

## Pluralismo culturale, moralità pubblica e tutela penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo

*Cultural pluralism, public morality and criminal enforcement in the case law of the European Court of Human Rights*

Gianluca Ruggiero

Professore Associato di Diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale

Sommario: 1. Premessa - 2. Aporie del paternalismo diretto: costringimento all'uso del velo - 3. Moralità pubblica e restrizione dei diritti della persona - 4. Ideologie religiose: *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera* - 5. La tutela della morale pubblica. *Friend c. Regno Unito* 24 novembre 2009: protezione degli animali - 5.1. Il margine di apprezzamento e la mancanza di consenso europeo. Il caso dell'incesto nella causa *Stübing c. Germania* del 12 aprile 2012 - 5.2. Nessuna protezione positiva per i matrimoni tra persone dello stesso sesso: *Hämäläinen c. Finlandia* - 5.3 La tutela della morale collettiva - 6. Conclusioni sui limiti del «margine di apprezzamento» nella valutazione delle questioni morali

### ABSTRACT

Il presente lavoro esamina taluni rapporti tra multiculturalismo europeo e intervento penale nelle limitazioni all'esercizio di alcuni diritti. Si è visto che la repressione penale di talune condotte culturalmente orientate o giustificate, è espressione di un paternalismo giuridico "forte", con risultati, però, alquanto modesti. La protezione penale dei "tabù" come il divieto di incesto e la ricerca di una morale europea condivisa ha portato la Corte di Strasburgo ad elaborare una nozione indeterminata di "margine di apprezzamento" con l'effetto di non rendere prevedibili le decisioni giurisprudenziali e di veder compressi oltre il necessario diritti fondamentali quali la libertà di manifestazione del pensiero e la vita privata e familiare. Una rivisitazione del "margine di apprezzamento" sarebbe auspicabile, soprattutto in considerazione della necessaria creazione, da parte della giurisprudenza della CEDU, di un autonomo concetto di moralità, di ordine pubblico alla luce della Convenzione e non del diritto dei singoli Stati.

\*\*\*

*This paper examines certain relationships between European multiculturalism and criminal intervention in the restriction of some rights. It has been seen that the criminal repression of certain culturally oriented or justified behaviours is an expression of 'strong' legal paternalism, with rather modest results, however. The criminal protection of "taboos" such as the prohibition of incest and the search for a shared European morality has led the Strasbourg Court to develop an indeterminate notion of "margin of appreciation", with the effect of making judicial decisions unpredictable and restricting fundamental rights such as freedom of expression and private and family life more than necessary. A review of the "margin of appreciation" would be desirable, especially in view of the need for the ECHR case law to create an autonomous concept of morality and public order in the light of the Convention and not of the law of individual States.*

## **1. Premessa**

Il panorama culturale che si presenta in Europa, seppur variegato, presenta un aspetto comune consistente nella rivendicazione di identità da parte dei singoli "gruppi" o community, porta la politica a doversi confrontare con il pluralismo rappresentato dalle communities, e ciò si risolve, in linea di massima, con il riconoscimento (pluralista, appunto) di questi ultimi.

L'interrogativo che innerva le seguenti riflessioni si sostanzia nel conflitto fra pluralismi: qual è il ruolo e la risposta del sistema penale quando un diritto culturale confligge con gli altri diritti?

Infatti, mentre vi sono diritti culturali perfettamente compatibili con gli altri, ve ne sono di confliggenti in tutto o in parte: si pensi solo a tutti i diritti/doveri connessi a pratiche di mutilazioni genitali, di sfregi, di assoggettamento della donna, di poligamia, che seguono le persone lungo i flussi migratori e che approdano in Europa.

L'impatto di queste condotte culturalmente orientate con il sistema penale genera considerevoli frizioni, tanto che esso si comporta non come inclusivo, ma "escludente" identificando i portatori di valori incompatibili con l'ordinamento quali "nemici" della società, stigmatizzandoli attraverso la formulazione di fattispecie ad hoc, come nel caso del delitto di cui all'art. 583 bis c.p. "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili".

Tali usanze trovavano certamente punizione alle previsioni delle lesioni personali gravi o gravissime, ma si avvertiva la necessità di una apposita, autonoma e più grave ipotesi incriminatrice, sia per sottolinearne il particolare disvalore (non solo quale menomazione dell'integrità fisica della donna ma

anche come concezione discriminatoria della stessa), sia per assicurare una maggiore certezza del divieto, indirizzando gli immigrati verso tipi comportamentali accettabili nell'ordinamento del Paese ospite, sia infine per eradicare certi tipi di convincimenti ancestrali che, nelle generazioni future non troveranno più riconoscimento<sup>1</sup>. Il diritto penale diventa propulsivo, educativo nei confronti dei cittadini: punisco oggi per non punire più domani.

Un simile atteggiamento è stato tacciato di paternalismo giuridico, soprattutto in considerazione del fatto che, da parte di colui che impone alla donna o alla bambina simili pratiche, presumibilmente vi è quasi sempre la convinzione di migliorarne la salute e lo *status* personale e sociale, in modo da assicurarle un futuro più prospero come moglie e come madre; e da parte di chi le subisce verosimilmente vi è spesso un sentimento di acquiescenza se non addirittura di piena adesione. D'altro canto, se un membro di una comunità in cui tali pratiche mutilative sono eseguite, la rifiuta (per sé o per la figlia), allontanandosi quindi dalle tradizioni del suo gruppo di appartenenza, rischia di andare incontro ad ostracismo da parte degli altri o di essere visto come vittima di influenze esterne.

L'atteggiamento paternalistico della norma penale si rinverrebbe nell'«interesse pubblico» all'irrestringibilità di una concezione costituzionale dell'uomo che viene categoricamente anteposto a qualsiasi interesse privato contrario all'esercizio della libertà individuale, tanto più che la valutazione secondo cui, se un determinato comportamento viola la «dignità umana», si esclude a priori qualsiasi tutela degli altri diritti fondamentali coinvolti<sup>2</sup>.

La dottrina tedesca, ad esempio, ha identificato il concetto di dignità intrinseca con la «protezione contro la propria volontà», motivo per cui è stato criticato come paternalistico e fuorviante<sup>3</sup>.

I diritti fondamentali riconosciuti dalle moderne Carte fondamentali sono rivolti alla tutela di persone concrete e non di proiezioni dell'uomo, per cui estendere l'ambito di protezione della dignità umana alla specie «umana», intesa come bene collettivo, rappresenterebbe un pericolo per il diritto fondamentale al

---

<sup>1</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 6<sup>a</sup> ed., 2016, p. 164.

<sup>2</sup> Cfr. GUTMANN TH., *Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus*, in *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende* (a c. di Schroth U. – Schneewind K. A. – Gutmann Th. – Fateh-Moghadam B.), Göttingen, 2006, p. 238 ss.

<sup>3</sup> SEELMANN K., *Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen*, in *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, (a c. di Amelung K. – Beulke W.), Heidelberg, 2003, pp. 853–867.

rispetto dovuto all'individuo, poiché invece di essere finalizzata alla protezione del singolo, proteggerebbe un'immagine dell'uomo che potrebbe essere utilizzata per strumentalizzare o paternalizzare l'individuo<sup>4</sup>.

In una moderna società multi-culturale sono rappresentati diversi valori che generano immagini divergenti dell'uomo. I beni protetti come la dignità del genere umano o dell'umanità si rivelerebbero un tentativo inadeguato di sfuggire prematuramente al dibattito sociale, negando così la pluralità sociale.

In un quadro normativo (morale o giuridico) che rispetti l'individuo in quanto tale e gli assegna ambiti intangibili di decisione individuale, gli interventi paternalistici sono a) fondamentalmente problematici, ovvero necessitano di una giustificazione, e devono essere b) limitati.

Si può affermare – e siamo in buona compagnia dei fautori della teoria comunitarista – che gli individui al di fuori della loro identità comunitaria del paese di provenienza, sono comunque in grado solo di perseguire idee arbitrarie e quindi carenti di vita “giusta”, cosicché non vi è margine di protezione delle decisioni autonome che confliggono con la tutela penale di interessi.

Si potrebbe poi, spingendoci oltre, rifiutare l'individualismo normativo e in particolare la prevalenza *prima facie* dei diritti individuali sui beni collettivi e sugli obiettivi politici, per sostenere un collettivismo aperto, che si occupa fin dall'inizio in modo prioritario o addirittura esclusivo dell'attuazione degli interessi della collettività.

Infine, sposando un utilitarismo radicale di tipo benthamiano, possiamo partire dal presupposto che l'unico obiettivo della morale e del diritto sia la massimizzazione aggregata degli interessi oggettivi di benessere delle persone interessate, consentendoci, quindi, di attribuire alla libertà decisionale e d'azione dei singoli un valore esclusivamente strumentale che, in caso di conflitto, deve sempre passare in secondo piano rispetto alla realizzazione degli interessi soddisfattori. L'autonomia avrebbe, dunque, una mera funzione fiduciaria per la massimizzazione del benessere individuale e l'azione paternalistica diventerebbe lo strumento normativo per la sua attuazione.

In via di estrema schematizzazione, nonostante sia in uso una definizione fenomenologica ampia del concetto di paternalismo<sup>5</sup>, è dato distinguere tra

---

<sup>4</sup> Cfr. GUTMANN TH., *Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus*, cit., p. 243.

<sup>5</sup> La terminologia è stata conosciuta da FEINBERG J., *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. III, New York. 1986, p. 61. Essa esclude dal campo di applicazione della critica al paternalismo le decisioni che sono sostanzialmente involontarie. Di seguito non si parlerà quindi di norme di protezione relative a bambini, persone incoscienti, ubriache, malate di mente o affette

paternalismo “forte” o “rigido”, che si ha quando vengono ostacolati desideri o decisioni (sufficientemente) autonomi, ovvero quando persone autonome (capaci di decidere o di dare il proprio consenso) devono essere protette “da se stesse” o dalle conseguenze delle loro decisioni.

L’attenzione si concentra quindi su un concetto “ristretto” di paternalismo, sul paternalismo statale come tentativo di proteggere le persone “da se stesse” per il loro presunto bene, con mezzi giuridici (fondamentalmente normativi, quindi standardizzati) quali l’obbligo, il divieto e la minaccia di coercizione, senza o contro la loro volontà.

Al paternalismo rigido si affianca un paternalismo “morbido”, tuttavia forte sia dal punto di vista morale che da quello giuridico<sup>6</sup>. Le norme morbide – ad esempio le procedure volte a determinare se un’azione presumibilmente autolesionista sia basata su una decisione sufficientemente volontaria – spesso interferiscono più intensamente con i diritti di libertà delle persone rispetto ai concetti normativi paternalistici rigidi applicati in modo restrittivo<sup>7</sup>.

---

da demenza, né a persone che evidentemente si sbagliano su circostanze essenziali. Cfr. per la definizione del termine paternalism: CULVER C.M.-GERT B., *The Justification of Paternalism*, in *Ethics*, 1979, 89, pp. 199–210; ID., *Philosophy in Medicine*, New York, 1982, p. 143 ss.; FEINBERG J., *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., 12 ss.; Archard 1990; BEAUCHAMP T., *The Concept of Paternalism in Biomedical Ethics*, in *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 14, 2009, Berlin, pp. 77-92; DWORKIN G., *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, 2010. Il paternalismo è indiretto (o improprio, DWORKIN G., *Sovereign Virtue*, cit. p. 216 ss.) quando si realizza attraverso divieti rivolti direttamente a persone diverse dal “beneficiario” dell’intervento paternalistico (ad esempio al medico) (cfr. FEINBERG J., *Harm to Self*, p. 9; HUSAK D.N., *Legal Paternalism*, in *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2003, 389 e, per quanto riguarda la tesi poco plausibile della “tendenza a preferire il paternalismo indiretto a quello diretto”, Birnbacher D., *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in *Paternalismus und Strafrecht* (a c. von Hirsch A. – Neumann U. – Seelmann K.), Baden-Baden, 2010, 18 e ss.). Sull’ulteriore distinzione, terminologicamente un po’ infelice ma oggettivamente significativa, tra un “paternalismo volitivo” (legittimabile entro certi limiti: *volitional paternalism*), che mira ad aiutare le persone interessate, attraverso misure coercitive, a raggiungere ciò che “desiderano per sé stesse”, e un paternalismo “critico” (*critical paternalism*), non legittimabile, in cui l’intervento mira a costringere le persone interessate ad agire o ad astenersi dall’agire in base alle loro convinzioni riflesse, v. DWORKIN G., *Sovereign Virtue*, cit. p. 216 ss. il quale distingue ulteriormente tra “paternalismo assistenziale” e “paternalismo morale” (*moral vs. welfare paternalism*) e la conseguente differenziazione tra paternalismo giuridico e moralismo giuridico.

<sup>6</sup> Cfr. in generale e con riferimento alla psichiatria SCHÖNE-SEIFERT B., *Paternalismus. Zu seiner ethischen Rechtfertigung*, in *Medizin und Psychiatrie - Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 14, Berlin, 2009, p. 113 ss.

<sup>7</sup> FATEH-MOGHADAM B.-GUTMANN TH., *Governing through Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2014, pp. 383-397.

## **2. Aporie del paternalismo diretto: costringimento all'uso del velo.**

Un buon motivo per proteggere le donne musulmane sussisterebbe, muovendo dalle teorie esposte, nel caso in cui queste fossero costrette dai propri mariti ad indossare il velo. Il codice penale francese all'art. 225-4-10 punisce (con un anno di reclusione e con una multa di 30.000 euro) colui che impone ad una o più persone di nascondere il proprio volto mediante minacce, violenza, coercizione, abuso di autorità o abuso di potere, a causa del loro sesso. Quando il fatto è commesso a danno di un minore, le pene sono aumentate a due anni di reclusione e a 60.000 euro di multa.

Inoltre, la Legge n. 2010-1192 dell'11 ottobre 2010 vieta di nascondere il volto nei luoghi pubblici, punendo i trasgressori con una sanzione contravvenzionale.

Stesso discorso vale per l'art. 563 *bis* del codice penale belga che punisce con una multa da quindici a venticinque euro e con la reclusione da un giorno a sette

---

Ciò può valere anche per la forma speciale del paternalismo "libertario" o "nudge", che punta ad aumentare la razionalità decisionale individuale (Cfr. CAMERER C.-ISSACHAROFF S.-LOEWENSTEIN G.-O'DONOGHUE T.-RABIN M., *Regulation for Conservatives. Behavioral Economics and the Case for Asymmetric Paternalism*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 2003, pp. 1211-1254).

Si parla anche di analisi costi-benefici "conservativa" (o 'asimmetrica') dei meccanismi di regolamentazione paternalistici alla luce delle ricerche sull'economia comportamentale. In primo piano, vi sono proposte che mirano a realizzare il progetto di un "debiasing through law" (JOLLS C.-SUNSTEIN C., *Debiasing through Law*, in *Journal of Legal Studies* 35, 2006, pp. 199-241) non attraverso divieti e obblighi (di scelta) che limitano direttamente la libertà e altre forme di coercizione, ma principalmente attraverso mezzi che cercano "solo" di spingere il singolo individuo (o tutti gli individui) a perseguire le proprie preferenze e, di conseguenza, il proprio benessere con maggiore razionalità, tenendo conto della limitatezza sia di quest'ultima che dell'autocontrollo.

In molti contesti, infatti, gli esseri umani sono razionali in modo limitato. Una risposta giuridica distintiva, ma non ancora sufficientemente estesa alla razionalità limitata, consiste nel tentativo di eliminare i pregiudizi attraverso la legge, indirizzando le persone verso direzioni più razionali. In molti ambiti, le analisi giuridiche esistenti sottolineano l'approccio alternativo di isolare i risultati dagli effetti di un comportamento razionale limitato che, di per sé, è dato per scontato. In realtà, tuttavia, molte strategie giuridiche sono tentativi di adottare un approccio diverso, ovvero eliminare i pregiudizi attraverso la legge riducendo o addirittura eliminando il comportamento razionale limitato delle persone.

Nella stessa direzione va il programma del "paternalismo più delicato" (VAN AAKEN A., *Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus*, in *Paternalismus und Recht*, Tübingen, 2006, pp. 109-144), che punta non da ultimo su "aiuti alla scelta" e su procedure deliberative o comunicative che garantiscono l'autonomia e che, per quanto riguarda i suoi effetti sulla libertà decisionale individuale, può essere ampiamente discusso sotto il titolo di una forma particolare, ma non affatto neutra dal punto di vista della libertà, di "paternalismo soft".

giorni (o con una sola di queste pene) coloro che, salvo disposizioni di legge contrarie, si presentano in luoghi accessibili al pubblico con il volto mascherato o nascosto in tutto o in parte, in modo tale da non essere identificabili. L'affermazione secondo cui il divieto di indossare il velo proteggerebbe le donne costrette ad indossarlo, è argomento sul quale conviene soffermarsi, proprio per constatare la validità delle teorie paternaliste.

L'argomento della costrizione è utilizzato, almeno implicitamente, nelle motivazioni ufficiali dei divieti di indossare il velo in Francia e in Belgio ed è spesso citato nelle discussioni pubbliche. A un esame più attento, tuttavia, l'implementazione della tesi si rivela problematica sia dal punto di vista empirico che da quello normativo o teorico-normativo. Da un lato, l'idea che molte donne in Europa siano costrette a indossare il velo non sembra essere ben fondata dal punto di vista fattuale. Tra le donne che indossano il velo integrale in Europa, una percentuale non trascurabile è costituita da convertite provenienti da un ambiente familiare non musulmano che hanno scelto attivamente uno stile di vita rigorosamente religioso. Anche le giovani donne provenienti da famiglie di cultura islamiche che decidono di indossare il velo devono spesso imporsi sui propri genitori che poco comprendono il fenomeno moderno del ritorno del velo.

Anche volendo sorvolare su queste osservazioni empiriche, v'è da dire che il divieto di indossare il *burqa* incontra contraddizioni normativo-teoriche irrisolvibili proprio quando si ipotizza, in modo controfattuale, che tutte le donne che indossano il velo integrale in Europa siano costrette a farlo. La tesi giustificativa della "costrizione" fallisce per ragioni normative o teorico-normative: la minaccia di sanzioni o punizioni contenuta dalla norma del divieto è diretta contro la donna, cioè contro la persona che la stessa norma dovrebbe proteggere.

Come tutte le cosiddette norme "direttamente paternalistiche", il divieto di coprirsi il viso così motivato si trova inizialmente di fronte alla contraddizione che alla persona che dovrebbe essere protetta da un male viene minacciato un male e, in caso di violazione del divieto, questo male viene anche inflitto. Una norma così contraddittoria acquista una certa plausibilità, anche se non convincente, solo se il destinatario della norma ha il potere di rispettare la norma comportamentale sanzionata.

Ciò vale, ad esempio, per le norme che vietano penalmente l'autolesionismo volontario e autonomo, com'era storicamente il caso del tentativo di suicidio

punibile<sup>8</sup>. Un divieto di indossare il *burqa* basato sull'argomento della coercizione avrebbe invece una struttura diversa ed eccezionale: essa presuppone che la donna sia vittima di un reato, ovvero di una coercizione punibile (§ 240 StGB tedesco o art. 610 c.p. italiano) o, come visto in Francia, di un reato appositamente creato, cioè la costrizione ad indossare il velo.

Attraverso il divieto di coprirsi il volto, la vittima del reato di coercizione viene punita una seconda volta, per aver collaborato in un certo senso – involontariamente – ad un reato contro se stessa. Un paradosso del genere è generalmente escluso dal diritto penale attraverso le regole generali della compartecipazione criminosa.

Dal punto di vista della presente ricerca, il motivo sostanziale dell'impunità della vittima risiede nel principio antipaternalistico secondo cui nessuno può, dal punto di vista penale, ledere i propri beni giuridici. Proprio questo correttivo viene eliminato dal divieto di occultarsi il viso in luogo pubblico se lo si basa sull'argomento della coercizione. Di conseguenza, la donna sarebbe punita per una condotta illecita (effettiva o solo presunta, ma non dimostrabile) del marito. Seguendo le linee argomentative proposte, l'argomento della costrizione è convincente contro, e non a favore, la punibilità dell'indossare velo.

Un'altra tesi giustificativa del mantenimento del divieto di indossare il *burqua* muove da diversa prospettiva, considerando la religiosità come deficit di autonomia. Secondo taluno, alcuni problemi dell'argomento della costrizione verrebbero meno se si riuscisse a qualificare la pratica del velo come non libera, nonostante l'assenza di una costrizione esterna. Il divieto di indossare il *burqa*

---

<sup>8</sup> L'esempio, riportato da Mills si colloca nel contesto teorico – anche se, come verrà dimostrato, non su basi solide – del diritto naturale (sostenuto più di recente nella filosofia giuridica e morale anglosassone, cfr. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, 1974, trad. it. 2024, p. 172), che almeno dal 1689, anno di pubblicazione dei due trattati sul governo di John Locke, parte dal presupposto che «ogni uomo è proprietario di se stesso». E, sebbene la versione del rapporto della persona con la propria esistenza fisica fondata cento anni dopo da Kant, in base al diritto della personalità, rappresenti la teoria concettualmente più appropriata (essa viene motivata da Kant, in opposizione a Locke, con l'argomento che dall'esistenza di doveri verso se stessi deriva che un essere umano è sì «padrone di sé stesso» [sui juris], ma non «proprietario di sé stesso» [sui dominus] di poter disporre di sé a proprio piacimento), il punto di forza della concezione del diritto della personalità come diritto di proprietà è evidente: essa implica, in primo luogo, che il potere di disposizione della persona su se stessa è in linea di principio illimitato, che cioè, come già notato da Kant, essa può «disporre di sé a proprio piacimento» e, in secondo luogo, che altre persone, compreso il sovrano, devono astenersi da qualsiasi violazione di questo rapporto con se stessi – in quanto proprietà protetta. Cfr. EL MASLOUHI A., *Constitutional Heteronomy in Kant's Legal Theory. An Internal Critique*, in *German Law Journal*, 2025, 1-19.

assumerebbe allora il carattere di una norma paternalistica morbida, attraverso la quale le donne vengono educate alla maturità mediante la coercizione statale.

Negare completamente la capacità di autodeterminazione ad un gruppo riconosciuto come bisognoso di protezione è una strategia nota nella discussione bioetica per evitare l'accusa di paternalismo duro. L'argomento del difetto di autonomia nel nostro contesto è sintetizzato come segue: le donne che, accecate dalla religione, decidono di indossare il velo integrale, non agiscono realmente di loro spontanea volontà, anche se non subiscono alcuna costrizione esterna.

La religiosità, almeno nelle sue forme ortodosse e quando è praticata in modo incondizionato, si rivela come una mancanza di volontà. Per illustrare la sua concezione di "autonomia relazionale", la filosofa morale americana Marina Oshana cita l'esempio di una dottoressa moderna, socializzata in Occidente, che decide di condurre la vita di una "donna talebana" e di coprirsi con il pesante abito della "burqa": *«Immaginate che questa donna abbia accettato volontariamente il ruolo di sottomissione e la conseguente rinuncia all'indipendenza, per devozione, per senso di vocazione e per sincera fede nella sacralità di questo ruolo, secondo le promesse di alcuni passaggi del Corano»*<sup>9</sup>. Nell'esempio, si dovrebbe inoltre supporre che la vita di sottomissione sia perfettamente coerente con i suoi valori spirituali e sociali, che le dia autostima e corrisponda alla sua idea di una vita buona. Possiamo definire autonoma una donna del genere? Evidentemente no, sostiene Oshana: *«Sarebbe esagerato definire 'autonoma' una persona il cui sincero apprezzamento della sottomissione o l'obbedienza incondizionata alle tradizioni religiose la portano a condurre una vita dipendente»*.

Nel contesto generale del contributo non è del tutto chiaro se sia effettivamente l'impegno incondizionato a uno stile di vita religioso a portare, secondo Oshana, all'esclusione dell'autonomia, o l'ipotesi, da distinguere rigorosamente, che la donna talebana soddisfatta di sé non possa più rivedere la propria decisione a causa di costrizioni esterne, a causa di questa mancanza di libertà esterna.

Anche a non voler insistere sul punto, il concetto di autonomia relazionale solleva la questione se i concetti di autonomia densi, come quelli attualmente discussi nella filosofia morale, possano acquisire rilevanza giuridica in modo tale

---

<sup>9</sup> OSHANA M., *How much should we value autonomy?* in *Autonomy* (a c. di Paul E.-Miller F. Jr.-Paul J.), Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2003, p. 60 ss; ID., *Personal Autonomy and Social Oppression. Philosophical Perspectives*, Routledge, New York-London, 2015.

da sostenere una legittimazione paternalistica “morbida” del divieto di *burqa*<sup>10</sup>. A questo proposito, non vi è alcun dubbio che i requisiti sostanziali che Oshana pone per l’attribuzione dell’“autonomia”, secondo la sua concezione, vanno ben oltre i requisiti giuridici per un’efficace autodeterminazione negli Stati costituzionali occidentali. La posizione centrale della libertà religiosa come diritto fondamentale e umano vieta di qualificare uno stile di vita religioso ortodosso come non autonomo in senso giuridico, anche e soprattutto quando questo si presenta come l'unica alternativa possibile per la persona, ad esempio a causa di un'esperienza rivelatrice.

Se la libertà di culto (*forum externum*) tutelata dalle Costituzioni moderne comprende il diritto dell’individuo ad orientare tutto il proprio comportamento agli insegnamenti della propria fede e di agire in conformità con le alle proprie convinzioni religiose, allora l’esercizio di questa libertà non può essere qualificato come non libero senza entrare in palese autocontraddizione. L’argomento secondo cui le donne completamente velate, anche se non sono vittime di coercizione, non agiscono “realmente volontariamente” a causa di una sorta di accecamento religioso è quindi giuridicamente insostenibile; una motivazione paternalistica del divieto di indossare il burqa è quindi esclusa.

Gli approcci esternalisti o costituzionalisti al concetto di “autonomia” offrono importanti insegnamenti agli egualitari relazionali su cosa significhi relazionarsi con gli altri alla pari. Tuttavia, ciò può sembrare sorprendente poiché questi approcci sono spesso criticati per la loro tendenza a sostenere interventi paternalistici o addirittura oppressivi. Si sostiene che etichettare qualcuno come non autonomo rischia di portare alla conclusione che gli individui oppressi dovrebbero avere meno diritti di prendere decisioni sulla propria vita, perché alle loro preferenze dovrebbe essere dato meno peso. Si dice, altresì, che le tesi esternaliste faticano a spiegare perché la coercizione paternalistica sia sbagliata se molte persone oppresse sono considerate non autonome a causa di ‘forze’ esterne.

Però, se accettiamo che (almeno alcune) relazioni socio-politiche siano costitutive dell’autonomia, da una prospettiva globale abbiamo forti ragioni per garantire che le persone si evolvano in un ambiente sociale e politico favorevole a tale autonomia.

---

<sup>10</sup> JI-YOUNG L., *Relational approaches to personal autonomy*, in *Philosophy Compass*, 18, 2023, p. 916.

In termini più positivi, questo approccio globale coglie l'idea che un insieme di politiche volte a modificare le norme sociali gerarchiche non esprime necessariamente l'idea che alcuni siano diseguali. Piuttosto, può esprimere quel fenomeno secondo cui la modifica delle norme strutturali richiede politiche che coordinino le azioni di molti individui interconnessi, poiché questi, da soli, hanno poche speranze di modificare le norme sociali pervasive. La comprensione costitutiva dell'autonomia supporta almeno due conclusioni principali. In primo luogo, determinate scelte non egualitarie possono meritare rispetto anche se non sono autonome. Nel caso della moglie deferente, ad esempio, la sua scelta individuale potrebbe non essere autonoma in senso esternalista. Tuttavia, il modo migliore per rispondere potrebbe essere quello di garantire che tutti abbiano accesso a un valido insieme di politiche pubbliche che garantiscano a tutti di poter uscire dalle relazioni interpersonali senza costi irragionevoli per sé stessi (ad esempio, garantendo il benessere sociale per tutti).

In secondo luogo, diverse misure indirette volte a uniformare le norme sociali e le relazioni informali tra le persone, possono essere implementate per promuovere il rispetto di sé e relazioni interpersonali egualitarie. Il punto è che gli egualitari relazionali che mirano a rispettare l'autonomia personale dovrebbero adottare una prospettiva globale e strutturale volta a garantire che gli individui abbiano la capacità di considerarsi uguali, di possedere le competenze e le capacità per sostenere un progetto di vita individuale e di essere in grado di avere il controllo sulle questioni fondamentali che riguardano la loro vita.

La constatazione che non può esistere una teoria normativa adeguata – e una critica – del paternalismo su base consequenzialista suggerisce che una giustificazione plausibile dei limiti del paternalismo dovrebbe basarsi su un principio non consequenzialista, ovvero deontologico, formulata nel quadro di una teoria del rispetto delle persone e della prevalenza del giusto sul buono. A nostro sommo avviso, rimandando alla dottrina di settore per gli ulteriori approfondimenti specifici<sup>11</sup>, la problematica del paternalismo lascia poco spazio all'affermazione secondo cui il consequenzialismo etico sarebbe sostenibile: l'etica consequenzialista racchiude in sé un enorme potenziale paternalistico e non dispone di controlimiti adeguati per contenerne la portata.

---

<sup>11</sup> JI-YOUNG L., *Relational approaches to personal autonomy*, cit.

### **3. Moralità pubblica e restrizione dei diritti della persona.**

Come già illustrato in precedenza, le garanzie fondamentali della CEDU prevedono che l'esercizio dei diritti della persona da essa garantiti possa essere limitato nel perseguimento di interessi pubblici, tra cui rientra esplicitamente anche la tutela della moralità pubblica. Emerge dalla giurisprudenza della CEDU una concezione plastica e in continua evoluzione del concetto di "moralità", volta in volta "adeguato" alle esigenze ed alle particolarità del caso concreto e ritenuto prevalente o soccombente nel giudizio di bilanciamento.

Nella serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo si evidenzia una prevalenza di decisioni relative alla vita privata e familiare (art. 8 cpv. 2 CEDU), alla libertà di espressione (art. 10 n. 2 CEDU) e alla libertà di riunione e di associazione (art. 11 CEDU) nel loro atteggiarsi rispetto alla moralità pubblica. Per limitare una garanzia della CEDU non è tuttavia sufficiente che lo Stato contraente coinvolto nel procedimento faccia valere una violazione della moralità pubblica: secondo un filone interpretativo consolidato una limitazione di una garanzia prevista della Convenzione è ammissibile se imposta dal diritto dello Stato contraente e solo se si rivela necessaria in una «società democratica». In particolare, l'interpretazione del requisito della "necessità" è al centro delle sentenze che, a titolo esemplificativo di seguito esaminiamo, poiché questo è a sua volta strettamente legato al margine di discrezionalità concesso agli Stati contraenti e ai limiti esterni che, con l'evolversi della giurisprudenza, gli sono stati attribuiti. Tra questi limiti spicca, per la sua importanza fondamentale ma anche per la problematica definizione, il c.d. "margine di discrezionalità" (*margin of appreciation*) e segna il mutamento dei valori apprezzati dai Giudici della Corte EDU.

Nella Causa *Handyside contro Regno Unito* del 7 dicembre 1976, la Corte ha stabilito che la confisca di un libro ritenuto osceno non violasse il diritto alla libertà di espressione. Richard Handyside aveva acquistato i diritti britannici di un libro che mirava ad educare i lettori adolescenti al sesso ed era stato condannato per possesso di pubblicazioni oscene a scopo di lucro ai sensi dell'*Obscene Publications Act* inglese del 1959. La Corte ha concluso che l'intento della legge di proteggere i minori, così come la sua applicazione misurata e precisa, soddisfacevano i requisiti per una restrizione della libertà di espressione nell'ambito del margine di apprezzamento dello Stato per determinare ciò che è "necessario in una società democratica".

Questo è stato uno dei primi casi relativi alla libertà di espressione esaminati dalla Corte, dove si è cercato di fissare uno standard per i casi successivi e che viene applicato ancora oggi. In particolare, ha stabilito il principio secondo cui «*la libertà di espressione [...] si applica non solo alle "informazioni" o alle "idee" accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, scandalizzano o disturbano lo Stato o qualsiasi settore della popolazione*».

In sostanza, la garanzia della libertà di espressione vale anche per quelle che risultano moleste, irritanti, infamanti od oltraggiose, poiché ciò è richiesto dalle esigenze del pluralismo, della tolleranza e dell'apertura mentale, senza le quali non esisterebbe una società democratica, motivo per cui ogni limitazione del diritto alla libertà deve essere proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito. Tuttavia, nonostante il fondamentale principio di diritto enunciato, in questa decisione il «*marginale di apprezzamento*» è stato interpretato in modo così ampio che non è stata effettuata alcuna verifica della proporzionalità in concreto.

Infatti, la Corte non ha ritenuto esistente un consenso europeo in materia di tutela della morale pubblica, in particolare per quanto riguarda i minori. Pertanto, agli Stati dovrebbe essere lasciato un margine di discrezionalità nel decidere se una determinata misura sia «*necessaria*». Allo stesso tempo ha sottolineato che il criterio della «*necessità*» è rigoroso: «*Sebbene l'aggettivo "necessario" [...] non sia sinonimo di "indispensabile" [...] né delle espressioni "assolutamente necessario" e "strettamente necessario" [...], esso non ha nemmeno la flessibilità di espressioni quali "ammissibile", "ordinario", "utile", "ragionevole" o "auspicabile"*» (§48).

Questa statuizione è stata confermata nella causa *Müller e altri c. Svizzera* del 1988, relativa all'imposizione di una multa ad un gruppo di artisti per dipinti osceni esposti da parte Josef Felix Müller ed altri nove artisti nell'ex Seminario Maggiore di Friburgo. La Corte ha motivato la sua decisione definendo il termine «*osceno*» rifacendosi alla nozione così come elaborata dalla giurisprudenza federale e cantonale elvetiche, secondo cui è «*osceno qualsiasi oggetto che offenda in modo inaccettabile il senso del pudore sessuale; l'effetto dell'oscenità può essere quello di eccitare sessualmente una persona normale o di disgustarla o respingerla. ... Il criterio di oscenità che deve essere applicato dal tribunale è se l'impressione complessiva dell'oggetto o dell'opera causi offesa morale a una persona di normale sensibilità ...*» (§ 18).

I dipinti in questione mostrano un'orgia di pratiche sessuali innaturali (sodomia, bestialità, petting), raffigurate in modo crudo e in grande formato; essi sono suscettibili di offendere gravemente il senso di decenza sessuale delle persone di normale sensibilità. La licenza artistica invocata dal ricorrente non può in alcun modo modificare tale conclusione nel caso di specie.

Secondo il Tribunale federale elvetico un'opera d'arte non è tuttavia oscena se l'artista riesce a presentare soggetti di natura sessuale in una forma artistica tale da attenuare il loro carattere offensivo e far sì che esso non prevalga. Nel decidere il tribunale penale non deve valutare l'opera attraverso la lente di un critico d'arte (il che spesso sarebbe inopportuno), ma deve decidere se l'opera è suscettibile di offendere un visitatore ignaro.

Una importante innovazione rispetto al passato – anche se le conclusioni non sono in linea con le premesse – è che in questo caso la Corte EDU non si è basata solo sulla migliore conoscenza dei tribunali nazionali in merito alle concezioni dei requisiti morali rappresentate nelle rispettive leggi, ma ha esplicitamente menzionato, oltre all'ordinamento giuridico, anche l'ordinamento sociale generale (nazionale ed europeo). Non esiste una concezione europea uniforme della moralità, motivo per cui la protezione delle garanzie della CEDU deve essere intesa come sussidiaria rispetto al sistema nazionale dei diritti fondamentali. In particolare, data la mutevolezza locale e temporale del concetto di moralità, la competenza a valutarla spetta ai tribunali nazionali. Ciò comprende non solo la definizione dei requisiti sostanziali della moralità pubblica, ma anche la statuizione circa la necessità di restringerla o di sanzionarla per soddisfare tali condizioni.

Necessario, nel linguaggio della Corte, implica l'esistenza di un «bisogno sociale urgente». Gli Stati contraenti dispongono di un certo margine di apprezzamento nel valutare l'esistenza di tale necessità, ma ciò va di pari passo con una supervisione europea che abbraccia sia la legislazione che le decisioni che la applicano, emesse da un tribunale indipendente.

#### **4. Ideologie religiose: *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera***

Con questa decisione del 13 luglio 2012 la Grande Camera della Corte europea prende in esame il rifiuto delle autorità svizzere di autorizzare una campagna pubblicitaria su cartelloni da parte del movimento ricorrente, con la motivazione che le sue attività (tra cui la promozione della clonazione umana e della meditazione sensuale o risveglio sensuale nei minori) fossero immorali e

contrarie all'ordine pubblico. Con una maggioranza di 9 voti contro 8, la Grande Camera ha confermato la precedente sentenza della Camera semplice secondo cui la decisione svizzera rientrava nel margine di apprezzamento, tra l'altro perché la campagna pubblicitaria era più simile per sua natura a un discorso commerciale che a un discorso politico, a causa della sua caratterizzazione proselitistica.

Il caso presenta una serie di caratteristiche insolite, non ultima delle quali è lo stesso Movimento Raeliano, un'organizzazione senza scopo di lucro che cerca di entrare in contatto con gli extraterrestri. La sentenza della Grande Camera ha anche implicazioni per la pubblicità e, in particolare, per l'uso dei collegamenti ipertestuali.

La Corte ha inoltre affermato che il margine di discrezionalità nazionale nella valutazione delle convinzioni personali non politiche che riguardano la sfera morale o religiosa deve essere considerato particolarmente ampio.

In un caso del genere, le autorità nazionali sono in una posizione migliore per valutare se un divieto sia necessario per proteggere la salute, la moralità o i diritti di terzi e per prevenire reati. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è quindi limitata, analogamente ai casi *Handyside c. Regno Unito* e *Müller e altri c. Svizzera*, a constatare che le autorità svizzere avevano deciso in modo ragionevole nel senso più ampio del termine.

Come detto si tratta di una decisione non facile e ciò si desume anche dal numero di giudici contrari e della *dissenting opinion* del giudice Pinto del Albuquerque. Proprio nella prospettiva di un concetto di moralità europea cui la Corte EDU si è spesso agganziata per avallare la legittimità di un intervento restrittivo dello Stato, si può richiamare, in senso contrario, una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, il quale ha stabilito che l'amministrazione dell'aeroporto di Francoforte non aveva il diritto di vietare, nell'area di check-in, la distribuzione di volantini che criticavano la politica di espulsione del governo. Nel pronunciarsi sulla violazione della libertà di espressione, il Tribunale Costituzionale ha ritenuto, in conformità con il "modello del forum pubblico" della giurisprudenza nord americana e canadese<sup>12</sup>, che il desiderio di creare

---

<sup>12</sup> Nel caso fondamentale *Hague* contro CIO, 307 US 496 (1939), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che un'ordinanza municipale che richiedeva un permesso per un'assemblea pubblica nelle o sulle strade pubbliche, autostrade, parchi pubblici o edifici pubblici della città era nulla. Il principio stabilito dalla Corte Suprema era che "[a] prescindere da chi detenga la proprietà delle strade e dei parchi, essi sono stati da tempo immemorabile gestiti in trust per l'uso del pubblico e, da tempo immemorabile, sono stati utilizzati per scopi di assemblea, comunicazione di idee tra

un'atmosfera piacevole (atmosfera di benessere) per i viaggiatori, al di fuori di qualsiasi dibattito politico o sociale, non poteva giustificare il divieto di distribuire i volantini in questione in uno spazio pubblico come l'area di *check-in* di un aeroporto. Né potevano giustificare alcuna restrizione alla libertà di espressione ragioni legate al contenuto, ovvero il fatto che la distribuzione dei volantini fosse stata vietata perché l'amministrazione aeroportuale non condivideva le opinioni espresse, le disapprovava o le considerava dannose per le sue attività. Il Tribunale, tuttavia, si dimostrò favorevole ad ammettere restrizioni alla libertà di espressione in alcuni luoghi pubblici sensibili in cui sussisteva «*il timore concreto che si verificassero incidenti gravi*»<sup>13</sup>.

Come detto, quindi, la dottrina del *forum pubblico* riveste un'importanza fondamentale per i regimi democratici, poiché si basa sul principio della neutralità dei contenuti della regolamentazione statale della libertà di espressione in pubblico. Secondo tale principio non si sostiene che lo Stato approvi tutti i messaggi diffusi nelle strutture e negli spazi pubblici: non si presume cioè che lo Stato ne approvi tacitamente o espressamente il contenuto. Ciò è espressione del principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e del corrispondente divieto di discriminazione dei cittadini da parte delle autorità pubbliche.

La Corte EDU accerta che l'ingerenza dello Stato nella estrinsecazione delle libertà individuali, restringendone l'esercizio, sia «necessaria in una società democratica», vale a dire che corrisponda a un «bisogno sociale urgente» e sia «proporzionata allo scopo legittimo perseguito», e che le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza siano quindi «pertinenti e sufficienti» ai fini dell'articolo 10, paragrafo 2, della Convenzione<sup>14</sup>. Pertanto, l'interferenza con la libertà di espressione è giustificata se soddisfa un doppio criterio: il criterio della necessità e il criterio della proporzionalità. Il criterio della necessità valuta se l'interferenza con il diritto o la libertà promuove adeguatamente il "bisogno sociale" (interessi sociali e diritti e libertà altrui) perseguito e non va oltre quanto necessario per soddisfarlo.

---

i cittadini e discussione di questioni pubbliche". Altri casi di forum pubblici riguardano l'area esterna all'edificio della Corte Suprema (Stati Uniti contro Grace, 461 US 171 (1983)), o marciapiedi (Frisby contro Schultz, 487 US 474 (1988)).

Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component, (2009) 2 SCR 295.

<sup>13</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats, 21 febbraio 2011.

<sup>14</sup> Cfr. Corte EDU, *The Sunday Times v. The United Kingdom* (no. 1), 26 aprile 1979, § 59.

Il test di proporzionalità mostra se è stato raggiunto un giusto equilibrio tra i diritti, le libertà e gli interessi in conflitto, garantendo al contempo il rispetto dell'essenza (o del nucleo minimo) del diritto o della libertà. La caratterizzazione formale di un luogo come pubblico in considerazione della sua funzione principale non è dirimente per risolvere la questione, ma è certamente un elemento prezioso, tra gli altri, per accertare il diritto, la libertà o l'interesse prevalente. Oltre a questo elemento spaziale, il bilanciamento tiene conto anche della natura, della forma e della tempistica del discorso, dello status di chi parla, della natura e del grado di interferenza e del bisogno sociale da soddisfare.

Fatte salve le restrizioni imposte dagli interessi sociali e dai «diritti e libertà altrui» previsti dall'articolo 10, paragrafo 2, della Convenzione, la libertà di espressione in pubblico vige non solo per le idee che sono accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, scandalizzano o disturbano la maggioranza

Il "pluralismo" viene qui salvaguardato ma può essere messo in relazione con altri diritti, fra i quali spicca l'art. 8 della Convenzione (rispetto della vita privata). Sebbene la stampa non debba oltrepassare certi limiti, in particolare per quanto riguarda la tutela della reputazione e dei diritti altrui, il suo compito è comunque quello di diffondere, in modo coerente con i propri obblighi e responsabilità, informazioni e idee su tutte le questioni di interesse pubblico. Pertanto, il compito di rendere informazioni comporta necessariamente «doveri e responsabilità», nonché limiti che la stampa deve imporsi spontaneamente<sup>15</sup>.

Al diritto di propalare notizie e idee fa da contraltare il diritto del pubblico di riceverle, altrimenti la stampa non sarebbe in grado di svolgere il suo ruolo fondamentale di "cane da guardia pubblico"<sup>16</sup>. Infine, sebbene la pubblicazione di notizie sulla vita privata di personaggi pubblici abbia generalmente finalità di intrattenimento piuttosto che di informazione, essa contribuisce alla varietà delle informazioni a disposizione del pubblico e beneficia indubbiamente della protezione dell'articolo 10 della Convenzione. Tuttavia, tale protezione può cedere il passo ai requisiti dell'articolo 8 quando le informazioni in questione sono di natura privata e intima e la loro diffusione non riveste alcun interesse pubblico.

La Corte ha riconosciuto che agli Stati contraenti è concesso un ampio margine di apprezzamento nella regolamentazione del diritto di manifestare il

---

<sup>15</sup> Corte EDU, *Mater contro Turchia*, n. 54997/08, 16 luglio 2013, § 55.

<sup>16</sup> Corte EDU, *Ouderc e Hachette Filipacchi Associés contro Francia*, 10 novembre 2015, § 88.

pensiero in relazione a questioni di interesse privato, come quelle che rientrano nella sfera religiosa e di tipo commerciale.

Tuttavia, l'articolo 10, paragrafo 2, della Convenzione lascia un ridotto margine di manovra al potere statale nei confronti della libertà di espressione politica o di questioni di interesse generale

Le dichiarazioni del movimento sembrano avvicinarsi più al dibattito filosofico, poiché l'associazione ricorrente sostiene di discutere il rapporto tra scienza e religione e di divulgare un messaggio presumibilmente trasmesso dagli extraterrestri a questo proposito. Il Movimento non solo pretende di trasmettere un messaggio sul futuro dell'umanità, ma anche sul modo in cui gli uomini e le donne di oggi dovrebbero vivere, da cui derivano implicazioni etiche. Se poi si tiene conto, come hanno fatto i tribunali nazionali, dei riferimenti presenti sul sito web dell'associazione ricorrente alla geniocrazia e alla campagna per i diritti delle donne, il discorso in questione assume anche una chiara connotazione politica, rafforzata da una critica generale all'attuale modello delle strutture sociali, politiche ed economiche delle società occidentali. Indipendentemente dal valore filosofico intrinseco del discorso, che ovviamente non rientra nella giurisdizione della Corte, è innegabile che esso descriva una «visione generale del mondo». Di conseguenza, la natura onnicomprensiva e eterogenea del discorso dell'associazione ricorrente, che coinvolge diverse questioni di interesse generale, restringe l'ampiezza del margine di apprezzamento concesso allo Stato.

La Corte ha concordato con la posizione della Camera inferiore secondo cui i tribunali nazionali hanno fornito motivazioni «pertinenti» e «sufficienti» per vietare il manifesto (§ 72). Ha ritenuto necessario che i tribunali nazionali esaminassero il sito web dell'associazione perché l'impatto causato dal manifesto sarebbe stato amplificato dai suoi collegamenti ipertestuali, dato che tutti, compresi i minori, potevano accedere alla pagina web. Inoltre, ha sottolineato che tutte le autorità svizzere che si sono occupate del caso hanno fornito motivazioni sufficienti nelle loro decisioni. Ha inoltre concordato con le considerazioni della Camera inferiore secondo cui era ragionevole che le autorità nazionali considerassero il divieto della campagna indispensabile per proteggere la salute, la morale, i diritti altrui e a prevenire la criminalità. Infine, la Corte ha ritenuto che la restrizione contestata fosse proporzionata, poiché la sua portata era limitata all'esposizione di manifesti in luoghi pubblici e che, di conseguenza, il governo avesse causato «*un pregiudizio minimo ai diritti dell'associazione ricorrente, poiché non si trattava di un divieto dell'associazione stessa o del suo sito web*» (§ 75). Ha

aggiunto che il Movimento Reeliano «è in grado di continuare a diffondere le proprie idee attraverso il proprio sito web e altri mezzi a sua disposizione, come la distribuzione di volantini per strada o nelle cassette postali», e quindi il divieto di affissione dei manifesti non è da considerarsi sproporzionato.

Pluralismo sì, quindi, ma ammettendo la possibilità di bilanciare il diritto alla libera manifestazione del pensiero se, fra le problematiche di ordine pubblico che ciò può suscitare, vi sono quelle che coinvolgono soggetti minori d'età o che possono istigare alla pubblica violenza.

Più specificamente è possibile ritenere che, in questo caso, fossero coinvolti principalmente gli obblighi positivi dello Stato e che non si trattasse di restrizione generale delle attività del Movimento o del suo diritto di esprimere le proprie convinzioni, ma più specificamente il rifiuto dell'autorità di consentire all'associazione di accedere ai cartelloni pubblicitari della città per esporre un manifesto a diffusione indiscriminata. Orbene, possiamo ritenere che l'articolo 10 debba essere interpretato come un obbligo per le autorità nazionali di garantire un accesso incondizionato e illimitato all'uso delle strutture pubbliche per diffondere informazioni o idee?

Il ragionamento della Corte è stato in un certo senso "inquinato" dalla considerazione, ritenuta determinante, secondo cui il manifesto costituiva un tipo di comunicazione pubblicitaria, il che significava che le autorità locali disponevano di un margine di apprezzamento più ampio, e ha quindi accettato che le ragioni addotte dal Governo elvetico fossero pertinenti e sufficienti e che quindi l'articolo 10 non fosse stato violato.

È comunque dubitabile che vi fosse una «urgente necessità sociale» di vietare la campagna pubblicitaria senza vietare analogamente il Movimento, soprattutto quando v'è in gioco la prevenzione di reati gravi. Sembra, dalla lettura delle motivazioni, che esistano due tipi di manifestazione del pensiero, una che non ammette alcuna ingerenza dello Stato e un'altra "di basso livello" che non gode della stessa protezione riservata alla prima, in questo caso fatta passare per pubblicità commerciale, potenzialmente distorsiva della realtà nei confronti di soggetti che non hanno ancora sviluppato un senso critico idoneo a comprendere la realtà nella sua complessità.

**5. La tutela della morale pubblica. *Friend c. Regno Unito* 24 novembre 2009:  
protezione degli animali.**

I motivi del ricorso riguardavano i divieti previsti dalla legge introdotti nel Regno Unito dal Protection of Wild Mammals (Scotland) Act 2002 (Legge sulla protezione dei mammiferi selvatici (Scozia) del 2002) e dall'Hunting Act 2004 (Legge sulla caccia del 2004) in relazione alla pratica tradizionale della caccia con i cani. La caccia aveva una lunga tradizione nelle zone rurali della Gran Bretagna e i cacciatori avevano sviluppato usi e costumi propri, tra cui codici, abbigliamento, galateo e gerarchia. La nuova legislazione ha reso la pratica di cacciare un mammifero selvatico con un cane, tranne in determinate circostanze definite dalla legge, un reato. I ricorrenti, un'organizzazione non governativa denominata *Countryside Alliance* e undici privati cittadini, hanno impugnato la normativa dinanzi ai tribunali nazionali, ma i loro ricorsi alla Camera dei Lord sono stati respinti con sentenza del 28 Novembre 2007. Nelle loro gravami alla Corte europea, gli istanti hanno denunciato una violazione dei loro diritti al rispetto della vita privata e, in alcuni casi, del loro domicilio ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

In questa sentenza, la Corte ha stabilito che il divieto di caccia con i cani persegue l'obiettivo legittimo di tutela della morale, in quanto mira a impedire la caccia e l'uccisione di animali per fini sportivi. Il «margine di apprezzamento» in tali questioni deve continuare ad essere ampio, in particolare perché l'assemblea non ha carattere politico, ma puramente sociale. In considerazione dell'obiettivo legittimamente perseguito, la misura è anche necessaria e proporzionata. Ciò evidenzia viepiù che la mancanza di consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa costituisce il criterio determinante per affermare il più ampio margine di discrezionalità.

**5.1. Il margine di apprezzamento e la mancanza di consenso europeo. Il caso dell'incesto nella causa *Stübing c. Germania* del 12 aprile 2012**

Nonostante sia utilizzato in un numero significativo di casi, la definizione e i confini del "margine di apprezzamento" non sono facilmente tracciabili. Da un lato, la Corte EDU non ne ha mai offerto una nozione sufficientemente precisa da poter essere usata sempre; dall'altro lato, nella letteratura accademica, il margine di apprezzamento è stato definito come "la latitudine concessa agli Stati membri nell'osservanza della Convenzione" o come un modo per distinguere le questioni che possono essere decise a livello locale da quelle che sono così fondamentali da

dover essere decise indipendentemente dalle variazioni culturali. Un altro motivo per cui la menzione del margine di apprezzamento avrebbe scarso impatto sta nella difficoltà di definire chiaramente dove finisce il margine di apprezzamento e dove inizia la supervisione della Corte. Come ha affermato Lord Lester, il margine di apprezzamento è "sfuggente e elusivo come un'anguilla"<sup>17</sup>.

Dalla giurisprudenza della Corte risulta chiaro, ad esempio, che non vi è alcun margine di discrezionalità in relazione alla questione se torturare o meno una persona, ma lo Stato può avere un certo margine nel decidere quale sia il modo migliore per indagare sulla tortura.

Il punto è, ovviamente, un altro. Il "margine di apprezzamento" si riferisce al potere di uno Stato contraente di valutare le circostanze fattuali e di applicare le disposizioni previste dagli strumenti internazionali in materia di diritti umani. Il margine di apprezzamento si basa sul concetto che ogni società ha diritto a una certa libertà nel bilanciare i diritti individuali e gli interessi nazionali, nonché nel risolvere i conflitti che emergono a seguito di diverse convinzioni morali. A questo proposito, la dottrina è analoga al concetto di discrezionalità giudiziaria, in base al quale un giudice, nel rispetto di determinati vincoli previsti dalla legislazione, dalla giurisprudenza o dalla consuetudine, può decidere un caso all'interno di una gamma di possibili soluzioni. Il ruolo della discrezionalità è indispensabile non solo per colmare il divario tra la legge e le realtà mutevoli di organismi sociali dinamici, ma anche per rispondere a questioni particolari di un determinato caso in assenza di una legislazione generale o di una giurisprudenza consolidata.

Il margine di apprezzamento è dunque concepito per garantire flessibilità nella risoluzione dei conflitti derivanti dalle diverse tradizioni sociali, politiche, culturali e giuridiche degli Stati contraenti nel contesto europeo. Infatti, come è emerso da questa breve rassegna, una delle ragioni alla base di detta dottrina è legata al fatto che le autorità nazionali sono in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per valutare le circostanze concrete di un caso. Tuttavia, tale discrezionalità deve essere esercitata in modo equo e imparziale, senza contravvenire agli standard stabiliti dalla legge: il potenziale abuso di discrezionalità rappresenta la sfida principale nell'applicazione legittima di

---

<sup>17</sup> BAKIRCIOGLU O., *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, in *German Law Journal*, 2007, p. 711 ss.

questa tesi. Poiché la legge regola i diritti e i doveri dei singoli membri di una determinata società, è di estrema importanza che essa venga applicata secondo principi che garantiscono la chiarezza giuridica. Un'applicazione eccessivamente soggettiva e priva di elementi per contenere la discrezionalità, potrebbe non solo indebolire il concetto di certezza del diritto, ma anche minare la delicata struttura del sistema della Convenzione europea, la cui esistenza dipende dalla cooperazione volontaria degli Stati membri.

Una delle applicazioni più problematiche della dottrina in materia di moralità pubblica, dove gli Stati contraenti hanno un ampio margine di apprezzamento, riguarda la "mancanza di consenso europeo", un concetto sfuggente che potrebbe creare un rischio di abuso nell'applicazione giudiziaria. La principale difficoltà nel determinare la portata di questa concezione deriva dal fatto che alla molteplicità dei casi seguono decisioni molto variegata. Ad esempio, mentre la libertà di stampa, data la sua importanza per le società democratiche, costituisce un fattore che limita la discrezionalità nazionale, l'elemento della moralità pubblica o privata ne consente generalmente un margine molto più ampio. Pertanto, dalla giurisprudenza della Convenzione si ricavano solo declamazioni generali senza che sia possibile identificare regole fisse valide sempre.

Come osservato in precedenza, l'esistenza di caratteristiche comuni tra gli Stati membri fornisce una base oggettiva affinché la Corte possa esercitare correttamente il proprio ruolo. Tuttavia, la natura e i requisiti della moralità variano da un paese all'altro, da una regione all'altra. Pertanto, la mancanza di una concezione uniforme della moralità fornisce una giustificazione legittima alla Corte per eludere il proprio ruolo di supervisione. È vero, la moralità pubblica varia da un Paese all'altro ma, così argomentando, la Corte dovrebbe abbandonare completamente il proprio ruolo di supervisione o, piuttosto, come ci si aspetterebbe, imporre dei limiti definibili e offrire un criterio di prevedibilità nella sua giurisprudenza in materia di moralità pubblica?

Nel caso *Handyside* sopra citato, la Corte, tenendo conto del fatto che il libro era rivolto ai bambini e che non esisteva un concetto uniforme di moralità pubblica, ha chiarito che gli Stati godevano di un ampio margine di apprezzamento nel valutare la necessità di interferire con l'esercizio della libertà di espressione. Tuttavia, nella stessa causa, la Corte ha esteso la protezione dell'articolo 10 alle espressioni che «offendono», «scioccano» o «disturbano». Nonostante questo linguaggio vigoroso, la protezione convenzionale non è stata

accordata alla pubblicazione che conteneva 26 pagine di informazioni scientifiche sul sesso. Inoltre, pur affermando che non esisteva un concetto uniforme di moralità tra gli Stati contraenti, la Corte non ha tenuto debitamente conto del fatto che lo stesso libro era stato pubblicato in diversi Stati, tra cui Belgio, Francia, Germania, Grecia, Italia e Svezia, il che avrebbe potuto indicare l'esistenza o, almeno, l'emergere di una base comune in questa particolare materia.

Emblematica di questa "geometria variabile" della giurisprudenza eurounitaria è la causa *Stübing c. Germania*, nella quale la Corte EDU ha stabilito che anche le relazioni incestuose rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 CEDU. Sebbene la sessualità sia un ambito in cui il «margine di apprezzamento» deve essere valutato in modo restrittivo, in quanto espressione di una personalità intima, non esiste un consenso europeo sulla questione morale della punibilità dell'incesto consensuale tra adulti.

Anche l'argomento a favore della criminalizzazione dell'incesto che fa leva sui pericoli biologici non è inattaccabile ed appare in molti casi contraddittorio se confrontato con situazioni simili non proibite<sup>18</sup>. Maggiormente plausibile è la constatazione della naturalezza del tabù dell'incesto. Sembra esserci qualcosa di istintivo nel proibire l'incesto soprattutto se si pone mente al fatto che tale reato è contenuto all'interno dei delitti contro la famiglia, la morale familiare et similia. E, come corollario a tale argomento, alcuni oppositori della depenalizzazione dell'incesto fanno appello alla cosiddetta "saggezza della repulsione", termine coniato dal filosofo Leon Kass<sup>19</sup>. Nel discutere l'etica della clonazione, Kass ammise di non avere argomenti razionalisti forti per opporsi alla clonazione, ma riteneva che tale procedura fosse così immonda che in casi come questo dovremmo seguire il nostro istinto. Se qualcosa è così ripugnante, allora c'è una buona ragione per opporsi moralmente e persino criminalizzarla, anche se non siamo sicuri di cosa ci sia esattamente di sbagliato. Questo argomento non è in realtà una novità. Quando nei paesi occidentali si iniziò a discutere della depenalizzazione dell'omosessualità, anche il filosofo Patrick Devlin invocò il disgusto come motivo per continuare a criminalizzarla, per far rispettare la morale<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> BIMBINOV A.A., *Incest and inbreeding: issues of criminal liability*, in *SHS Web of Conferences* 134, 2022, pp. 1-6.

<sup>19</sup> KASS L., *The Wisdom of Repugnance. Why we should ban the cloning of human beings*, in *The New Republic*, 1997, 216 (22), pp. 1-42.

<sup>20</sup> DEVLIN P. *The enforcement of morals*, Oxford University Press, Oxford, 1967.

Per quanto riguarda l'omosessualità, almeno, l'opinione pubblica si è ormai orientata verso l'idea che un comportamento irritante o riprovevole per alcuni non è necessariamente (o affatto) immorale. Infatti, immoralità e disgusto non sempre coincidono: ci possono essere comportamenti immorali che non suscitano disgusto (ad esempio l'adulterio, il furto, le violazioni del codice della strada) e ci possono essere comportamenti moralmente neutri che invece lo suscitano (mangiare vermi, sposare qualcuno di 60 anni più vecchio, etc.).

Il disgusto per l'incesto è chiaramente anche un adattamento evolutivo, in quanto impedisce la proliferazione dei geni recessivi. Ma se il tabù dell'incesto è inscritto nei nostri geni, perché criminalizzarlo? Mangiare carne marcia o escrementi è una cosa pericolosa ed estremamente disgustosa, ma non esistono leggi che lo vietano, proprio perché si ritiene che sarebbe superfluo farlo: la natura ci ha già predisposti a non farlo e, nei casi molto eccezionali in cui ciò accade, tali azioni non danneggiano nessun altro. Lo stesso dovrebbe valere per l'incesto.

La Corte EDU prende atto solo di un "dissenso" statale nei confronti dell'incesto, dato che è criminalizzato in molti ordinamenti, senza prendere in considerazione il processo di depenalizzazione in corso. Ha invece ribadito il principio secondo cui, in questioni delicate di moralità su cui non esiste consenso tra gli Stati membri, il margine di apprezzamento sarà ampio. I singoli Stati sono in una posizione migliore rispetto alla Corte europea per valutare le convinzioni morali dei cittadini e il modo in cui tali esigenze di tutela di tabù dovrebbero essere tradotte nel diritto interno, se del caso.

Dato che, in molti Stati contraenti sono previste sanzioni penali contro le relazioni incestuose e in tutti gli Stati contraenti vige il divieto civile di matrimonio tra fratelli e sorelle, si può affermare (o giustificare) un ampio margine di discrezionalità: la ponderazione tra gli interessi contrastanti non è stata effettuata in modo irragionevole, motivo per cui, in base al «margine di apprezzamento», si può presumere un urgente bisogno sociale di vietare tale pratica.

## **5.2. Nessuna protezione positiva per i matrimoni tra persone dello stesso sesso: *Hämäläinen c. Finlandia***

La questione centrale che doveva essere risolta nella sentenza *Hämäläinen c. Finlandia* del 2014 era se il diritto di una persona transessuale di rimanere sposata dopo un cambiamento di sesso rientrasse nella protezione positiva o negativa

dell'articolo 8 CEDU. Secondo la maggioranza dei giudici, infatti, l'obbligo dello Stato di garantire il matrimonio tra persone dello stesso sesso ai sensi dell'art. 8 CEDU avrebbe potuto essere affermato solo se in Europa fosse esistito un consenso sulla legalizzazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso o se tale consenso si fosse almeno esteso alla questione di come affrontare il cambiamento di sesso di un coniuge in costanza di matrimonio in atto e ne richieda il riconoscimento da parte dello Stato.

La ricorrente ha lamentato che dover scegliere tra il pieno riconoscimento del proprio genere e la salvaguardia del proprio matrimonio costituisse una violazione dei suoi diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sosteneva altresì che non fosse stato dato sufficiente peso al suo diritto all'autodeterminazione, affermando che quando è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'identità di una persona, il margine di discrezionalità lasciato agli Stati dovrebbe essere limitato. Ha inoltre affermato che la Camera non aveva tenuto conto dei suoi diritti ai sensi dell'articolo 8 relativo alla «vita familiare», lesi dalla cessazione del suo matrimonio. In particolare, ha sostenuto che lo scioglimento del suo matrimonio sarebbe in contraddizione con l'impegno alla permanenza che sta alla base dell'istituzione del matrimonio, al quale era devota a causa delle sue forti convinzioni religiose.

Per quanto riguarda il raggiungimento di un giusto equilibrio tra gli interessi contrastanti, la Grande Camera ha affermato che gli Stati godono di un discreto margine di apprezzamento nell'attuazione degli obblighi positivi previsti dall'articolo 8. Tale margine sarebbe più ristretto quando è in gioco un aspetto importante dell'identità di una persona (come nel caso in esame) e più ampio quando non vi è consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa su come regolamentare una questione specifica (anche in questo caso). Sebbene le circostanze del caso avrebbero giustificato una riduzione del margine di discrezionalità, la Grande Camera ha sfruttato la mancanza di consenso europeo su come trattare il riconoscimento del genere nei casi di matrimoni preesistenti per concedere allo Stato un margine molto ampio di libertà di scelta.

In una opinione dissenziente congiunta, i giudici Sajó, Keller e Lemmens hanno riscontrato una violazione dei diritti della Sig.ra Hämäläinen ai sensi dell'articolo 8. I giudici hanno affermato che il punto di partenza per l'esame del caso avrebbe dovuto essere la particolare rilevanza dell'identità di genere per l'esistenza di un individuo. Secondo loro, quando è in gioco un aspetto importante come quello identitario, agli Stati dovrebbe essere concesso solo un

marginale di discrezionalità limitato per decidere se sia stato raggiunto un giusto equilibrio tra interessi contrastanti.

Il parere contrastante può essere sintetizzato lungo tre direttrici. In primo luogo, hanno sostenuto che il caso avrebbe dovuto essere esaminato alla luce degli obblighi negativi derivanti dall'articolo 8, che limitano il margine di discrezionalità dello Stato. In secondo luogo, hanno affermato che la mancanza di un consenso europeo su come regolamentare la transizione di genere non avrebbe dovuto essere utilizzata come giustificazione per ampliare il margine di discrezionalità dello Stato. Infine, hanno dissentito dall'ipotesi che la ricorrente avesse una scelta effettiva tra mantenere il suo matrimonio e ottenere un numero di identità femminile.

Contrariamente da quanto ritenuto dalla Corte, vi erano diversi motivi che avrebbero dovuto giustificare una riduzione del margine di valutazione dello Stato, invece di ampliarlo a causa della mancanza di consenso europeo. Più approfonditamente, non vi è dubbio sull'ingerenza della legislazione statale nei confronti dei diritti della ricorrente sostenendo che i motivi dell'ingerenza erano da ricercarsi nella tutela della morale, poiché l'obiettivo legittimo perseguito dallo Stato è «...l'interesse pubblico a mantenere l'istituzione del matrimonio libera dalle coppie dello stesso sesso»<sup>21</sup>.

Pur in presenza di un "margine di apprezzamento" è possibile però – in senso critico – ritenere che l'ingerenza non fosse "necessaria" in una società democratica e che, pertanto, comportasse una violazione dell'articolo 8 CEDU, per violazione del principio di uguaglianza. La ricorrente (e sua moglie) erano state vittime di discriminazione, poiché le autorità nazionali non avevano operato una distinzione tra la loro situazione e quella delle coppie dello stesso sesso, non introducendo un'eccezione al divieto di matrimonio per casi come il loro. Breve, la ricorrente e sua moglie erano state discriminate, in quanto trattate come una coppia dello stesso sesso, quando non avrebbero dovuto esserlo<sup>22</sup>.

Si può concludere osservando che nelle decisioni relative all'articolo 8, la Corte europea dei diritti dell'uomo applica attivamente, ma in modo

---

<sup>21</sup> *Hämäläinen* cit., § 12. Ai paragrafi 11 e 21 hanno inoltre fatto riferimento alla tutela della famiglia tradizionale come obiettivo legittimo dello Stato.

<sup>22</sup> Per una discussione sulla complessità della dottrina del "margine di apprezzamento" sviluppata dalla Corte, si veda LETSAS G., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 705. Per una discussione critica sull'uso di questa dottrina nei casi riguardanti i diritti LGBT, si veda HAMILTON F., *Why the Margin of Appreciation is not the answer to the gay marriage debate*, in *European human rights law review*, 2013, p. 47.

imprevedibile, in violazione del principio di determinatezza, la dottrina del “margine di apprezzamento” (MoA). Il MoA consente alla Corte di “fornire un sostegno al mantenimento della diversità culturale”, servendo l'importante scopo di preservare il pluralismo dei valori. Tuttavia, così facendo, la Corte concede anche un ampio margine di discrezionalità che in alcuni casi annulla il giudizio di proporzionalità. In altre parole, offre ai giudici un ampio raggio di manovra nel determinare come bilanciare un obiettivo legittimo con l'interferenza che esso richiede. Ad esempio, ci si potrebbe chiedere se il vasto complesso di casi esaminati rifletta anche lo sforzo della Corte di stabilire una giurisprudenza internazionale, affrontando al contempo le linee di conflitto emergenti tra i diritti della Convenzione e i diritti così come tutelati dagli Stati membri. Sia la giurisprudenza nazionale che quella internazionale sono plasmate da presupposti normativi sui settori più vari, e la protezione dei diritti emergenti solleva spesso questioni fondamentali su come bilanciarli. Il numero insolitamente elevato di parti intervenienti nei giudizi, nonché le numerose *dissenting opinions* riflettono la natura emotivamente e culturalmente sensibile delle questioni relative alla protezione della famiglia, dei minori, dei transgender etc., ed evidenziano una difficoltà della Corte di prendere posizione netta sul minimo standard di tutela del multiculturalismo inteso nel suo significato più ampio.

### **5.3 La tutela della morale collettiva**

È importante ricordare che «altri diritti e libertà» non comprendono il diritto alla vita o altri diritti del nascituro, poiché la Corte ha deciso di lasciare la questione alla discrezione di ciascuno Stato parte della Convenzione europea. Pertanto, uno scopo legittimo perseguito di una restrizione legislativa, se riguarda una questione morale, come ad esempio il diritto alla vita del nascituro, deve essere preso nella massima considerazione. A questo proposito, la Corte si basa ad oggi sulle conclusioni raggiunte nella causa *Open Door contro Irlanda*<sup>23</sup>, in cui ha ritenuto che la tutela garantita dalla legge irlandese al diritto alla vita dei nascituri si fondasse su profondi valori morali riguardanti la natura della vita, che si riflettevano nella posizione della maggioranza del popolo irlandese contro l'aborto durante il referendum del 1983.

Pur condividendo l'opinione della Corte secondo cui non è possibile trovare negli ordinamenti giuridici e sociali degli Stati contraenti una concezione

---

<sup>23</sup> Corte EDU, 16 dicembre 2010, A, B e C c. Irlanda

europea uniforme della morale, anche sulla questione dell'inizio della vita, non crediamo che sia più facile identificare la "morale nazionale" o un interesse pubblico nella sua protezione. È possibile determinare tale morale in società moderne pluralistiche e complesse che, come ripetutamente sottolineato dalla stessa Corte, dovrebbero condividere i valori del pluralismo, della tolleranza e dell'apertura mentale?

Contrariamente ad altri obiettivi legittimi classificati come interessi pubblici – vale a dire la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, il benessere economico del paese, la prevenzione dei disordini e della criminalità e la tutela della salute – è discutibile se la morale possa essere definita come tale oggettivamente. È un concetto, questo, che deve essere trattato con grande cautela (o addirittura diffidenza) quando viene invocato come obiettivo legittimo per interferire con i diritti umani e le libertà. Il moralismo giuridico, basato su una particolare convinzione e visione del mondo, dovrebbe essere evitato come strumento di analisi dei diritti civili e umani. L'idea dell'interesse pubblico nella protezione della morale potrebbe essere mantenuta se oggettivata e incentrata sulla protezione dei principi fondamentali della dignità umana, della non discriminazione e dell'uguaglianza.

Pertanto, se sussistono gravi pericoli per la salute o per il benessere della donna che desidera abortire (ad esempio, quando esiste un'elevata probabilità di un grave e irreversibile difetto fetale o di una malattia incurabile che mette in pericolo la salute fisica o mentale e il benessere della donna), il margine di discrezionalità dello Stato è limitato e il divieto (penale) di aborto potrebbe essere considerato sproporzionato. Un altro fattore è il livello di consenso e il suo impatto sulla discrezionalità lasciata agli Stati. Il concetto di consenso europeo si basa su un'analisi comparativa dei sistemi giuridici nazionali: come è ben consolidato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quando una maggioranza sostanziale degli Stati del Consiglio d'Europa ha un approccio simile a una determinata questione, la Corte conclude di solito che tale consenso restringe in modo decisivo il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati. Al contrario, quando non vi è consenso tra gli Stati membri, sia per quanto riguarda l'importanza relativa dell'interesse in gioco sia per quanto riguarda i mezzi migliori per proteggerlo, in particolare quando il caso solleva questioni morali o etiche delicate, il margine sarà più ampio.

Va notato che non è necessaria una totale uniformità tra tutti i 47 Stati membri. Il rapporto tra consenso e moralità non può quindi essere considerato

antagonistico. In altre parole, l'esistenza di «profonde convinzioni morali» condivise dalla maggioranza della società non prevale sul consenso europeo consolidato. Tali convinzioni possono solo ampliare il margine di apprezzamento dello Stato quando il consenso è assente o scarso, ma è importante sottolineare che il metodo comparativo non viene applicato meccanicamente come un'equazione matematica. Sarebbe una semplificazione eccessiva affermare che più ampio è il consenso, più ristretto è il margine di apprezzamento di un determinato Stato. Questo approccio comparativo dovrebbe poter svolgere un ruolo importante nel sistema della Convenzione europea perché è commisurato al ruolo "armonizzante" che giurisprudenza EDU dovrebbe assumere. Il consenso europeo e la metodologia comparativa sono fondamentali ai fini di un'interpretazione dinamica ed evolutiva della Convenzione, perché riflettono i cambiamenti sociali, lo sviluppo scientifico e così via. In un certo senso, essi rispecchiano l'idea dell'universalità dei diritti umani, che dovrebbero essere goduti in modo uguale, indipendentemente dalla giurisdizione dello Stato.

Questo esercizio di armonizzazione ha tuttavia dei limiti: l'idea dell'universalità dei diritti umani su scala globale, o anche europea, è spesso conciliata con la diversità culturale, le diverse tradizioni giuridiche e i contesti specifici. Nel contesto dell'aborto, gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento quando cercano di trovare un giusto equilibrio tra diritti e interessi potenzialmente contrastanti di solito individuata in un'urgente necessità sociale per determinate misure, come il mantenimento o l'introduzione di leggi restrittive in materia di aborto<sup>24</sup>. Qualsiasi misura di questo tipo che interferisca con i diritti individuali deve inoltre essere proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito. Nel caso A., B. e C. contro l'Irlanda, i dati comparativi pertinenti hanno mostrato che nel 2010 l'aborto era praticabile su richiesta (in base a determinati criteri, tra cui i limiti di gestazione) in 30 dei 47 Stati membri. L'aborto giustificato per motivi di salute era disponibile in 40 Stati e giustificato per motivi di benessere in 35 Stati, mentre solo tre paesi lo vietavano in tutte le circostanze (Andorra, Malta e San Marino). Inoltre, diversi Stati avevano recentemente ampliato i motivi per cui era possibile ottenere l'aborto (Monaco, Montenegro, Portogallo e Spagna).

---

<sup>24</sup> SPIELMANN D.-TSIRLI M.-VOYATZIS P., *The European Convention on Human Rights, a living instrument*, in *Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruylant, Brussels, 2011; BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *International law and politics*, 31, 1999, pp. 844 ss.

Contraddittoriamente il “consenso di una maggioranza sostanziale degli Stati contraenti del Consiglio d’Europa” non è stato considerato (sufficientemente) rilevante per restringere l’ampio margine di apprezzamento dell’Irlanda. Ciò significa che le autorità irlandesi avevano un ampio potere discrezionale per limitare l’accesso alle procedure abortive. Ci si chiede quali argomenti potrebbero essere invocati per ignorare questo forte consenso: che il consenso non era (forse) abbastanza forte? Sembra che ciò che abbia prevalso sul consenso europeo sia stata la forte sensibilità delle problematiche morali ed etiche sollevate dalla questione dell’aborto e il profondo convincimento morale della maggioranza del popolo irlandese che, secondo il parere della Corte, non erano cambiate dal referendum del 1983.

Nel caso *Parillo contro Italia* del 2015, la Corte europea dei diritti dell’Uomo ha riconosciuto che la donazione di embrioni a sostegno della ricerca scientifica riguarda un aspetto intimo della vita personale. La Corte ha tuttavia anche constatato che la protezione del potenziale vitale di un embrione è correlata alla protezione della moralità pubblica e dei diritti fondamentali di terzi. A causa della mancanza di consenso comune sull’importanza da attribuire all’interesse relativo dell’individuo rispetto all’interesse generale, né su quale sia il mezzo migliore per proteggerlo, la Corte ha stabilito un ampio « margine di apprezzamento» in relazione alla necessità del divieto di donazione di embrioni, ampio perchè non riguarda un aspetto particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità della persona interessata, tanto più che il nucleo centrale dell’art. 8 CEDU riguarda la genitorialità e non la donazione di embrioni. Nel caso in esame, tuttavia, occorre trovare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. La Corte ha considerato in particolare che dai materiali e dai dibattiti parlamentari sul divieto di donazione di embrioni emerge che il punto nodale della discussione verteva sulla valutazione della sfera della libertà individuale. Il legislatore avrebbe tuttavia già tenuto conto dei diversi interessi in gioco nell’elaborazione della legge in questione. Tra questi figuravano in particolare l’interesse pubblico alla protezione dell’embrione e l’interesse privato delle persone interessate all’esercizio del diritto all’autodeterminazione individuale. Poiché questi due interessi erano stati valutati l’uno rispetto all’altro, l’ampio «margine di apprezzamento» non era stato superato, motivo per cui il divieto in questione era necessario e proporzionato in una società democratica.

Nella sua relazione adesiva il Giudice Pinto De Albuquerque ritenne che lo Stato avesse l’obbligo positivo di vietare la ricerca sugli embrioni e sulle cellule

staminali embrionali, con due eccezioni. La prima era la ricerca scientifica terapeutica condotta con l'obiettivo di proteggere la salute e lo sviluppo dell'embrione quando non esistono modalità alternative. La seconda è la ricerca sulle cellule staminali embrionali quando è condotta esclusivamente su linee di cellule staminali ottenute da embrioni distrutti al di fuori dell'Europa. Il giudice ha criticato l'attenzione della maggioranza della Camera sul legame biologico e genetico tra la Parrillo e i suoi embrioni, ritenendo che essa non riconoscesse l'identità biologica unica di ciascun embrione e non tenesse conto del diritto degli embrioni di essere impiantati.

Il giudice Sajo ha espresso parere contrario, ritenendo che gli embrioni non potessero svilupparsi senza il consenso della Parrillo, la quale conserva il diritto all'autodeterminazione e che gli embrioni non avessero un autonomo diritto alla vita. Alla luce di tali considerazioni, Sajo ha affermato che la mancanza di motivi sostanziali forniti dal Governo italiano in merito alla necessità di un divieto totale, il fatto che il divieto fosse entrato in vigore senza alcuna disposizione transitoria dopo che gli embrioni erano già stati fecondati e il fatto che convivesse una legislazione incoerente sull'aborto, avrebbero dovuto indurre la Corte a ritenere che il diritto all'autodeterminazione della Parrillo prevalesse sugli interessi dello Stato<sup>25</sup>.

Tuttavia, i giudici hanno tracciato un percorso che i legislatori dovrebbero seguire: adeguarsi alle prove scientifiche e, allo stesso tempo, trovare soluzioni volte a garantire un uso ragionevole e adeguato della sperimentazione scientifica sugli embrioni malati ed evitare sperimentazioni arbitrarie e indiscriminate, al fine di regolamentare il problema in modo equilibrato e responsabile. È necessario mettere in atto meccanismi per verificare le condizioni degli embrioni abbandonati, con controlli regolari programmati nel tempo; inoltre, dovrebbero essere coinvolte anche le coppie per le quali gli embrioni sono stati creati: nella sentenza *Parrillo c. Italia*, infatti, la Corte EDU ha sottolineato il legame indiscutibile tra i pazienti che si sottopongono a procedure di procreazione medicalmente assistita e gli embrioni creati a tal fine; ciò è dovuto al fatto che essi contengono lo stesso patrimonio genetico e l'identità biologica della persona per cui sono stati creati. La scienza fornisce ora strumenti che consentono all'embrione di svilupparsi in vitro oltre il quattordicesimo giorno fino al

---

<sup>25</sup> MONTANARI VERGALLO G., *Freedom of Scientific Research and Embryo Protection Under Italian and European Court of Human Rights' Jurisprudence. Brief European Legislation Overview*, in *European Journal of Health Law*, 2021, Vol. 28, pp. 3-25.

ventunesimo. Questa ricerca potrebbe dare un importante contributo allo studio della differenziazione cellulare ed embrionale e di numerose malattie genetiche. Certamente, ogni decisione deve essere preceduta da un ampio dibattito a livello nazionale e internazionale, che coinvolga bioeticisti, scienziati e giuristi. Un dibattito così ampio aiuterebbe i legislatori nazionali a sviluppare normative più razionali, aggiornate e uniformi. Pertanto, appaiono altamente auspicabili scelte legislative condivise che consentano la sperimentazione su tutti gli embrioni destinati a un certo deterioramento. Tale legislazione sarebbe eticamente accettabile, perché renderebbe più efficace la lotta contro le malattie e non pregiudicherebbe il diritto del nascituro a diventare una persona.

## **6. Conclusioni sui limiti del «margine di apprezzamento» nella valutazione delle questioni morali**

Si sostiene che, se correttamente interpretato, il MoA sia uno strumento intellettuale complesso, sofisticato e difendibile per gli organismi internazionali che supervisionano le rivendicazioni di diritti policentrici. È come una partita di scacchi multidimensionale in cui molti pezzi sono in gioco lungo una serie di assi. I fattori del MoA possono combinarsi e interagire in vari modi, talvolta spingendo in direzioni diverse nel contesto di un singolo caso. Questa complessità ed incertezza potrebbero non soddisfare i puristi giurisprudenziali o i puri universalisti, ma rappresenta oramai una dottrina giuridica pragmatica e sensata per un sistema oramai esteso al quale guardano anche Stati non appartenenti al Consiglio d'Europa.

Concedere agli Stati un MoA consentirebbe di raggiungere un equilibrio complessivo accettabile e conforme ai diritti umani in diversi modi<sup>26</sup>, in primo luogo costruendo una complessa comunità multilivello tra i 47 Stati del Consiglio d'Europa. Potrebbe svolgere lo stesso ruolo per una comunità più ampia di Stati parti della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici. Tuttavia le opinioni divergono ancor oggi circa la loro validità e credibilità, anche se molte spiegazioni sembrano più politiche che giuridiche. In termini di armonizzazione giuridica dei diritti umani, rimane problematico il fatto che la dottrina concettuale centrale nell'architettura istituzionale e giurisprudenziale della CEDU sia ignorata dallo Human Rights Council, privandosi in tal modo di uno

---

<sup>26</sup> WEBBER G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, 23, p. 179.

strumento intellettuale credibile e difendibile per prendere decisioni in materia di diritti umani quando invece potrebbe essere un valido aiuto per mediare tra l'idea dei diritti umani universali e lo spazio per disaccordi ragionevoli, differenze legittime e diversità culturali nazionali o locali. Rappresenterebbe quindi una risposta di principio a molte delle critiche di altri sistemi all'eurocentrismo e all'universalismo della dottrina europea.

Sulla base delle argomentazioni svolte nei paragrafi precedenti possiamo sostenere che le giustificazioni centrali del MoA ai sensi della CEDU – sussidiarietà, società democratiche e legittimazione democratica, competenza istituzionale e cooperazione internazionale, nonché lo scopo di stabilire standard minimi piuttosto che armonizzati (internazionali anziché regionali) in materia di diritti umani – si applicano con uguale, se non maggiore rigore, agli Stati sia a quelli del Consiglio d'Europa che a quelli che guardano all'Europa come un modello di tutela e promozione dei diritti fondamentali.

Sia dal punto di vista logico, empirico che intuitivo, un meccanismo a livello internazionale deve avere maggiore flessibilità rispetto ad uno Statale o regionale. Se vengono imposte standard universali troppo elevati, non consentendo agli Stati un margine discrezionale di intervento, la tenuta del sistema diventa certamente problematica. Si potrebbe però pensare che, data la maggiore diversità dei 168 Stati aderenti in tutto il mondo, rispetto alla relativa omogeneità dei membri del Consiglio d'Europa, vi siano ragioni ancora più valide per l'applicazione del MoA da parte dell'HRC rispetto alla Corte europea chiamata, come abbiamo detto, a stabilire dei livelli minimi di discrezionalità validi sempre e per tutti. Sia dal punto di vista logico, empirico che intuitivo, un meccanismo a livello internazionale deve avere una maggiore flessibilità rispetto a uno a livello regionale.

Ovviamente ci sarebbero alcune preoccupazioni nel concedere agli Stati partners un MoA influenzabile dalla presenza o dall'assenza di consenso. In primo luogo, il numero molto più elevato di Stati interessati: 168 parti del Patto internazionale sui diritti civili e politici rispetto alle 47 parti aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In secondo luogo, le disparità politiche, sociali, economiche e giuridiche ancora più massicce tra i primi rispetto ai membri del Consiglio d'Europa. In terzo luogo, il rischio che il consenso degli

Stati non rifletta i diritti dei gruppi e delle comunità sub-statali<sup>27</sup>. Inoltre, vi è un fondato rischio che la dottrina del margine di apprezzamento possa essere utilizzata più per confermare le norme sociali prevalenti che per contestarle. Infine, lo Human Rights Council e gli organi dei trattati in generale sono più politicizzati nella loro composizione rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo e questo potrebbe essere il motivo alla base della riluttanza a creare spazio per una dottrina del margine di apprezzamento, perché più soggetta ad abusi.

Possiamo comunque ritenere che il MoA sia uno strumento di supervisione sufficientemente sofisticato e flessibile per tenere conto di questi rischi. Come osservato, la sua applicazione può essere sensibile a considerazioni storiche o politiche particolari, all'importanza relativa dell'interesse in gioco, a questioni morali o etiche delicate, al bilanciamento degli interessi privati e pubblici e a questioni scientifiche e tecniche complesse. La valutazione di tutti questi tipi di fattori è inevitabile, pertanto il loro riconoscimento esplicito renderebbe il ragionamento più aperto e trasparente. Infine, resta da osservare che molti degli argomenti trattati in questo articolo si applicherebbero con uguale forza alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dato che l'ambito di applicazione della CEDU si è esteso verso est. Inoltre, alcune di queste difficoltà possono essere inerenti a un sistema universale e quindi inevitabili. Si ritiene inoltre che il MoA sia uno strumento di supervisione sufficientemente sofisticato e flessibile che tiene conto di tali rischi. Come osservato, la sua applicazione può essere sensibile a particolari considerazioni storiche o politiche, all'importanza relativa dell'interesse in gioco, a questioni morali o etiche delicate, al bilanciamento degli interessi privati e pubblici e a complesse questioni scientifiche e tecniche. La valutazione di tutti questi tipi di fattori è inevitabile, pertanto il loro riconoscimento esplicito renderebbe il ragionamento più aperto e trasparente. Infine, resta da osservare che molti degli argomenti trattati in questo articolo si applicano con uguale forza ai sistemi regionali interamericani e africani per i diritti umani<sup>28</sup>, anche se in nessuno di questi sistemi è stato esplicitamente accolto il concetto di concedere agli Stati membri un margine di apprezzamento.

---

<sup>27</sup> NEUMAN G.L., *Subsidiarity*, in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (a c. di D Shelton), Oxford University Press, 2013, p. 360, 375-377.

<sup>28</sup> V. ALMUTAWA A.-MAGLIVERAS K., *Sources of Law in A Comparison of the European, Inter-American, African and Arab Human Rights Courts. Institutional Aspects*, Springer, Heidelberg, 2025.