente i due profili di doglianza, tanto quello attinente al rispetto del diritto, quanto quello attinente al trattamento discriminatorio. Si apre quindi una seconda fase il cui tratto distintivo consiste nell'esame *cumulativo* delle doglianze relative agli articoli invocati in combinato disposto.

Negli anni a noi più vicini tale nuova disponibilità sembra assumere tratti ancora più marcati, fino a condurre la Corte a privilegiare l'esame delle questioni relative al rispetto dell'art. 14 piuttosto che quelle relative alla salvaguardia del diritto sostanziale. In altri termi-

²⁵ Caso *Dhahbi c. Italia*, cit., §§ 34 ss.

²⁶ Caso *Marckx c. Belgio*, cit., §§ 38 ss. e 48 ss.

ni, l'originario orientamento ad anteporre l'accertamento della violazione del diritto sostanziale ha finito per cedere il terreno a quello opposto, lasciando emergere diversi casi in cui la Corte preferisce affrontare i profili di ragionevolezza della differenziazione anziché quelli attinenti alla salvaguardia del contenuto essenziale del diritto invocato in combinato disposto, che conseguentemente vanno incontro – essi stavolta – alla dichiarazione di assorbimento. Il rapporto tra termini assorbenti e assorbiti, in quest'ultima fase, tende dunque a rovesciarsi, pur se non con una invariabilità costante ed assoluta²⁷.

Sarebbe errato pensare che una simile variazione di passo intervenga solo quando ci si trova dinanzi a violazioni macroscopiche del principio di eguaglianza. Il ribaltamento dell'ordine di preferenza si registra invece anche in quei settori in cui tipicamente viene riconosciuto allo Stato un margine di apprezzamento molto ampio, come quello tributario. Valga ad esempio ancora il caso *Guberina c. Croazia*, 22 mar. 2016, in cui i giudici europei dichiarano che il diniego di un beneficio fiscale, legislativamente previsto per classi non abbienti al fine di agevolare l'acquisto di un'abitazione confacente alle esigenze di prole con disabilità, integra gli estremi di un trattamento discriminatorio, in quanto si è appurato che manca alcuna indagine dell'amministrazione sulle condizioni economiche del ricorrente: solo questa avrebbe potuto infatti fondare, nel *reasoning* della Corte, un provvedimento, concessivo o meno, aderente alla legittima *ratio* della normativa, lasciando viceversa in mancanza privo di giustificazione l'atto amministrativo. Il profilo discriminatorio in definitiva precede nell'indagine l'esame della lesione dell'art. 1 Prot. 1 annesso alla Cedu (cui la Corte non procede)²⁸; così come, una volta accertato, dispensa la Corte dall'entrare nel merito della doglianza ex art. 8, considerato isolatamente e in combinato disposto con l'art. 14, tanto che essa non ritiene di doversi pronunciare sull'adeguatezza del precedente alloggio del ricorrente a soddisfare le speciali esigenze della prole²⁹.

5. L'analogia delle situazioni poste a confronto quale primo dei test in cui si articola il giudizio di eguaglianza

Quando la Corte svolge l'accertamento sul rispetto del principio di eguaglianza, si fonda sulla premessa indiscussa secondo cui nelle complesse e sfaccettate società contemporanee una legislazione monolitica e rigorosamente generale non può essere nemmeno ipotizzata. Sin dal pionieristico *Caso linguistico belga* del 1968 i giudici dell'istanza interna-

²⁷ Registra, ancora negli ultimi anni, l'orientamento a lasciare la violazione dell'art. 14 inesplorata quando risulti assodato che lo Stato abbia contravvenuto ad altra norma sostanziale D. HARRIS, M. O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., 803.

²⁸ V. § 100: «*La Cour se trouve ainsi dispensée d'examiner séparément le grief formulé par le requérant sur le terrain de l'article 1 du Protocole no 1 pris isolément*».

²⁹ V. § 103: «*Dans les circonstances de l'espèce, la Cour estime que l'inégalité de traitement dont le requérant se dit victime a été suffisamment prise en compte dans l'appréciation ci-dessus, qui a conduit au constat d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no 1. Par conséquent, elle conclut que si le dit grief est également recevable, il n'y a pas lieu d'examiner séparément les memes faits sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention*».

zionale mostrano di accogliere il significato che il principio di eguaglianza assume negli odierni ordinamenti, dove è notoriamente e pacificamente impossibile intenderlo come se gravasse il legislatore di un divieto assoluto di differenziazione tra categorie o gruppi (divieto che sembrerebbe invece desumersi dalla versione francese del testo «*sans distinction aucune*», meno felice di quella inglese «*without discrimination*»). Le diversificazioni che il legislatore inevitabilmente è chiamato ad adottare sono pertanto pienamente ammissibili, a patto che non si traducano in una discriminazione in senso proprio e rimangano di conseguenza assoggettate ad un controllo esterno, atto a verificare che non travalichino tale essenziale confine concettuale.

La prescrizione dell'eguaglianza di trattamento si traduce dunque nell'esigenza che le diversificazioni praticate in società caratterizzate da un elevato tasso di pluralismo siano sorrette da una "ragionevole giustificazione", il cui rinvenimento costituisce tassello essenziale del sindacato. Il giudizio si articola conseguentemente in una serie di *test*, non dissimili da quelli che scandiscono il sindacato di ragionevolezza tipico dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi.

In primo luogo, il vaglio *ex art. 14 Cedu* impone di verificare che sussista una differenza di trattamento tra persone, gruppi o categorie che si trovano in situazioni effettivamente *analoghe* o simili in misura rilevante³⁰. La Corte valuta accuratamente se la situazione che il ricorrente lamenta essere trattata in modo differenziato sia effettivamente analoga a quella assunta come termine di paragone, al fine di riscontrare eventuali sperequazioni nell'operato del legislatore³¹. Nel caso *B. c. Regno Unito*, 14 feb. 2012, la ricorrente – persona con disabilità e con prole, che riceve benefici statali – allega la violazione dell'art. 14 in relazione all'art. 1 del Prot. 1, in quanto la disciplina della ripetizione delle somme pagate in eccesso dallo Stato tratta diversamente le persone incapaci di riferire un fatto (che avrebbe comportato la diminuzione dei benefici) perché lo ignorano da quelle incapaci di riferirlo perché ignorano di doverlo fare. Le due situazioni trattate diversamente sono ritenute dalla Corte non analoghe, in quanto la prima è una proposizione meramente logica, mentre la seconda comporta una valutazione sulle capacità cognitive e la sensibilità morale (§ 57). In alternativa alla prima doglianza, la ricorrente contesta la disciplina perché equipara le persone capaci alle persone incapaci di comprendere che è loro richiesto di riportare qualcosa, rilevando peraltro che nel non distinguere i due casi lo Stato manca di riconoscere le particolari difficoltà delle persone affette da disabilità cognitive (§ 24). Quest'ultima equiparazione è considerata invece inammissibile dalla Corte, in quanto la situazione di chi non ha la capacità di comprendere quanto gli si richiede avrebbe meritato un trattamento differenziato. Nel recente caso *Ryser c. Svizzera*, 19 gen. 2022³², la Corte ritiene ancora che non vi sia una differenza rilevante

³⁰ V. tra i molti altri casi, Grande Camera, *X e al. c. Austria*, 19 feb. 2013, § 98 e *Guberina c. Croazia*, cit., § 69.

³¹ V. M. JANIS - R. KAY - A. BRODLEY, *European Rights Law: Text and Materials*, Clarendon Press, Oxford 1995, 474.

³² Su cui v. S. POTRIC, *L'assoggettamento alla tassa di esenzione dall'obbligo militare è discriminatorio. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) condanna nuovamente la prassi svizzera in relazione alla tassa d'esenzione dall'obbligo militare*, in *Rass. Giur. trib. svizz.*, 4 lug. 2021, 411.

tra persone inabili al servizio militare per grave disabilità, esenti dalla tassa di esenzione dalla leva, e persone inabili per una disabilità minore, legata a motivi di salute, soggetti invece alla tassa, giudicando l'imposizione fiscale contraria alla Convenzione.

La Corte reputa non analoghe le situazioni a confronto anche quando quella asseritamente discriminata è la *species* di un *genus*. I residenti nel Principato di Monaco possono essere legittimamente oggetto di un trattamento differenziato dal punto di vista fiscale e non devono necessariamente essere fatti rientrare nell'indistinta categoria dei "residenti all'estero", che richiederebbe un trattamento uniforme, in quanto il legislatore deve tener conto delle peculiarità del sistema di tassazione nazionale (*Arnaud e al. c. Francia*, 15 gen. 2015, che salva un'imposta patrimoniale retroattiva, cui – in virtù di una convenzione fiscale franco-monegasca – erano stati assoggettati i cittadini francesi che avevano trasferito la loro residenza a Monaco dal 1° gennaio 1989).

Il precedente sindacato di ragionevolezza eventualmente svolto dalla Corte costituzionale ex art. 3 Cost. sulla legge responsabile della dedotta limitazione dei diritti non esclude la possibilità di un ulteriore sindacato in sede internazionale ex art. 14 Cedu. In questa ipotesi i giudici di Strasburgo spesso condividono le conclusioni in merito alla non comparabilità della situazione dei ricorrenti con quella invocata come *tertium comparationis* – si veda, ad es. *M.C. e al. c. Italia*, cit. (§§ 85-98), in cui la condizione degli individui affetti da patologie da emotrasi viene considerata non comparabile con quella di chi ha subito danni da vaccinazione obbligatoria, in quanto per questi, che sono stati sottoposti a trattamento nell'interesse della collettività, spetta alla collettività stessa tenerli indenni dal pregiudizio che ciò ha comportato – ma per gli altri profili entrano autonomamente nel merito della doglianza.

L'oggettiva diversità di una situazione non comporta di per sé l'obbligo per lo Stato di conferirle apposito rilievo, se la *ratio* sottesa alla disciplina è tale da giustificare la mancanza di autonoma considerazione: così, nel caso *B.* poco sopra menzionato, § 59, lo scopo di facilitare il recupero delle somme non dovute al fine di massimizzare le risorse a disposizione del sistema di sicurezza sociale, rende legittimo equiparare i diversi livelli delle capacità di comprensione intellettuale propri dei beneficiari (v. *infra*, par. seg.).

6. La giustificazione oggettiva e ragionevole della differenziazione

Ammesso che le situazioni trattate diversamente tra loro siano effettivamente analoghe (o che situazioni parificate siano effettivamente diverse), ciò non basta perché si riconosca la violazione del divieto di discriminazione. La Corte ribadisce a questo proposito che una differenza di trattamento tra persone in situazioni simili è discriminatoria se manca di un'oggettiva e ragionevole giustificazione («*lacks objective and reasonable justification*»)³³, cioè, se non persegue uno scopo legittimo («*legitimate aim*») o se non c'è una ragionevole

³³ Ancora *Vojnity c. Ungheria*, cit., § 29; *Chabauty c. Francia*, 4 ott. 2012, § 49; *Hoffmann c. Austria*, 23 giu. 1993, § 31.

relazione di proporzionalità («*reasonable relationship of proportionality*») tra i mezzi impiegati e lo scopo che si cerca di realizzare³⁴. In altre parole, la nozione di discriminazione include in generale casi in cui una persona è trattata, senza una giustificazione appropriata, in maniera meno favorevole rispetto ad un'altra³⁵. Quanto alla possibilità di distinguere con precisione di due aspetti sinora trattati, è vero che la valutazione dell'analogia è condizionata essa stessa dalla sussistenza o meno di una giustificazione per differenziare³⁶.

Nella consolidata giurisprudenza, per cui le differenziazioni del tutto lecite si convertono in inammissibili discriminazioni se prive di una giustificazione *oggettiva e ragionevole*, il duplice aggettivo non costituisce un'endiadi: in alcune ipotesi, la giustificazione può non apparire valida ed appropriata di per sé, in altre, pur se astrattamente valida, può rivelarsi irragionevole in relazione alla specifica situazione del ricorrente³⁷. Nel caso *Dhahbi c. Italia*, cit., sul rifiuto di assegni familiari a un tunisino, la Corte precisa che i motivi di bilancio, pur leciti, non sono sufficienti a fondare una discriminazione sulla cittadinanza, che richiede a suo sostegno giustificazioni molto serie (§ 53). Nemmeno il legittimo obiettivo di contenimento della crescita demografica costituisce ragione sufficiente per negare a rifugiati politici non di origine greca gli assegni per famiglie numerose (§ 51). Programmi di previdenza sociale e sussidi pubblici possono essere legittimamente negati a stranieri qualora questi non siano muniti di regolare permesso di soggiorno per ragioni di lavoro e pertanto, non versando i relativi contributi, non contribuiscono al finanziamento di tali servizi (§ 52). I giudici europei riconoscono pertanto la sussistenza di una discriminazione sulla base della cittadinanza rispetto ai cittadini italiani versanti in situazioni economiche e familiari analoghe.

Non sono ragioni sufficienti, ancora, le esigenze di protezione della famiglia tradizionale e di tutela del minore al fine di legittimare il mancato accoglimento della richiesta di adozione del figlio biologico della compagna avanzata da parte di donna omosessuale, che intrattiene con la prima una relazione stabile³⁸. La coppia in questione viene dunque riconosciuta oggetto di una discriminazione in base all'orientamento sessuale, dal momento che per le coppie eterosessuali non si ravvisa, nella legislazione austriaca, alcun tipo di impedimento quando uno dei due membri della coppia intenda avviare la procedura di adozione nei confronti del figlio dell'altro.

Al contrario, è reputato legittimo lo scopo perseguito dalla misura della ripetizione da parte dello Stato delle somme pagate in eccesso a titolo di prestazione sociale, in quanto volto a massimizzare le risorse a disposizione del sistema di *welfare* per assicurare i relativi

³⁴ *G.L. c. Italia*, § 52; Grande Camera, *Biao c. Danimarca*, cit., § 90 e § 93 e Grande Camera, *Molla Sali c. Grecia*, 19 dic. 2018, §§ 135-136.

³⁵ *Vojnity c. Ungheria*, 12 mag. 2013, § 29 e *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, 28 mag. 1985, § 82.

³⁶ V. D. HARRIS, M. O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., 770.

³⁷ *Guberina c. Croazia*, cit., § 69: «not every difference in treatment will amount to a violation of Article 14. A difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized». In senso analogo v. Grande Camera, *Fabris c. Francia*, 7 feb. 2013, § 56; *Weller c. Ungheria*, 31 mar. 2009, § 27 e *Topčić-Rosenberg c. Croazia*, 14 nov. 2013, § 36.

³⁸ Grande Camera, *X e al. c. Austria*, 19 feb. 2013, cit.

benefici a coloro che integrino le condizioni richieste ed è dunque altresì legittimo equiparare situazioni oggettivamente diverse sul piano della capacità cognitiva (*B. c. Regno Unito*, cit., § 59).

È legittima nell'interesse generale la finalità di promuovere la migliore gestione degli *stock* di selvaggina, fronteggiando il problema del suo crescente scarseggiare specie dove la proprietà è frammentata. Il sistema che obbliga i proprietari di piccoli appezzamenti a trasferire i diritti a un'associazione comunale riconosciuta di cacciatori (ACCA) ricevendone in cambio la possibilità di cacciare in tutta l'area gestita da essa, è convenzionalmente compatibile e non genera una discriminazione, rispetto ai proprietari di terre superiori ad una certa estensione, i quali mantengono il loro diritto esclusivo di caccia su di esse, laddove il problema della razionalizzazione delle risorse non si pone. Esso non costituisce in linea di principio una *disproportioned interference* con il diritto di proprietà, perché realizza un temperamento ragionevole tra il beneficio che il proprietario cacciatore riceve, potendo praticare la caccia nell'intera area messa in comune e conferita all'associazione, ed il sacrificio di cui è gravato, che gli impone di acconsentire all'esercizio della medesima attività da parte di altri sul suo terreno: in questo senso, essa è soluzione ragionevole e proporzionata (*Chabauty c. Francia*, 4 ott. 2012). La stessa *ratio* realizza, al contrario, una sperequazione di trattamento rispetto ai grandi proprietari, se applicata a individui che sono contrari all'attività di caccia in base a proprie scelte di coscienza ambientale, dato che nel loro caso si traduce in un onere eccessivo – consentire ad estranei l'ingresso nel proprio territorio per praticare un'attività considerata eticamente riprovevole e rigettata – senza alcun beneficio (*Grande Camera, Chassagnou et al. c. France*, 29apr. 1999).

La Corte non si accontenta dell'astratta idoneità dell'interesse pubblico perseguito dalla legge a costituire il fondamento di una differenziazione, ma si spinge a valutare la coerenza logica della motivazione su cui è dichiaratamente basata – e giurisdizionalmente ammessa – la misura discriminatoria, soppesandone attentamente la corrispondenza alla *ratio* della disciplina generale. Così, nel caso *Guberina c. Croazia*, cit., essa non accetta la giustificazione secondo cui la legislazione sull'esenzione dalle tasse si prefigge lo scopo della tutela delle persone finanziariamente deboli, dal momento che i giudici amministrativi nazionali non hanno mostrato di attribuire alcun rilievo nelle motivazioni delle loro decisioni alle condizioni economiche del ricorrente, fondando invece l'esclusione del beneficio fiscale per l'acquisto di una nuova casa sulla ritenuta adeguatezza della precedente a soddisfare le esigenze legate alla disabilità del figlio del *claimant* (§§ 94-99). Non trovando la pur valida *ratio* legislativa corrispondenza nella motivazione dell'esclusione giudizialmente sancita, il venir meno dello Stato al compito di tener conto della condizione peculiare del padre di un figlio disabile («*the inequality inherent in the applicant's situation*») rimane non sorretto da un'oggettiva e ragionevole giustificazione³⁹.

³⁹ «*In view of the above, and in particular in the absence of the relevant evaluation of all the circumstances of the case by the competent domestic authorities, the Court does not find that they provided objective and reasonable justification for their failure to take into account the inequality inherent in the applicant's situation*

7. Il “nucleo duro” e l’onere della prova

È il momento di chiedersi quale significato assuma l’immancabile indicazione, nella seconda parte della disposizione, di una serie di fattori – sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche o di altro genere, origine nazionale o sociale, appartenenza a minoranze nazionali, ricchezza, nascita o ogni altro stato – per i quali il divieto di introdurre trattamenti differenziati tra i soggetti è sancito in maniera espressa e vale, nell’esperienza degli ordinamenti nazionali, in maniera rafforzata. Solitamente, nel giudizio di eguaglianza dinanzi alla Corte costituzionale italiana su leggi che differenziano in base ai fattori indicati nell’art. 3, co. 1, Cost., si assiste, rispetto al normale giudizio riguardante differenziazioni in base a elementi diversi, ad un’inversione dell’onere della prova, che viene in tali ipotesi addossato allo Stato: quest’ultimo è pertanto tenuto a dimostrare il valore non discriminatorio della misura. Il giudizio è caratterizzato, in altri termini, da una sorta di presunzione d’incostituzionalità della disciplina dettata differenziando in base ad uno dei fattori espressi, presunzione che ammette però, in quanto di natura semplice (*iuris tantum* e non *iuris et de iure*), la prova del contrario da parte del suo autore.

Una simile conseguenza non si può verificare nel contesto del sistema convenzionale, dal momento che qui l’onere di provare la giustificazione della differenza di trattamento incombe *sempre e comunque* sul legislatore nazionale⁴⁰. Sia in caso di discriminazione diretta che indiretta – che, una volta abbandonato il criterio originario dell’intenzionalità, si configura anche in mancanza di intento discriminatorio⁴¹ – vige ormai una sorta di oggettiva “presunzione di discriminazione” che incombe allo Stato ribaltare: con la conseguenza che quest’ultimo incorre in una condanna tutte le volte in cui non riesce a fornire prove sufficienti ad escludere la valenza discriminatoria della misura censurata⁴².

In tale contesto, il rafforzamento del principio di eguaglianza per i fattori espressi non può che tradursi giocoforza in uno *strict scrutiny* effettuato dalla Corte, senza alcuna incidenza sugli oneri rilevanti sul piano probatorio, che continuano a gravare invariabilmente – una volta mostrata la disparità di trattamento da parte del ricorrente – sullo Stato convenuto.

L’asserzione che precede consente di precisare il rilievo che è stato formulato da autorevole dottrina circa la natura non *tassativa* bensì solo *esemplificativa* dell’esplicita elenca-

when making an assessment of his tax obligation» (§ 98); «*The Court therefore finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1*» (§ 99).

⁴⁰ V. per tutti *Guberina c. Croazia*, 22 mar. 2016: «*Lastly, as regards the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified*» (§ 74). Analogamente, *D.H. e al. c. Repubblica Ceca*, 13 nov. 2007, § 177; *Kurić e al. c. Slovenia*, 26 giu. 2012, § 389 e *Grande Camera, Vallianatos e al. c. Grecia*, 7 nov. 2013, § 85.

⁴¹ V. D. HARRIS, M. O’BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., 797.

⁴² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Presses Un. De France, Paris 2011, 294 s.

zione degli specifici fattori per cui vige il divieto di discriminazione⁴³. È incontestabile e agevolmente verificabile che la Corte prenda in esame nel suo vaglio sperequazioni perpetrate per fattori *ulteriori* rispetto a quelli espressamente menzionati⁴⁴. Ciò tuttavia discende dalla natura generale del divieto sancito nell'art. 14 Cedu e non intacca la conclusione secondo cui la delimitazione di un "nucleo duro" possiede e conserva una sua specifica ragion d'essere, in quanto l'aggravamento del sindacato, consistente nell'applicazione di un metro stretto di controllo, vale *esclusivamente* per i fattori indicati, mentre non si estende agli altri, assoggettati al *test standard* di controllo elaborato dalla Corte europea in materia di eguaglianza.

Bisogna però aggiungere che la conclusione appena espressa viene mitigata dalla presenza della formula residuale di "altro stato", che svolge la funzione di una "*open-ended category*"⁴⁵. Tale categoria è per di più soggetta ad un'interpretazione estensiva, in quanto deve consistere in caratteristiche identificabili («*identifiable characteristic*»)⁴⁶ del ricorrente – come le condizioni di salute, la disabilità o altri problemi fisici⁴⁷ – ma non necessariamente di carattere personale.

Quest'ultimo aspetto è esemplificato in *Guberina c. Croazia*, in cui il ricorrente non allega un trattamento discriminatorio a causa della propria disabilità, quanto piuttosto la situazione sfavorevole dovuta alla disabilità del proprio figlio, con cui vive e di cui si prende cura; sorge in tale situazione la questione di stabilire fino a che punto il ricorrente, che non appartiene di per sé ad un gruppo svantaggiato, soffra nondimeno di un trattamento sfavorevole per la disabilità della prole (§§ 41, 42 e 77). A tal proposito la Corte ribadisce che la locuzione "altro stato" ha ricevuto nella sua giurisprudenza un significato ampio («*wide meaning*»)⁴⁸, tale da non risultare limitato alle caratteristiche personali nel senso di innate o inerenti («*innate or inherent*»)⁴⁹. Alla luce della natura dei diritti che mira a salvaguardare, l'art. 14 Cedu copre pure quelle istanze nelle quali un individuo è trattato meno favorevolmente di altri a causa dello *status* o caratteristiche protette di un'altra persona.

⁴³ Ct. edu, *Clift c. Regno Unito*, 13 lug. 2010, §§ 56 ss.

⁴⁴ È la stessa Corte a parlare di elencazione esemplificativa e non tassativa, non a caso proprio in riferimento all'interpretazione ampia che intende dare nella sua giurisprudenza alla nozione in questione: «*It has established in its case-law that only differences in treatment based on a personal characteristic (or "status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (...). However, the list set out in Article 14 is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words "any ground such as" (in French notamment) (...). It further notes that the words "other status" (and a fortiori the French equivalent toute autre situation) have been given a wide meaning so as to include, in certain circumstances, a distinction drawn on the basis of a place of residence*» (*Carson e al. c. Regno Unito*, 16 mar. 2010, § 70).

⁴⁵ In cui sono state fatti rientrare, ad es., l'obiezione di coscienza, lo stato professionale o quello di detenuto: v. D. HARRIS, M. O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., 771.

⁴⁶ V. caso *B. c. Regno Unito*, cit., § 54 e *Guberina c. Croazia*, cit., § 68.

⁴⁷ V. *Glor c. Svizzera*, 30 apr. 2009, § 80; *Kiyutin c. Russia*, 10 mar. 2011, § 57; *I.B. c. Grecia*, 3 ott. 2013, § 73, sul licenziamento a causa di infezione da HIV.

⁴⁸ *Carson e al. c. Regno Unito*, § 70.

⁴⁹ *Guberina c. Croazia*, cit., § 78; *Clift c. Regno Unito*, 13 lug. 2010, §§ 56-59 e *Efe c. Austria*, 8 gen. 2013, § 48.

Nel caso di specie un simile approccio porta la Corte a ravvisare una *disability-based discrimination* (§ 79) e ad accedere ad una portata più ampia della nozione di discriminazione secondo cui deve ammettersi che il ricorrente soffra una situazione sfavorevole, perché l'esistenza di esigenze peculiari legate alla disabilità al 100% del figlio – quali, nella specie, disporre di un ascensore per portarlo, una volta cresciuto, dal dottore o dal fisioterapista o, ancora, a scuola – non viene tenuta in debita considerazione dalle autorità nazionali.

8. Le prospettive di garanzia dell'eguaglianza sostanziale dischiuse dall'art. 14 Cedu e la dimensione procedurale del principio

Fin qui la garanzia del principio di eguaglianza – a parte l'adattamento richiesto dalla sua applicazione nelle società pluralistiche – risponde ad una concezione squisitamente liberale, secondo cui il godimento dei diritti proclamati nel *Bill of Rights* internazionale del 1950 da parte dei loro titolari deve essere assicurato con uniformità. La giurisprudenza della Corte europea tuttavia, pur in mancanza di una clausola omologa al secondo comma dell'art. 3 Cost. it. nel dettato dell'art. 14 Cedu, perviene ad un superamento della logica meramente illuministico-formale insita – almeno nella vulgata comune – nella proclamazione dell'eguaglianza davanti alla legge. Valorizzando la strumentalità del divieto di discriminazioni ad una pari fruizione dei diritti che sia piena e soddisfacente, la Corte edu restituisce al principio la sua *vis* originaria, espressa nella stessa ondata rivoluzionaria, prima che l'ipostatizzazione dell'*establishment* borghese, una volta finita la Rivoluzione, riducesse quella vigorosa «parola di lotta» ad uno statico «motto di conservazione»⁵⁰.

La chiave di volta per questo cruciale passaggio, nel contesto dell'accordo del 1950, consiste nell'ammettere che la discriminazione potenzialmente contraria alla Convenzione possa risultare anche da una situazione *de facto*⁵¹.

Nel caso *G.L. c. Italia*, 10 sett. 2020, la ricorrente afferma che la circostanza che non abbia potuto beneficiare di un'assistenza specializzata (prevista dalla legge n. 104/1992) durante i primi due anni di scuola elementare del figlio, per l'assoluta carenza di fondi, costituisce un trattamento discriminatorio. In particolare lamenta che, sebbene i costi legati alla fornitura dei servizi educativi specializzati di cui aveva bisogno non avrebbero inciso sul bilancio del consiglio comunale se non in misura estremamente ridotta, non stanziando risorse al

⁵⁰ Per questa riflessione sulla portata originaria del principio di eguaglianza, tradita una volta consolidato da parte della borghesia ottocentesca un assetto confacente ai propri interessi e privata della sua carica legittimante nei confronti del dinamismo sociale e dell'emancipazione delle classi subalterne, v. R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO-V. VILLA, *Rule of law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna 2016, 37 ss.

Di «ipostatizzazione» dell'eguaglianza a generalità del comando discute B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, 35.

⁵¹ *Guberina c. Croazia*, cit., § 71; Grande Camera, *D.H. e al. c. Repubblica Ceca*, 13 nov. 2007 (sulla collocazione dei bambini rom in scuole destinate a minori con difficoltà di apprendimento, come segregazione ingiustificata e discriminazione di minoranza etnica), § 175, e Grande Camera, *Kurić e al. c. Slovenia*, 26 giu. 2012, § 388.

finanziamento di misure educative specializzate, gli enti locali abbiano scelto di non fornire assistenza scolastica ai bambini affetti da *handicap*.

La penuria finanziaria obiettata dal governo italiano – dovuta alla riduzione delle somme stanziare dalla legge finanziaria alla Regione interessata a causa di una quota riservata ai malati di SLA – non è sufficiente per la Corte a giustificare il trattamento non adeguato. Interpretando l'art. 14 alla luce della normativa internazionale, in particolare della Carta sociale europea riveduta e della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità adottata dalle Nazioni Unite nel 2006, i giudici di Strasburgo premettono che va intesa come discriminazione nei confronti delle persone con disabilità «non solo qualsiasi distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata su una invalidità ma anche la mancanza di accomodamenti adeguati, con l'effetto di annullare o limitare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti economici, sociali o culturali» (§ 25)⁵². Sebbene la Corte riconosca che non spetti ad essa individuare quali debbano essere gli accomodamenti adeguati nel campo dell'istruzione per rispondere alle esigenze educative delle persone portatrici di *handicap*, in quanto le autorità nazionali si trovano in una posizione migliore per farlo (§ 63), tuttavia, trattandosi di gruppi vulnerabili, essa ritiene che le scelte dello Stato devono essere valutate con particolare attenzione. Ne consegue che, dato il modello scolastico adottato in Italia, che è di tipo "inclusivo", in quanto ammette tutti i discenti negli stessi corsi di studi, eventuali restrizioni di bilancio devono incidere sull'offerta formativa in maniera equivalente per gli alunni affetti da *handicap* e per quelli non affetti da disabilità. Viene contestato di conseguenza allo Stato italiano il fatto che i giudici amministrativi non abbiano verificato se le restrizioni di bilancio invocate dall'amministrazione avessero avuto lo stesso impatto sull'offerta formativa, tanto per i bambini affetti da disturbi nell'apprendimento quanto per tutti gli altri.

La posizione della Corte, che si risolve in una condanna ex art. 14 in combinato disposto con l'art. 2, Prot. 1, è conforme all'orientamento della Corte di Cassazione, dalla stessa richiamato⁵³, secondo cui l'omissione nella doverosa assegnazione di un posto di insegnante di sostegno all'alunno – anche in deroga al rapporto insegnanti/alunni – si risolve in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile e, ove non accompagnata da una corrispondente riduzione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, in una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, l. n. 67/2006. In relazione alle discriminazioni indirette, la Corte edu ha infatti precisato che una politica generale o una misura che abbia uno sproporzionato effetto pregiudizievole su un particolare gruppo può essere considerata discriminatoria, nonostante essa non sia specificatamente rivolta a tale gruppo⁵⁴.

Parallelamente, per i giudici di Strasburgo non sono sindacabili le scelte dei legislatori nazionali di differenziare alcuni gruppi al fine di correggere diseguaglianze di fatto intercor-

⁵² Tuttavia, lo standard di tutela così individuato – secondo l'opinione separata del giudice Wojtyczek – non è rispettato con coerenza all'interno della decisione, che ne prospetta nel corso della motivazione anche altri, ora più ora meno esigenti.

⁵³ V. in particolare, la sent. n. 25011, del 25 nov. 2014, e la sent. n. 25101, dell'8 ott. 2019.

⁵⁴ Tale tipologia di misure che contravvengono all'art. 14 Cedu è rilevabile, com'è noto, «con riferimento non alla formulazione (generale) della norma, ma ai suoi effetti (in concreto discriminatori)»: V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2019, 158.

renti tra di essi (*affirmative action*): anzi proprio la mancata diversificazione della disciplina in questa ipotesi, riguardo a soggetti che versano in condizioni significativamente differenti, contrasterebbe con la Convenzione⁵⁵. Ne consegue che lo Stato può giustificare una misura diseguale con la motivazione che essa vale a compensare diseguaglianze di fatto: si ritrova a questo proposito nella giurisprudenza internazionale la stessa impostazione già accolta dal giudice delle leggi sin dalla sent. n. 163/1993, in cui si sanziona l'irragionevole equiparazione, quanto alla statura minima prevista per l'accesso al ruolo amministrativo del servizio antincendio della provincia di Trento, tra i cittadini di sesso maschile e quelli di sesso femminile, senza tener conto della differenza di statura media di fatto esistente tra i due generi.

Sviluppando la stessa tecnica argomentativa fino ad includere la considerazione di situazioni di svantaggio sul piano economico e sociale, è possibile colmare alcuni divari che disallineano i punti di partenza tra gli individui nella competizione sociale e trova così conferma la constatazione secondo cui lo stesso metodo di giudizio applicato all'eguaglianza formale si rivela idoneo ad assorbire anche la garanzia dell'eguaglianza sostanziale⁵⁶.

Come si è visto, data la natura del sistema Strasburgo, in virtù del quale l'apposita Corte può conoscere delle violazioni dei diritti comunque causate, indipendentemente dalla loro origine in previsioni legislative dei Paesi aderenti, il discorso appena fatto si estende ulteriormente, implicando che la costante attenzione alle peculiarità della situazione di fatto ai fini della tutela dell'eguaglianza non valga solo per l'autore delle leggi, ma per qualsiasi autorità statale. Corrispondentemente anche il significato del divieto di discriminazioni assume una portata maggiormente diversificata, composita e ricca di sfaccettature. La Corte ed arriva su questa strada a configurare, in particolare, un obbligo *positivo* a carattere *procedurale* discendente dall'art. 14 Cedu, chiaramente esemplificato dal caso *Škorjanec c. Croazia* del 2017 (esaminato alla fine del par. 8). In giudizio si lamenta che gli inquirenti non abbiano indagato a sufficienza il movente a sfondo razziale dell'aggressione fisica subita dai soggetti ricorrenti, perseguendola come aggressione comune, non qualificata dall'odio razziale: la Corte precisa a tal proposito che dall'art. 14 Cedu scaturisce per le autorità nazionali l'obbligo *positivo* di assicurare i valori fondamentali sottesi all'art. 3 senza disparità di trattamento. Tale vincolo si traduce nell'onere *procedurale* per gli organi inquirenti di far emergere nella situazione concreta – anziché livellare o azzerare – le differenze che possono essere fonte di discriminazione, impegnando lo Stato ad una garanzia rafforzata contro di esse.

L'ampiezza di potenzialità del sindacato reso in nome del principio di eguaglianza non sembra introdurre al suo interno componenti disarmoniche – che possano riecheggiare quella concezione dell'eguaglianza sostanziale come deroga all'eguaglianza formale che accom-

⁵⁵ *Guberina c. Croazia*, cit., § 70: «Article 14 does not prohibit Contracting Parties from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them. Indeed, the right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different».

⁵⁶ Per questa constatazione v. anche VAN DIJK-VAN HOOF-VAN RIJN-ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention*, cit., 997 ss. e 1035. Per la medesima osservazione riguardo all'operare della Corte costituzionale nel nostro ordinamento, v. già F. SORRENTINO, *Eguaglianza. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2011, 33 s. e Id., *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017.

pagnò il dibattito in sede scientifica nell'ordinamento italiano – ma viene ricondotta ad una essenziale omogeneità, grazie all'argomento ricorrente secondo cui l'indirizzo volto a colpire le diseguaglianze di fatto è pienamente coerente con la rappresentazione della Convenzione come sistema di garanzia di *diritti concreti ed effettivi*⁵⁷.

9. Lo scrutinio stretto: i fattori per cui è assolutamente vietato discriminare; in particolare i gruppi vulnerabili e il richiamo ai tratti distintivi di una società democratica

In relazione ai fattori esplicitamente elencati nell'art. 14 Cedu (per l'ipotesi peculiare dell'"altro stato" v. quanto si è detto *retro*, par. 6), la Corte conferma la sua consolidata giurisprudenza secondo cui in linea di principio differenze basate soltanto su tali elementi non sono ammissibili. Il vaglio cui esse sono sottoposte è di conseguenza, come si è detto, particolarmente serrato.

Con riferimento alle disparità su base religiosa, nel caso *Vojnity c. Ungheria*, del 12 mag. 2013 (art. 14 in comb. disp. con l'art. 8), si discute della richiesta di affido del figlio da parte del padre, negata dalle autorità statali – fino all'esclusione anche del diritto di accesso – per il pesante atteggiamento di proselitismo verso il figlio tenuto dal ricorrente (aderente alla confessione Congregazione della fede) e le irrealistiche idee educative dello stesso, segnate dal suo fanatismo – e perché il distacco dall'ambiente sociale in cui era attualmente inserito contrastava con il suo interesse. Il ricorrente lamenta che il diniego del diritto di accesso in ragione della sua fede si risolva in una discriminazione nel suo diritto al rispetto della vita familiare.

I giudici di Strasburgo esordiscono ribadendo che una differenza basata soltanto sulle opinioni religiose non è ammissibile⁵⁸ e che il diniego statale potrebbe legittimarsi solo in base a ragioni molto serie, quali ad esempio la prova che il credo esponga il bambino a pratiche pericolose o pregiudizio fisico o psicologico e non a mero disagio, a situazioni poco confortevoli o imbarazzo (§§ 36-37). Essa precisa che le restrizioni del diritto parentale di accesso sono assoggettate ad uno scrutinio severo, in base al quale si consentono misure totalmente preclusive dell'accesso solo in circostanze eccezionali (§ 40), pena violazione del principio di proporzionalità.

Lo stesso approccio vale per il sesso o l'orientamento sessuale⁵⁹, lo stato di nascita, la nazionalità, e gli altri fattori espressamente indicati.

Nel recente *key-case Beizaras e Levickas c. Lituania*, del 14 mag. 2020, il combinato disposto dell'art 14 e dell'art. 8 (rispetto della vita privata, intesa quale espressione ampia non suscettibile di una definizione esaustiva: § 109) viene invocato per far valere una discriminazione sulla base dell'*orientamento sessuale*, che si era concretizzata nel rifiuto di per-

⁵⁷ Come espressamente chiarito da *G.L. c. Italia*, cit., § 61.

⁵⁸ V. § 31 e caso *Hoffmann c. Austria*, 23 giu. 1993.

⁵⁹ V., oltre al caso *Beizaras e Levickas* di cui subito appresso, *Ratzenböck e Seydl c. Austria*, 26 ott. 2017, § 32.

seguire gli autori di pesanti commenti omofobici su *Facebook*, includenti velate incitazioni alla violenza. Lo Stato giustifica il mancato avvio delle indagini preliminari adducendo la pubblicazione di una foto che ritrae un bacio tra i ricorrenti sul loro profilo pubblico, letta come atto a provocare le persone a postare commenti negativi sul *social*.

I giudici europei richiamano l'orientamento costante per cui, come le differenze basate sul sesso, anche quelle fondate sull'orientamento sessuale richiedono "ragioni particolarmente serie e persuasive"⁶⁰. In queste ipotesi, il margine di apprezzamento dello Stato è molto ridotto: il controllo più stringente sul piano dell'elemento giustificativo restringe lo spazio per la valutazione statale, anche se per definirne compiutamente la latitudine si conferisce un significativo rilievo alla possibilità di rinvenire sul punto un "*common ground*" nella legislazione dei Paesi aderenti.

La Corte edu asserisce che, se la valutazione *prima facie* circa il ruolo giocato dall'orientamento sessuale nel trattamento ricevuto dalle autorità nazionali spetta ai ricorrenti, ad essa compete d'altro canto stimare se il Governo abbia sufficientemente dimostrato la correttezza della qualificazione dei fatti rilevanti effettuata dai giudici nazionali, accertando in particolare se la decisione del procuratore, confermata dai giudici, di non condurre le indagini fosse condizionata da atteggiamenti discriminatori e perduranti stereotipi connessi all'orientamento sessuale (§ 124)⁶¹. A questo riguardo, la Corte disattende le conclusioni delle autorità lituane tese a declassare i commenti omofobi a mere parole sconvenienti, osservando come analoghe espressioni rivolte agli ebrei, pur distanti dall'incitare alla violenza, erano state ricondotte alla fattispecie penale dell'*Incitement against Any National, Racial, Ethnic, Religious or Other Group of People*. La posizione di principio per cui non è suo compito sostituirsi alle Corti domestiche nel risolvere le questioni di interpretazione della legislazione nazionale⁶² non la esime dal contestare l'obiezione per cui i commenti provenivano da una molteplicità di persone diverse, in quanto se talvolta i giudici nazionali richiedevano una pluralità di commenti, altre volte reputavano sufficiente una singola dichiarazione per considerare integrati gli estremi dell'art. 170 cod. pen. (§ 126).

In conclusione i giudici di Strasburgo, condividendo il punto di vista della Corte costituzionale nazionale, secondo cui le tendenze e gli stereotipi prevalenti in un dato momento storico nella maggioranza dei membri della società non possono valere a giustificare una discriminazione nei confronti di alcuni individui sulla sola base del loro orientamento sessuale o per limitare il diritto di queste alla protezione della vita private, ritengono che il giudizio reso dalle autorità nazionali in questo caso non possa dirsi conforme ai «*fundamental principle in a democratic State, governed by the rule of law*»⁶³.

La sentenza conclude nel senso che i commenti di odio includenti dissimulate incitazioni alla violenza diretti contro i ricorrenti in particolare e la comunità omosessuale in gene-

⁶⁰ *Beizaras e Levickas c. Lituania*, 14 mag. 2020, § 114, dove si legge che «*Differences based solely on consideration of sexual orientation are unacceptable under the Convention*».

⁶¹ *V., mutatis mutandis, Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, 25 lug. 2017, § 46.

⁶² *V. Grande Camera, Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turkey*, 20 ott. 2011, § 49.

⁶³ *Beizaras e Levickas c. Lituania*, cit., § 125; similmente *v. Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, cit., § 46 e *Grande Camera, Biao c. Danimarca*, cit., § 126.

rale sono stati provocati da un'attitudine bigotta («*a bigoted attitude*») nei confronti di tale comunità e che lo stesso atteggiamento mentale discriminatorio è stato all'origine del fallimento da parte delle pubbliche autorità nell'assolvere all'obbligo positivo su di esse gravante di investigare in modo effettivo se quei commenti omofobi costituissero incitamento all'odio e alla violenza, così confermando che, sottostimando il pericolo di simili commenti, le autorità mostrano quanto meno di tollerarli⁶⁴.

Molto spesso dal riscontro di una discriminazione perpetrata dalle autorità giudiziarie, per l'esistenza di *bigoted attitude* (§ 129) che ne inficiano l'attività, scaturisce anche l'accertamento della violazione del diritto ad un ricorso effettivo per tutelare la posizione discriminata, ex art. 13 Cedu⁶⁵.

Il divieto di discriminazione in base alla *razza* è discusso nel caso *Škorjanec c. Croazia*, del 28 giu. 2017, in cui la ricorrente lamenta di avere subito una violenza a sfondo razziale – aspetto quest'ultimo completamente disatteso dalle autorità precedenti – allegando una violazione tanto dell'art. 3 quanto dell'art. 14 Cedu. Secondo la Corte, se lo Stato persegue un atto di violenza perpetrato per motivi di odio razziale come atto di violenza comune, sta equiparando situazioni diverse, venendo meno al compito di assicurare trattamenti adeguatamente differenziati a situazioni tra loro non comparabili⁶⁶.

L'istanza giurisdizionale internazionale precisa che questioni come quella posta dal caso di specie, che sorgono da un atto di violenza come espressione di discriminazione razziale, appartenendo per loro natura all'interazione tra l'art. 3 e l'art. 14, possono richiedere di essere esaminate sotto il profilo dell'art. 3 da solo, senza profili separati emergenti ex art. 14, oppure possono esigere l'esame dell'art. 3 in combinato disposto con l'art. 14. Per la Corte, questa è una questione che va decisa caso per caso a seconda dei fatti e della natura delle allegazioni del ricorrente. Nel caso *sub iudice*, contestando la ricorrente che l'origine razziale del comportamento criminoso da essa subito era stata completamente misconosciuta dalle autorità investigative, si richiede un esame duplice, della violazione del divieto di maltrattamenti e della violazione del divieto di discriminazione (§ 38)⁶⁷.

La Corte ribadisce che non rientra nella sua giurisdizione accertare la colpevolezza degli imputati o sovrapporsi alla ricostruzione e valutazione dei fatti effettuata dalle autorità nazionali, in omaggio al carattere sussidiario che la contraddistingue, bensì appurare se le autorità abbiano assolto le obbligazioni positive di tipo procedurale implicate dal rispetto della Convenzione (§ 69)⁶⁸. Poiché è stata promossa azione penale solo per il fatto di violenza, senza indagare a fondo il movente razziale che vi aveva dato origine, l'aver omesso di pren-

⁶⁴ *Beizaras e Levickas c. Lituania*, cit., § 129.

⁶⁵ «*In the light of foregoing the Court holds that, despite one-off cases showing otherwise (...), the applicants have been denied an effective domestic remedy in respect of their complaint concerning a breach of their right to private life, on account of their having been discriminated against because of their sexual orientation. Consequently, the Court concludes that there has been a violation of Article 13 of the Convention*» (§ 156).

⁶⁶ Dall'art. 14 Cedu, come si è detto *retro*, scaturisce infatti per le autorità nazionali l'obbligo positivo di assicurare i valori fondamentali sottesi all'art. 3 senza disparità di trattamento, quale obbligo procedurale di far emergere, e non ignorare, la diversità delle situazioni di fatto (§ 37).

⁶⁷ V. anche il caso *Abdu c. Bulgaria*, 11 mar. 2014, § 46.

⁶⁸ V. ancora caso *Abdu c. Bulgaria*, cit.

dere in considerazione e stabilire il nesso tra tale movente e l'aggressione si è tradotto in una indagine impropria, inconciliabile con l'obbligo di adottare tutti i ragionevoli accorgimenti per individuare i possibili moventi razziali dietro l'accaduto (§ 71)⁶⁹. Ciò è sufficiente alla Corte di Strasburgo per concludere che vi è stata una violazione dell'art. 3 nel suo aspetto procedurale, in combinato disposto con l'art. 14 Cedu (§ 72).

Come rilevato in dottrina, la dimensione procedurale così conferita all'art. 14, oltre ad incidere significativamente sull'onere della prova⁷⁰, concorre ad accrescere l'autonomia ed indipendenza del sindacato corrispondente⁷¹.

Nella giurisprudenza relativa alle misure che incidono su gruppi vulnerabili – rispetto alle quali, come si è detto *supra*, lo Stato gode di margini minimi di apprezzamento – si rinviene spesso il richiamo ai tratti distintivi di una società democratica. Nel definirli compiutamente, la Corte annette particolare importanza ai caratteri di apertura e inclusività, pluralismo e tolleranza. Spesso essa prosegue nella definizione, puntualizzando espressamente che, sebbene gli interessi individuali debbano in qualche occasione soccombere a quelli dei gruppi, la democrazia non significa semplicemente che il punto di vista della maggioranza debba sempre prevalere: è necessario al contrario trovare un equilibrio che assicuri il trattamento corretto ed appropriato delle minoranze ed eviti qualsiasi abuso di posizioni dominanti⁷².

La Corte edu ha spesso ribadito con enfasi negli ultimi anni che il pluralismo e la democrazia sono costruite sull'autentico riconoscimento ed il conseguente rispetto delle diversità, aggiungendo che l'armoniosa interazione di persone e gruppi con varie identità è essenziale per raggiungere la coesione sociale⁷³. Essa ha anche sottolineato l'obbligo positivo dello Stato di assicurare il godimento effettivo dei diritti e delle libertà contemplati dalla Convenzione, obbligo che assume particolare rilevanza per le persone che sostengono posizioni impopolari o appartenenti a minoranze, più vulnerabili alla vittimizzazione⁷⁴.

10. Il carattere decisivo del giudizio di proporzionalità

Il giudizio di proporzionalità mira a soppesare se l'incidenza della misura sul diritto sostanziale invocato congiuntamente all'art. 14 Cedu non sia eccessiva rispetto alla legittima finalità perseguita dallo Stato: pur in presenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole,

⁶⁹ V. caso *Balázs c. Ungheria*, 20 ott. 2015, § 75. Che spetti allo Stato svolgere un'indagine efficace ed imparziale al fine di stabilire se all'origine di certi atti di violenza vi siano motivi razziali è stato per la prima volta asserito in *Natchova e al. c. Bulgaria*, 6 lug. 2005 e *Bekos Koutropoulos c. Grecia*, 13 dic. 2005.

⁷⁰ V. M. JANIS - R. KAY - A. BRODLEY, *European Rights Law: Text and Materials*, cit., 493.

⁷¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., 283.

⁷² *Beizaras e Levickas c. Lituania*, cit., § 106. Similmente, Grande Camera, *Chassagnou e al. c. Francia*, cit., § 112; Grande Camera, *S.A.S. c. Francia*, 1 lug. 2014, § 128 e *Bączkowski e al. c. Polonia*, 3 mag. 2007, §§ 61 e 63. In quest'ultimo noto caso la Corte ha riconosciuto all'unanimità che il divieto di una parata dell'orgoglio LGBT a Varsavia, conosciuta localmente come *Parada Równości* (parata per l'uguaglianza), tenuta nel 2005, si traduceva in una violazione degli articoli 11, 13 e 14 Cedu.

⁷³ *Ibidem*, § 107.

⁷⁴ *Ibidem*, § 108. *Adde Bączkowski e al. c. Polonia*, cit., § 64 e *Identoba e al. c. Georgia*, 12 mag. 2015, §§ 63-64.

una differenza di trattamento viola la Convenzione, se non è sorretta da una congrua relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare⁷⁵. Il difetto di un rapporto ragionevole di proporzionalità si conferma pertanto come il criterio decisivo che permette di qualificare una differenza come disparità di trattamento⁷⁶.

In *B c. Regno Unito*, cit., § 60, in materia di disabilità nell'apprendimento e obblighi di comunicare variazioni nelle condizioni che abilitano a ricevere sussidi pubblici, la Corte richiama il principio per cui nel contesto dell'art. 1 Prot. 1, si ritiene che alle pubbliche autorità non possa essere preclusa la possibilità di correggere errori nel riconoscimento di benefici, anche quelli risultanti dalla loro stessa negligenza. Ritenere diversamente contrasterebbe con la dottrina dell'indebito arricchimento, sarebbe ingiusto nei confronti degli altri individui che concorrono al sistema di sicurezza sociale ed equivarrebbe a sancire un'allocazione inappropriata di risorse pubbliche scarse. La Corte ha tuttavia osservato che il suddetto principio generale non può prevalere in una situazione in cui all'individuo interessato si richiede di sopportare un costo eccessivo come risultato di una misura che lo priva di un beneficio⁷⁷. Numerosi argomenti sono stati di conseguenza impiegati, nel caso di specie, per mostrare che alla ricorrente non era stato richiesto di sopportare un carico eccessivo (§ 61). Non le era stato chiesto di pagare interessi sulle somme percepite in eccedenza, era fissato un limite all'ammontare che poteva essere dedotto ogni mese dal beneficio percepito e la somma da restituire era stata ridotta come conseguenza del fatto che per un certo periodo la ricorrente aveva titolo all'assegno d'invalidità, ma non l'aveva ricevuto.

Pure in *Chassagnou et al. c. France*, cit., dove è in esame la normativa francese che impone ai piccoli proprietari, e non anche ai grandi, di consentire l'utilizzo comune dei loro terreni per la caccia, viene in considerazione la proporzionalità della misura in relazione al rispetto della libertà di coscienza: la Corte asserisce che la differenza di trattamento tra grandi e piccoli proprietari terrieri costituisce discriminazione quanto al rispetto del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 14, per il fatto che viene riconosciuto solo ai primi il diritto di usare le proprie terre conformemente alla propria coscienza (§ 43). In tale fattispecie acquista rilievo essenziale il fatto che i ricorrenti, tutti ambientalisti, siano obbligati a partecipare ad un sistema che andava contro i loro personali convincimenti etici, il che costituisce un *disproportionate burden* non giustificato per l'art. 1, Prot. 1 (§ 44).

In un successivo caso, in cui la stessa normativa viene impugnata da ricorrenti che non sono contrari alla caccia, la Corte non la considera lesiva del combinato disposto, in quanto la sua finalità – consentire il razionale sfruttamento dello *stock* di selvaggina data la sua crescente scarsità – è legittima e in questo caso non impone un inammissibile sacrificio alla libertà di coscienza, date le diverse convinzioni sul piano ambientale dei ricorrenti (*Chabauty c. Francia*, 4 ott. 2012, cit., § 51).

⁷⁵ V. Grande Camera, *Molla Sali c. Grecia*, cit., § 135; Grande Camera, *Fàbiàn c. Ungheria*, 5 set. 2017, § 113 e Grande Camera, *Fabris c. Francia*, cit. (su cui *amplius infra* nel testo).

⁷⁶ V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., 298.

⁷⁷ *Moskal c. Polonia*, 15 set. 2009, § 73.

Talora il giudizio comporta un *test* approfondito sulla proporzionalità della misura già durante il precedente esame delle doglianze relative ai diritti sostanziali reclamati: ne consegue una valutazione piuttosto sommaria della dedotta violazione dell'art. 14 Cedu e un rinvio alla conclusione già raggiunta sulla violazione previamente considerata. In *M.C. e al. c. Italia*, cit., la causa di "pubblica utilità" ex art. 1 Prot. 1, che sorregge la normativa statale che nega la rivalutazione dell'indennità ai malati da emotrasfusione, non esime la Corte dal valutare se l'ingerenza statale rispetti il «giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo»⁷⁸ e se sussista un «rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito»⁷⁹. Tenendo conto del fatto che l'indennità integrativa speciale costituiva il 90% dell'indennizzo globale e che essa copriva i costi dei trattamenti sanitari cui era connessa l'aspettativa circa le possibilità di sopravvivenza, la Corte conclude che la disciplina ha posto "un carico anormale ed esorbitante" sui ricorrenti⁸⁰. Ciononostante, essa prende in esame la dedotta violazione dell'art. 14, rilevando che sussistono disparità tra individui versanti in condizioni analoghe e come anche le disparità dichiarate incostituzionali con sentenza del giudice delle leggi non siano state di fatto ancora eliminate a beneficio del gruppo di ricorrenti⁸¹.

Di grande interesse per la descrizione del modo in cui opera il *test* di proporzionalità è il caso *Quilichini c. France*, 14 mag. 2019, riguardante la materia ereditaria. Nonostante la Francia a seguito della condanna nel caso *Mazurek* dell'1 feb. 2000 avesse soppresso, con l. n. 2001-1135 del 3 dicembre 2001, le discriminazioni dei figli adulterini sul piano successorio, nel caso di specie la nuova legge non era stata applicata alla ricorrente, che contesta l'errore di diritto nell'atto notarile lesivo delle sue prerogative garantite dalla Convenzione. Le autorità giurisdizionali francesi avevano respinto ogni rivendicazione successoria avanzata dall'interessata, sulla base del regime transitorio disposto dalla novella legislativa, che la rendeva applicabile alle sole controversie aperte e non ancora concluse al 4 dicembre 2001⁸².

Già in un rilevante precedente, la sentenza *Fabris c. Francia* (Grande Camera, 7 feb. 2013), riguardante un riparto successorio temporalmente collocato prima della novella del 2001, si era affermato, da una parte, che la discriminazione dei figli per il solo motivo della loro nascita fuori dal matrimonio perseguiva lo scopo legittimo della protezione dei diritti acquisiti dagli altri eredi e, dall'altra, che essa nel caso di specie non poteva dirsi proporzionata al principio di sicurezza giuridica, in quanto non solo gli altri eredi non ignoravano l'esistenza del fratello ma avevano anche visto relativizzarsi le loro aspettative dalla pronuncia *Mazurek*, intervenuta mentre era in corso la controversia ereditaria nell'ordinamento di origine.

⁷⁸ § 82. *Adde sent. Sporrang e Lönrroth c. Svezia*, 23 sett. 1982, § 69.

⁷⁹ Ancora *M.C. e al. c. Italia*, cit., § 82. *Adde sent. Pressos Compania Naviera S.A. e al. c. Belgio*, 20 nov. 1995, § 38.

⁸⁰ *Lecarpentier e al. c. Francia*, cit., §§ 48-53 e *Agrati e al. c. Italia*, cit., §§ 78-85.

⁸¹ *M.C. e al. c. Italia*, cit., §§ 99-104.

⁸² E non anche a quelle definitivamente decise, per le quali i diritti successori dei figli adulterini non erano invocabili nemmeno richiamandosi alla Convenzione.

Parallelamente, nel caso *Quilichini*, la Corte ritiene che se l'iniziale divisione notarile, risalente al 1992, poteva non apparire in flagrante contraddizione con la Convenzione, ciò non poteva dirsi anche per il riparto del bene contestato, avvenuto nel 2005: l'atto notarile di divisione di tale bene, situato in Corsica, era intervenuto dopo l'entrata in vigore della legge e il precedente *Mazurek*, recependo un accordo transazionale basato sul consenso della ricorrente viziato da errore sulla qualità dei propri diritti: come tale assoggettabile a ricorso per farne valere la nullità (§§ 40-41). A quella data in effetti – come mostra l'orientamento giurisprudenziale, ricostruito nel caso *Fabris*, che erige il divieto di discriminazioni fondate sul carattere naturale del legame di parentela a norma espressiva dell'ordine pubblico europeo (§ 57) – solo ragioni molto serie potevano portare a stimare compatibile con la Convenzione una distinzione fondata sulla nascita fuori dal matrimonio⁸³. Questa sequenza temporale incide pesantemente sulla valutazione della proporzionalità: la Corte ritiene che gli eredi legittimi sapessero o dubitassero che la loro richiesta successoria, quale era stata precedentemente definita ed accettata in sede contenziosa nel 1992, avrebbe potuto essere parzialmente revocata in causa (§§ 39-42). La protezione dei diritti successori degli eredi legittimi non assume dunque un peso tale da comportare la sua prevalenza sulla pretesa della ricorrente di ottenere la divisione del bene in parti uguali (§ 43): la Corte conclude che non sussiste rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo legittimo perseguito e che pertanto la differenza di trattamento non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, ridondando in violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 1 Prot. 1.

È da notare come i giudici di Strasburgo tendano a massimizzare i principi affermati sin dal 2000 nella sua giurisprudenza sulla parificazione tra figli nati dentro e fuori dal matrimonio, pervenendo ad un'applicazione retroattiva della novella francese in materia successoria che si è uniformata ad essi, attraverso l'"espediente" di far rientrare gli atti di esecuzione della divisione nella fase logico-giuridica-temporale in cui il rapporto si considera ancora pendente, non annettendo così efficacia preclusiva agli accordi transattivi incompatibili con detti principi.

L'argomentazione su cui poggia un simile rilevante risultato è l'uso "forte" della categoria della proporzionalità, che si caratterizza in ambito convenzionale per assumere connotati strettamente soggettivizzati: così nel caso di specie la certezza dei rapporti giuridici viene declinata come consapevolezza che l'assetto giuridico controverso possa essere ancora giuridicamente rimesso in discussione.

11. Il margine di apprezzamento e il raggio variabile della sua latitudine

In tutti i passaggi sopra evidenziati in cui è scandito il sindacato alla stregua del principio di eguaglianza, si annidano potenziali ingerenze nella discrezionalità legislativa. I giudici internazionali mostrano di essere consapevoli della delicatezza del sindacato, che compor-

⁸³ Sent. *Fabris c. Francia*, cit., § 59.

ta il controllo delle scelte politiche sottese all'introduzione di ogni disciplina differenziata da parte del legislatore, laddove affermano di non potersi sostituire alle autorità interne nell'interpretazione delle particolarità sociali e giuridiche, che contraddistinguono i singoli ordinamenti nazionali. In questo senso, la tutela giurisdizionale rimessa alla Corte europea si connota, recando anch'essa l'impronta strutturale e qualificante dell'intero modello convenzionale, come "sussidiaria" rispetto alla garanzia dell'uniforme applicazione dei diritti assicurata in ambito statale⁸⁴. Tale rapporto di sussidiarietà vale in maniera rafforzata qualora nell'ordinamento nazionale la misura *sub iudice*, se a carattere legislativo, sia stata assoggettata allo strumento di controllo tipico della salvaguardia del principio di eguaglianza, che è il sindacato di ragionevolezza delle leggi.

Il congegno tecnico attraverso cui questo coordinamento si realizza è la categoria argomentativa costituita dal rispetto del *margin di apprezzamento* statale (che in questo contesto, e sempre che la misura che si presume discriminatoria sia di origine legislativa, svolge una funzione omologa all'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa nel sindacato sulle leggi)⁸⁵.

Considerato da alcuni espressione di una vera e propria *doctrine* e da altri un'"invenzione" della Corte ed in mancanza di esplicite previsioni testuali nella Convenzione, l'appello al margine di apprezzamento costituisce una ormai consolidata «tecnica di giudizio»⁸⁶, che rinviene il suo solido fondamento nel ruolo suppletivo del garante internazionale regionale dei diritti umani, ruolo cui corrisponde il riconoscimento di una posizione privilegiata, o comunque migliore, dello Stato nel valutare le situazioni interne che legittimano la limitazione in concreto di un certo diritto.

In particolare, nelle complesse e articolate fasi che scandiscono il giudizio di eguaglianza, gli Stati contraenti godono di un tasso di valutazione discrezionale nello stabilire se e fino a che punto le differenze rinvenibili in situazioni altrimenti simili siano tali da giustificare una differenza di trattamento. L'ampiezza del margine di apprezzamento non è tuttavia fissa e predeterminata una volta per tutte, ma varia a seconda delle circostanze, della materia interessata e del suo *background*⁸⁷.

⁸⁴ Qui il carattere della sussidiarietà viene in rilievo nell'accezione generale ben nota di criterio di coordinamento tra tutela statale dei diritti fondamentali e tutela convenzionale.

La correlazione tra il rispetto delle valutazioni legislative e la principale caratteristica del sistema convenzionale, emergente già dal citato *Caso linguistico belga*, è rilevata da R. BIN, *Art. 14 (Divieto di discriminazione)*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2001.

⁸⁵ Effettua un parallelo tra l'uso della categoria del margine di apprezzamento e la dichiarazione con cui la Corte costituzionale si arresta *in limine litis* ex art. 28 l. n. 87/1953 anche P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna 2007, 162.

⁸⁶ Ancora ID., *op. cit.*, 149. Per le diverse visioni in argomento, v. R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. int.*, 1991, 571 ss. e E. BENEVISI, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *N.Y.U. Journ. Int. Law & Pol.*, 31, Summer 1999, 843.

⁸⁷ *Ex multis*, *Chabouty c. Francia*, cit., § 49; *Chassagnou e al.*, cit., § 91 e Grande Camera, *Konstantin Markin c. Russia*, 22 mar. 2012, §§ 125-26.

La sua estensione oscilla entro un *range* che va da un massimo ad un minimo. Da una parte, il margine di apprezzamento di cui lo Stato gode nell'assicurare il rispetto della Convenzione si estende sensibilmente, quando si tratta di adottare misure economiche e sociali, ivi incluse le misure fiscali⁸⁸. In ogni caso, tali decisioni rimangono pur sempre assoggettate al vaglio della Corte, dovendo essere realizzate in modo non discriminatorio e tale da soddisfare il requisito di proporzionalità⁸⁹. Le Parti contraenti godono di ampi spazi di valutazione anche nell'area dei diritti politici, particolarmente nell'assicurare il diritto di voto, previsto dall'art. 3, Prot. 3, annesso alla Cedu, come viene ribadito nel caso *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, in cui veniva in discussione la sottrazione del diritto di voto alle elezioni politiche nei confronti di due cittadini dichiarati legalmente incapaci, come previsto dalla sez. 29 della Costituzione danese e dalla sez. 1 della legge danese sulle elezioni parlamentari⁹⁰. In tale decisione, concorre a far sì che sia accordato allo Stato un margine di apprezzamento piuttosto elevato la *particolare qualità della valutazione parlamentare e giurisdizionale* sulla necessità della misura. In particolare, la Suprema Corte nazionale si era già espressa sulla ragionevolezza della limitazione, soffermandosi con attenzione sul bilanciamento degli interessi contrapposti e tenendo conto dei precedenti della Corte ed in materia⁹¹. In accordo con il carattere sussidiario del sistema convenzionale, dunque, si riconosce che, in virtù della loro legittimazione democratica, le autorità nazionali si trovano in linea di principio in una posizione migliore rispetto ad una Corte internazionale per valutare bisogni e condizioni locali⁹². La qualità dell'accertamento sulla legittimità della misura svolto nell'ordinamento nazionale può considerarsi in fin dei conti alla stregua di un *corollario* argomentativo della categoria del margine di apprezzamento.

Dall'altra, il suddetto margine si riduce quando una restrizione nel godimento dei diritti fondamentali è applicata ad un gruppo di persone particolarmente vulnerabili, per aver sofferto in passato di considerevoli discriminazioni. In questa ipotesi, la discrezionalità concessa allo Stato è particolarmente limitata, nel senso che sono richieste "ragioni molto serie" («*very weighty reasons*») per giustificare la restrizione⁹³. La ragione di questo approccio, che colpisce certe classificazioni *in quanto tali*, è che i gruppi in questione sono stati storicamente soggetti a pregiudizio, con conseguenze che si sono protratte nel tempo e tradotte nella loro esclusione sociale. Tale pregiudizio potrebbe comprendere anche l'incidenza degli stereotipi a livello legislativo, in misura tale da aver impedito una valutazione appropriata di corrispondenti capacità e bisogni («*Such prejudice could entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs*»). La Corte ha già identificato una serie di gruppi vulnerabili che hanno subito disparità di trattamento a causa delle loro caratte-

⁸⁸ *Guberina c. Croazia*, cit., § 73; Grande Camera, *Hämäläinen c. Finlandia*, 16 lug. 2014, § 109 (sull'assenza di un obbligo di previsione del *same-sex marriage* discendente dalla Cedu).

⁸⁹ *Guberina c. Croazia*, cit., § 73; *R.Sz. c. Ungheria*, 2 lug. 2013, § 54.

⁹⁰ *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, 2 feb. 2021, cit., §§ 92-93.

⁹¹ *Ibidem*, § 110, in cui si richiama la sentenza della Corte Suprema danese del 18 gen. 2018.

⁹² *Ibidem*, § 93 e, tra gli altri, Grande Camera, *Lekić c. Slovenia*, 11 dic. 2018, § 108.

⁹³ *Guberina c. Croazia*, cit., § 73.

ristiche o del loro *status*, ivi inclusa la disabilità⁹⁴; con riguardo ai provvedimenti riguardanti bambini con disabilità, bisogna tener conto peraltro prioritariamente di quale sia il miglior interesse del minore⁹⁵.

Nel formulare la sua posizione sul rispetto del margine di discrezionalità statale, la Corte edu non manca di puntualizzare costantemente che, *quale che sia l'ampiezza* del margine di apprezzamento di cui gode lo Stato, la decisione finale sull'osservanza di quanto la Convenzione richiede le spetta in ogni caso⁹⁶.

Infine, viene ribadito che gli stessi principi affermati in generale valgono con riguardo alla necessità di trattare gruppi di persone in maniera diversa al fine di correggere “diversità fattuali” sussistenti tra loro («*in order to correct “factual inequalities between them”*»)⁹⁷.

12. La verifica della sussistenza di un common ground e l'estensione della tutela al di là del minimum

In conclusione occorre soffermarsi su un ultimo aspetto che determina la latitudine del margine di apprezzamento concesso allo Stato nel differenziare tra loro le situazioni giuridicamente rilevanti: l'esito dell'indagine sull'esistenza di orientamenti comuni nelle legislazioni degli ordinamenti degli Stati aderenti.

Nel recentissimo caso danese attinente al rispetto dei diritti politici sopra citato⁹⁸, in cui i giudici europei sono chiamati a confrontarsi con la delicata questione della privazione del diritto di voto a carico dei soggetti legalmente incapaci, al fine di avallare la legittimità del *disenfranchisement* acquista rilievo decisivo l'assenza di un *common ground* sul punto controverso, tanto in Europa quanto sul piano internazionale. Basandosi sul rapporto dell'*European Union Agency for Fundamental Rights* del 21 maggio 2014, intitolato “*The right to political participation for persons with disabilities: human rights indicators*”, si rileva infatti che anche altri Paesi europei conoscono legislazioni restrittive del diritto di voto nei confronti di persone private della capacità giuridica (oltre alla Danimarca, ciò vale precisamente per Belgio, Bulgaria, Cipro, Estonia, Germania, Grecia, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Romania and Slovacchia).

La Corte estende il suo campo d'indagine oltre i confini del vecchio continente, rilevando nel caso di specie come un'uniformità di posizioni e dunque un *consensus* sull'opportunità di dissociare la capacità di voto della generica capacità giuridica – riconoscendo la prima pur in difetto della seconda – manchino pure a livello internazionale (come

⁹⁴ V. *G.L. c. Italia*, 10 sett. 2020, § 54; *Guberina c. Croazia*, cit., § 73; *Glor c. Svizzera*, cit., § 84; *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 mag. 2010, § 42 e *Kiyutin c. Russia*, 10 mar. 2011, § 63 (sul rifiuto di rilasciare permesso di soggiorno agli stranieri affetti da HIV).

⁹⁵ *G.L. c. Italia*, cit., § 34.

⁹⁶ *Guberina c. Croazia*, cit., § 73: «In any case, however, irrespective of the scope of the State's margin of appreciation, the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court». *Adde G.L. c. Italia*, cit., § 54; *Grande Camera, Konstantin Markin c. Russia*, cit.

⁹⁷ *Guberina c. Croazia*, cit., §72; *Grande Camera, Stummer c. Austria*, 7 lug. 2011, § 88.

⁹⁸ *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, cit. (*retro*, par. 10).

dimostrano le non consonanti vedute espresse, da una parte, dall'art. 29 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità congiuntamente al Rapporto del 30 ottobre 2014 sulla Danimarca e, dall'altra, dalla Commissione di Venezia nell'Opinione n. 190/2002, che ammette – quando ricorrano cumulativamente certe condizioni – la possibilità che alcuni soggetti siano privati del diritto di voto)⁹⁹.

La circostanza che non sia ravvisabile una posizione comune sul piano legislativo tra gli Stati aderenti si ripercuote significativamente sull'ampiezza accordata al margine di apprezzamento, pur laddove esso – come nel caso considerato, attinente al trattamento riservato a gruppi vulnerabili quali le persone legalmente incapaci – debba essere considerato particolarmente ristretto. C'è infatti una minore probabilità che in tale ipotesi detto margine si reputi superato¹⁰⁰: in altri termini, in assenza di standard uniformi ci si rimette all'apprezzamento statale effettuato all'atto di dettare la misura limitativa, in quanto la mancanza di «un sufficiente grado di valori condivisi supporta la Corte per rifiutare il riconoscimento della nuova richiesta» di tutela avanzata dal ricorrente¹⁰¹.

Sempre in *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, sebbene precisi che il suo controllo, per il ruolo istituzionalmente affidatole, non possa mai ricadere sulla disciplina legislativa in astratto ma solo sull'eventuale pregiudizio arrecato ai diritti protetti dalla Convenzione nello specifico caso rimesso al suo accertamento¹⁰², la Corte edu – affermando che ciononostante la misura reputata pregiudizievole va inserita nel contesto – non manca di rilevare come lo sviluppo della legislazione danese abbia progressivamente limitato la schiera delle persone private del diritto di voto. Essa segnala infatti come i soggetti legalmente incapaci furono ammessi alle elezioni del Parlamento europeo ed a quelle regionali e locali nel 2016, secondo un approccio caratterizzato da un criterio di gradualità che, di per sé, corrispondendo alla mutata evoluzione della percezione sociale, non appare criticabile¹⁰³. Parimenti, nella causa *G.L. c. Italia*, cit., si afferma che è compito della Corte tenere conto dell'evoluzione del diritto internazionale ed europeo e rispondere al consenso che eventualmente emerga in tali ambiti circa gli standard da raggiungere nel settore interessato.

L'incidenza del consenso degli Stati sull'interpretazione dei diritti della Convenzione e sulla delimitazione della loro portata si ripercuote sull'incidenza complessiva del sistema convenzionale. Se, da una parte, rivendicazioni inedite, fuori dall'*hard core* del *minimum commune* garantito, stentano ad assurgere a istanze tutelabili in nome della Cedu fino a che non si fondino su un riconoscimento condiviso, dall'altra, in virtù della contrazione del margi-

⁹⁹ *Ibidem*, § 112.

¹⁰⁰ *Ibidem*, § 113. La Corte edu tende a ribadire, ai fini di una simile valutazione, la differenza che separa il caso *sub iudice* e il caso *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 mag. 2010, in cui soggetta alla privazione era una cerchia molto ampia di persone, comprendente tutti i soggetti mentalmente disabili e quelli sotto tutela, il che aveva esposto lo Stato alla censura di non aver assicurato alcuna rispondenza della misura restrittiva al principio di proporzionalità (*ibidem*, §§ 113 e 120).

¹⁰¹ P.G. CAROZZA, *Uses and misuses of comparative law in international human rights: Some reflections on the jurisprudence of the European Court of human rights*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 73, 5, July 1998, 1217 ss.

¹⁰² *V. Donohoe c. Irlanda*, 12 dic. 2013, § 73; Grande Camera, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*, 20 ott. 2011, §§ 69-70.

¹⁰³ *Strøbye e Rosenlind c. Danimarca*, cit., §§ 116 e 119.

ne di apprezzamento statale laddove un *consensus* sia ravvisabile, l'intervento dei giudici di Strasburgo tende ad assumere una accresciuta capacità di incidenza, guadagnando potenzialmente al suo raggio di tutela anche richieste di protezione non strettamente garantite sulla base dalla Convenzione. Attraverso l'impiego del criterio di giudizio costituito dal *common ground*, è possibile per la Corte tendere ad uniformare e omogeneizzare la portata e le forme della garanzia dei diritti nel contesto della "grande Europa", progressivamente anche al di là del *minimum* la cui salvaguardia è idealmente rimessa al sistema di tutela progettato dal Consiglio d'Europa.

Si tratta di una ulteriore via attraverso la quale la Corte con si limita in maniera rigida all'investitura originaria, valorizzando la concezione dinamica ed evolutiva della Convenzione come *living instrument*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Sull'*evolutive doctrine*, enunciata sin dalla sent. *Tyrer c. Regno Unito*, 25 apr. 1978, v. da ultimo R. LAWSON, secondo cui nello sforzo di persuadere l'uditorio della bontà di una sua nuova interpretazione, «(T)he better the Court manages to convey the message that its judgment is firmly grounded in a European consensus (...), the easier its judgments will be accepted»: *A living instrument: the evolutive doctrine - some introductory remarks*, in AA.VV., *Dialogue among judges 2020. The European Convention on Human Rights: a living instrument*, Atti del Seminario del 31 gen. 2020, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2020, 9.