

# Sul (possibile) utilizzo della CEDU come argine alle sistemiche violazioni dello Stato di diritto

di Simone Gianello

**Abstract: On the (possible) use of the ECHR as a bulwark against systemic violations of the rule of law** – Starting from the current crisis of democracy and the rule of law in a few European countries and by the weak response of the European Union institutions, the article tries to analyze how the European Convention on Human Rights – in particular articles 17 and 18 ECHR – can be used as instruments to protect these fundamental values from the threats of the new illiberal democracies.

**Keywords:** Rule of law backsliding; European Union; European Convention on Human Rights; Art. 17 ECHR; Art. 18 ECHR.

2373

---

## 1. Diverse definizioni a fronte di un fenomeno dai tratti comuni

Nel corso degli ultimi anni l'Unione europea è stata attraversata dall'emersione di un fenomeno "critico" che, sebbene manifestatosi sotto sembianze polimorfe, ha progressivamente tradito una certa tendenza alla tipizzazione entro gli schemi di ciò che può essere generalmente definito come indebolimento delle garanzie dello Stato di diritto e dei canoni del costituzionalismo occidentale su cui, a partire dal secondo dopoguerra, si sono erette le moderne democrazie.

Se Polonia e Ungheria sono assurte a paradigma di riferimento sul piano quantitativo e qualitativo degli interventi istituzionali a tal fine indirizzati<sup>1</sup>, non sono mancati segnali assimilabili provenienti da altri componenti del *Gruppo di Visegrad*, così da Romania e Bulgaria. Processi trasformativi che agiscono alle fondamenta dell'ordinamento giuridico, generando e accompagnandosi ad un ampio consenso elettorale «che parte dai 'rami alti' e si estende al diritto legislativo in numerosi ambiti, all'insegna di un programma di politica costituzionale che i suoi stessi ispiratori hanno qualificato in termini di mutazione rivoluzionaria»<sup>2</sup>. Alterazioni collocate al centro dell'agenda politica che si differenziano, nel loro approccio sedimentativo, dai tratti drammaticamente netti delle regressioni

---

<sup>1</sup> Cfr. F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE Online*, 4/2016, 135 ss.; A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, 4/2016, 175 ss.

<sup>2</sup> G. Delledonne, *Crisi costituzionali nazionali e difesa dei valori dell'UE: come risolvere l'impasse*, in *Percorsi Costituzionali*, 3/2016, 409.

autoritarie del passato. Diversamente, come autorevoli voci della dottrina hanno pregevolmente sottolineato, oggigiorno si assiste a più graduali forme di «constitutional retrogression»<sup>3</sup>, «democratic [or rule of law]<sup>4</sup> backsliding»<sup>5</sup> e «abusive constitutionalism»<sup>6</sup>.

Si tratta, in altre parole, di involuzioni ad un più elevato livello di sofisticazione che agiscono in via incrementale, sovente mediante l'impiego di strumenti normativi di rango costituzionale e primario<sup>7</sup>, in aderenza ad una concezione prevalentemente – ove non esclusivamente – formalistica della legalità costituzionale, intesa come rispetto delle procedure deliberative, ma non anche sostanziale ove ci si approcci all'azione di riforma in chiave olistica e valoriale. Sotto questo profilo, al contrario, è palpabile la prevalenza di un'idea di *costituzionalismo politico*<sup>8</sup>, considerato nella sua accezione più negativa, in cui ogni valore o principio di riferimento liberal-democratico diviene contestabile in funzione della regola imposta dalla maggioranza<sup>9</sup>. La Costituzione e la legge non operano più nella loro duplice funzione di fonte e limite dell'azione di governo, ma divengono strumenti privilegiati di legittimazione delle politiche di implementazione maggioritaria e scudo contro le “interferenze” sul versante sovranazionale.

Ciò produce un duplice ordine di conseguenze: internamente si assiste ad un sistematico indebolimento dei meccanismi di garanzia costituzionale da cui discende un altrettanto sensibile deterioramento del pluralismo politico ed informativo, dei diritti delle minoranze e delle libertà fondamentali<sup>10</sup>. Non solo gli organi preposti alla loro protezione – Corte costituzionale e potere giudiziario – sono sistematicamente soggetti ad attacchi volti ad indebolirne il ruolo di contropotere attraverso drastici ricambi di organico e riforme destinate a ridurne le attribuzioni e l'indipendenza dal potere politico. Vieppiù, la loro incidenza risulta limitata dalla strutturale sottoposizione alla Costituzione e alla legge che,

<sup>3</sup> A.Z. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in 65 *UCLA L. Rev.* 78 (2018), 83-84.

<sup>4</sup> L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19/2017, 10. Conf. A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE.it*, 17 settembre 2018.

<sup>5</sup> N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, Vol. 27, no. 1/2016, 10-11.

<sup>6</sup> D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in 47 *UC Davis Law Review* 189 (2013), 199. Sul punto si veda anche M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, in *Questione di giustizia*, 3/2012, 171, il quale utilizza il termine «democrazie di facciata» per riferirsi a quegli ordinamenti dove l'introduzione dei valori democratici è avvenuta in modo incompleto, tangenziale, giacché nella loro dinamica funzionale essi si caratterizzano per la mancata garanzia dei valori del pluralismo, delle minoranze, di un'effettiva libertà di informazione, con un accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo senza un corrispondente riconoscimento dei diritti dell'opposizione.

<sup>7</sup> Cfr. L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, cit. 26.

<sup>8</sup> P. Blokker, *From legal to political constitutionalism?*, in *VerfBlog*, 4 June 2017 e G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quad. Cost.*, 1/2017, 151 ss.

<sup>9</sup> Sul punto, T. Boros, *Another Hungarian Constitutional Amendment: Smoke and Mirrors for the World*, in *www.fesbp.hu*, July 2013, 2.

<sup>10</sup> Cfr. D. Kochenov, P. Bárd Di, *The four elements of the Autocrats' Playbook*, in *VerfBlog*, 18 September 2018.

per le ragioni anzidette, vedono decurtata la loro effettiva capacità di porsi a protezione dei principi dello Stato di diritto.

Esternamente, si assiste all'affrancamento dei valori proclamati dall'art. 2 TUE, a norma del quale l'Unione si fonda sul «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze [...] valori [...] comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Principi che a loro volta si legano indissolubilmente con il rispetto dello Stato di diritto – richiamato sin dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Les Verts*<sup>11</sup> – che costituisce la «spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna»<sup>12</sup>, presupposto per la difesa dei diritti e degli obblighi derivanti dai Trattati e dal diritto internazionale, per la fiducia reciproca fra gli Stati membri e di tutti i cittadini verso le istituzioni dell'Unione<sup>13</sup>. Un concetto, quello dello Stato di diritto, richiamato anche nel preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e in quello dello Statuto del Consiglio d'Europa<sup>14</sup>, che non assume valenza solamente formale alla stregua di un catalogo riepilogativo di meri requisiti procedurali. Al contrario, rappresentando un mezzo per la salvaguardia della democrazia e dei diritti fondamentali, spiega la sua rilevanza anche (soprattutto) sotto il profilo sostanziale, contenendo al suo interno «principi come la legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; la certezza del diritto; il divieto di esercizio arbitrario del potere esecutivo; una tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, e un controllo giurisdizionale effettivo anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; la separazione dei poteri; e l'uguaglianza davanti alla legge»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Corte di Giustizia, *Les Verts*, causa 294/1983, 23 aprile 1986, p.to 23.

<sup>12</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Strasburgo, 11 marzo 2014 COM(2014) 158, 1.

<sup>13</sup> Concetto ribadito anche dalla Corte di Giustizia UE nel caso *LM*, causa C-216/18 PPU, 28 luglio 2018, p.to 35. Ciascuno Stato membro «condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'art. 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel riconoscimento di tali valori e, dunque, nel rispetto del diritto dell'Unione che li attua». Conf. Corte di Giustizia UE, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas*, causa C-64/16, 27 febbraio 2018, p.to 30.

<sup>14</sup> Sulla portata definitoria della *rule of law* nella cornice del Consiglio d'Europa si vedano i pareri della Commissione di Venezia, *Report on the rule of law*, CLD-AD(2001)003, no. 521/2009, 4 aprile 2011 e il più recente *Rule of law checklist*, CDL-AD(2016)007, no. 711/2013, 18 marzo 2016.

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, Bruxelles, 3 aprile 2019, COM(2019) 163, 1 ss. Per un'analisi di più ampio respiro sul concetto di *rule of law* nel contesto dell'Unione europea, A. von Bogdandy, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, in *European Constitutional Law review*, 14/2018, 675 ss; L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, 04/09; nonché A. Magen, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great rule of Law Debate in EU*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. 5/2016, 1050 ss.

### 1.1 La debole risposta dell'Unione europea

A questo smarcamento non ha sinora corrisposto una reazione altrettanto incisiva delle istituzioni di Bruxelles, almeno per quanto concerne il loro effettivo grado di efficacia. Da un lato, l'approccio giurisdizionale di cui alla procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE* si è dimostrato inappropriato a contrastare violazioni sistemiche. Sotto il profilo applicativo, la sua attivazione ad opera della Commissione è condizionata alla specifica inosservanza, da parte di uno Stato membro, di uno o più obblighi sullo stesso incombenti ed espressamente previsti da una specifica disposizione dei Trattati o dalla normativa di rango primario. Non solo, dunque, il procedimento *de quo* non è suscettibile di integrare azioni che possano esprimere un'efficacia preventiva al manifestarsi della violazione<sup>16</sup>, bensì il suo potenziale è aprioristicamente limitato *ratione materie* nel caso in cui si invochino violazioni della Carta dei Diritti Fondamentali giacché, ai sensi dell'art. 51 della stessa, le sue disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

A ciò si aggiunga che la stessa Commissione ha sin qui offerto un'interpretazione stringente dell'art. 2 TUE, tale da escluderne la diretta invocabilità dinanzi alla Corte di Giustizia a causa della sua portata ampia e difficilmente tipizzabile<sup>17</sup>. Sebbene non siano mancate voci critiche volte a sostenere la possibilità di un suo utilizzo autonomo – ovvero in combinato con altre norme come l'art. 4, comma 3 TUE che postula il principio di leale collaborazione tra l'Unione e gli Stati membri – dinanzi a violazioni della *rule of*

---

<sup>16</sup> M. Taborowski, *The Commission takes a step back in the fight for the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 3 January 2018.

<sup>17</sup> Cfr. S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 301-302; M. Taborowski, *The European Commission launches Art. 7 TEU proceedings against Poland for breach of Rule of Law*, in *Quad. Cost.*, 1/2018, 242; D. Kochenov, L. Pech, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 11/2015, 519-520.

law che presentino un carattere sistemico<sup>18</sup>, ad oggi questa possibilità non è stata ancora percorsa<sup>19</sup>.

Neppure lo strumento politico di cui all'art. 7 TUE, invocato dalla Commissione contro la Polonia<sup>20</sup> e dal Parlamento europeo contro l'Ungheria<sup>21</sup> all'esito di un lungo percorso dialogico con limitati risultati tra le istituzioni comunitarie e i governi nazionali, ha prodotto fino ad ora gli effetti sperati<sup>22</sup>. Ciò assume specifico rilievo ove si pensi al caso della Polonia, nei confronti della quale la Commissione ha senza successo attivato preliminarmente il meccanismo di

---

<sup>18</sup> L'idea di una procedura d'infrazione *sistemica* che unisca in una sola procedura più casi di infrazione è stata avanzata da K.L. Scheppele, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions* (<https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>). Anziché deferire uno Stato dinanzi alla Corte di Giustizia per singole violazioni del diritto europeo, «a systemic infringement action could put the various pieces of the puzzle together as a coherent whole under Article 2 TEU to enable the Commission to demonstrate that the specific issue (e.g. the lowering of the judicial retirement age) is connected to a larger pattern (e.g. a set of sudden changes to the way that judges are appointed, promoted, demoted and disciplined in Hungary). His set of legal changes could then be presented as evidence of a systemic threat to judicial independence which itself is a crucial component of the rule of law as protected by Article 2 TEU» (p. 4). Anche il Parlamento europeo, con la risoluzione (P8-TA 2016 – 0409) del 25 ottobre 2016 *Recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* (2015/2254(INL)), nell'invocare un meccanismo di monitoraggio costante sottoforma di un accordo inter-istituzionale, ha evidenziato la possibilità di utilizzarne i resoconti annuali come base affinché la Commissione possa decidere di avviare una procedura di *infrazione sistemica* a norma dell'art. 2 TUE e dell'art. 258 TFUE, raggruppando le singole violazioni in un unico procedimento. Sulla creazione di una *Commissione di Copenaghen*, ovvero di un soggetto istituzionale *ad hoc* chiamato a sovrintendere al rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, invece, si rimanda alla relazione del Parlamento UE - Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (cd. *Rapporto Tavares*), *Sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* (in applicazione della risoluzione del PE del 16 febbraio 2012 (2012/2130(INI)), 24 giugno 2013. In dottrina, sulla questione, J.W. Müller, *Protecting Democracy and the Rule of Law inside the EU, or: Why Europe Needs a Copenhagen Commission*, in *VerfBlog*, 13 March 2013 e M. Dani, *Opening the enforcement of EU fundamental values to European citizens*, in *VerfBlog*, 7 April 2013.

<sup>19</sup> Non sono mancate proposte innovative attraverso cui far fronte ai limiti sinora richiamati come quella formulata dal cd. *Gruppo di Heidelberg*. L'art. 20 TFUE proibisce provvedimenti nazionali volti a privare i cittadini dell'Unione dell'effettivo godimento dei diritti che derivano loro dallo *status* di cittadini dell'Unione. Ciò significa che gli Stati membri restano autonomi nella protezione dei diritti fondamentali sino a che garantiscono gli standard essenziali di cui all'art. 2 TUE. Dunque, in presenza di violazioni sistemiche che incidano sugli stessi dovrebbe poter darsi facoltà ai singoli di adire direttamente i giudici nazionali in cerca di adeguata tutela. Per approfondimenti, A. von Bogdandy, C. Antpöhler, M. Ioannidis, *Protecting EU values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in *Max Planck Institute Research Paper Series*, 04/2016.

<sup>20</sup> Il testo della *Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia* del 20 dicembre 2017 è reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0835>.

<sup>21</sup> La proposta *Recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione* votata in data 12 settembre 2018 è reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0340+0+DOC+XML+V0//IT#BKMD-10>.

<sup>22</sup> G. Halmai, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 313 ss.

dialogo strutturato (cd. *Rule of law Framework*) appositamente introdotto nel 2014 e finalizzato a fronteggiare la presenza di minacce sistemiche allo Stato di diritto ad uno stadio in cui non sussistano ancora le condizioni per l'applicazione dell'art. 7 TUE<sup>23</sup>. Anche in questo frangente, dinanzi alle *Raccomandazioni sullo Stato di diritto* formulate dalla Commissione sull'indipendenza della magistratura e l'autonomia della Tribunale costituzionale, il responso delle istituzioni polacche non ha prodotto i frutti sperati, dimostrandosi per lo più dilatorio ove non direttamente ostativo<sup>24</sup>.

Il *deficit* di efficacia, in questo caso, non deriva dalla strutturale inidoneità dell'istituto a cogliere violazioni dal carattere sistemico, essendo appositamente previsto allo scopo<sup>25</sup>. Le problematiche principali sono intrinsecamente connesse al suo funzionamento. L'apprezzabilità squisitamente politica delle condizioni in presenza delle quali ritenere integrate le fattispecie del *rischio evidente di grave violazione* di cui al primo comma e *la grave violazione* di cui al successivo, associata ad una formulazione generica delle stesse per evitare rischi di eccessiva cristallizzazione, tendono a rendere l'esito della procedura segnatamente aleatorio e non sottoponibile al vaglio della Corte di Giustizia, la cui competenza è limitata alle sole violazioni procedurali<sup>26</sup>. Il potenziale deterrente è sostanzialmente vanificato dal voto unanime in seno al Consiglio che si richiede ai sensi dell'art. 7, comma 2 TUE e il cui raggiungimento è condizione necessaria – ma non sufficiente – per l'irrogazione di misure sanzionatorie le quali, in forza di quanto previsto al comma seguente, richiedono un'ulteriore deliberazione a maggioranza qualificata<sup>27</sup>. L'accentramento dei poteri nelle mani del Consiglio, inoltre, rimettendo la decisione finale al circuito intergovernativo, tende ad inserire nel complesso valutativo variabili suscettibili di alterare il risultato finale. Paradossalmente, la scissione del piano sovranazionale da quello dei singoli Paesi membri, si accompagna al rischio concreto che gli stessi possano anteporre relazioni dettate da interessi interstatali a quello europeo, impedendo al meccanismo di cui all'art. 7 TUE di fare il proprio corso<sup>28</sup>. Il riscontro fattuale è

<sup>23</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit. 5 ss. Sugli effetti nella vicenda polacca, L. Pech, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do Next*, in *VerfBlog*, 31 October 2016; G. Schöpflin, *EU Law and Politics: The Rule of Law Framework*, in *VerfBlog*, 28 February 2016.

<sup>24</sup> Si veda D. Kochenov, L. Pech, K.L. Scheppele, *The European Commission's Activation of Article 7: Better Late than Never?*, in *VerfBlog*, 23 December 2017.

<sup>25</sup> In dottrina, sull'art. 7 TUE, B. Nascimbene, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus.it*, 24 ottobre 2017 e U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, 2017, 38 ss.

<sup>26</sup> La differenza fra le due procedure è ben rimarcata da L. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 02/2016, 1-39.

<sup>27</sup> Sulle misure adottabili dal Consiglio, A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 1/2019, 32 ss.

<sup>28</sup> Interessanti spunti sull'argomento giungono dal contributo di L. Frosina, *La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, 2/2018, 5-6. Secondo l'Autrice, il progressivo travaso di potere a favore del Consiglio a cui si è assistito negli ultimi anni – in ragione dell'esigenza di far fronte a situazioni emergenziali quali la crisi

constatabile nella circostanza che il Consiglio, al quale spetta il passo successivo nei confronti di Polonia e Ungheria, benché sia già trascorso un considerevole lasso di tempo dalle proposte di Commissione e Parlamento, non ha ancora assunto alcun provvedimento.

Di fronte a questa preoccupante situazione, che guardando al presente e rivolgendosi al futuro si mostra densa di interrogativi rispetto ad uno dei cardini centrali dell'architettura europea quali la *rule of law*, è lecito, e forse doveroso, interrogarsi su come rendere maggiormente stringenti ed efficaci gli strumenti posti a protezione dei valori che dietro ad essa si celano e che la qualificano. In attesa che si compiano passi in avanti ed eventualmente vengano individuate nuove soluzioni dagli organi di Bruxelles<sup>29</sup>, esiste la possibilità di utilizzare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo quale strumento di contrasto al proliferare di questi fenomeni? Alcuni recenti mutamenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo lasciano intravedere un suo possibile impiego in chiave evolutiva, operante *ex se* e suscettibile di fornire soluzioni in grado di integrarsi complementariamente con gli strumenti dell'ordinamento comunitario, innescando meccanismi virtuosi in grado di dar loro maggior efficacia, sospingendoli al di fuori del guado nel quale attualmente sembrano essersi arenati e realizzare quel *momento costituzionale* a livello europeo da tempo auspicato<sup>30</sup>. Nelle pagine che seguono si cercherà comprendere se quanto qui brevemente premesso possa effettivamente realizzarsi, divenendo qualcosa di più che una mera speranza cui appellarsi guardano al futuro.

## 2. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la sua portata *sistemica*

---

economico-finanziaria, quella migratoria e quella connessa alle esigenze di sicurezza internazionale – ha contribuito «a determinare maggiori gerarchie di potere e asimmetrie nella relazioni tra Stati, con effetti di ulteriore indebolimento della democrazia sovranazionale europea» dettati, in prevalenza, dal ricorso sempre più accentuato a soluzioni di carattere intergovernativo e contingenti, improntate all'informalità e all'atipicità extra-ordinamentale. Conf. C. Tovo, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2017; G. Martinico, *Fuga dai Trattati. Primo studio sull'elusione del diritto come tecnica di integrazione*, in *Percorsi Costituzionali*, 3/2016, 375 ss.; L. Melica, *L'Unione europea, uno Stato ancora incompiuto che deve evolvere per frenare i populismi*, in *DPCE Online*, 2/2018, 325-326.

<sup>29</sup> Si veda la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *Sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, Bruxelles, 2 maggio 2018 COM(2018) 324. Ai sensi dell'art. 4 il progetto regolamentare autorizza la Commissione, in caso di riscontrate carenze riguardanti lo Stato di diritto all'interno degli Stati membri tali da compromettere la sana gestione del bilancio o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ad assumere specifici provvedimenti tra i quali: a) sospendere i pagamenti o l'esecuzione degli impegni giuridici assunti con lo Stato membro in questione nel caso in cui esegua il bilancio in gestione diretta o indiretta; b) sospendere l'approvazione, modificare o ridurre i programmi e/o gli impegni assunti attraverso rettifiche dei programmi di spesa, finanche interrompendo o sospendendo i pagamenti, qualora esegua il bilancio in regime di gestione concorrente.

<sup>30</sup> In proposito si veda A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rügge, M. Schmidt, M. Taborowski, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. Cost.*, 4/2018, 855 ss.

Strutturata come Carta dei diritti, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è «ordinata secondo un *nomos* polemico che contrappone meccanicamente i diritti individuali allo Stato e, quindi, l'individuo alla comunità politica di riferimento»<sup>31</sup>. Storicamente, dunque, il suo funzionamento e con essa la risultante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non sono state utilizzate al prioritario scopo di rilevare violazioni sistemiche dello Stato di diritto, approntando soluzioni volte al loro contrasto.

La Convenzione stessa, d'altronde, non sembra contenere norme che *expressis verbis* si curino di proteggere la *rule of law* quale valore a sé stante. Malgrado ciò (*supra* § 1), essa trova riconoscimento nel preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa, in quello della Convenzione e in più occasioni è stata ricondotta dalla Corte di Strasburgo all'interno del quadro convenzionale alla stregua di «a concept inherent in all the Articles of the Convention»<sup>32</sup>, ovvero quale componente essenziale «of the common heritage of the Contracting States»<sup>33</sup>. Analogo discorso può essere proposto in relazione al concetto di democrazia, considerato quale elemento fondamentale dell'«European public order»<sup>34</sup> e «the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it»<sup>35</sup>.

Esistono purtroppo due disposizioni collocate nella parte finale del Titolo I la cui funzione può essere appositamente estesa alla protezione della democrazia e dello Stato di diritto<sup>36</sup>. La prima di queste è l'art. 17 CEDU il quale recita «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste della stessa Convenzione». La seconda, invece, è rappresentata dal successivo art. 18 CEDU in forza del quale «le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste».

Entrambe le norme sono state invocate dinanzi alla Corte di Strasburgo con ridotta frequenza e allorché introdotte in giudizio il loro grado di accoglimento è stato assai limitato relegandole in una sorta di «penombra convenzionale»<sup>37</sup>. Solo ultimamente – almeno per quanto concerne l'art. 18

<sup>31</sup> C. Caruso, *Sul caso Baka c. Ungheria: la Corte Edu condanna la "distruzione" della separazione dei poteri (e della libertà di espressione)*, in *Diritti Comparati*, 10 luglio 2014. Conf. A. Vincze, *Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgement Baka v. Hungary*, in *European Public Law*, 3/2015, 451.

<sup>32</sup> Corte EDU, *Stafford v. The United Kingdom*, Application no. 46295/99, 28 maggio 2002, p.to 63 e *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, Application no. 11138/10, 23 maggio 2016, p.to 134.

<sup>33</sup> Corte EDU, *Solomon v. Croatia*, Application no. 679/11, 2 aprile 2015, p.to 46.

<sup>34</sup> Corte EDU, *Uspakich v. Lithuania*, Application no. 14737/18, 20 dicembre 2016, p.to 87.

<sup>35</sup> Corte EDU, *Ždanoka v. Latvia*, Application no. 58278/00, 16 marzo 2006, p.to 98.

<sup>36</sup> Cfr. F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, in *Goettingen Journal of International Law*, 9/2018, 111-112.

<sup>37</sup> S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 18*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 584.

CEDU<sup>38</sup> – sembra essere stata indirizzata una nuova luce che potrebbe riflettersi anche sull'art. 17 CEDU, conferendo loro una portata applicativa più ampia di quanto non sia stato fatto sino ad ora, conformemente alla loro *ratio* e alle esigenze di natura sistemica che hanno spinto i redattori della Convenzione ad inserirle nella versione finale del testo, come norme di chiusura della stessa<sup>39</sup>.

## 2.1 Art.17 CEDU e il divieto di abuso del diritto

Delle due disposizioni prese in considerazione, l'art. 17 CEDU è la più articolata ed anche quella che ha evidenziato complessità interpretative più accentuate, solo in parte risolte da una esigua giurisprudenza della Corte EDU, scarsamente concludente circa i criteri di applicazione della stessa. Le maggiori difficoltà sul piano ermeneutico, come si vedrà a breve, derivano dalla difficoltà in prima approssimazione di conciliare le due proposizioni all'interno della disposizione il cui testo disvela la tensione tra due esigenze complementari: «difendere la democrazia, da un lato, ed evitare che gli Stati impongano a tal fine limitazioni eccessive dei diritti fondamentali»<sup>40</sup>.

Per quanto tragga ispirazione dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'ONU del 1948 in forza del quale all'interno della stessa nulla «può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati», l'art. 17 CEDU presenta una formulazione più estesa, vietando ulteriormente limitazioni ai diritti e alle libertà previste nella Convenzione in misura più ampia di quanto previsto dalla stessa. Sul piano soggettivo si caratterizza per una duplice direzionalità applicativa, essendo diretta tanto verso gli Stati – qualora agiscano a danno di un singolo ovvero di un gruppo – così nei confronti di questi ultimi ove la loro condotta sia diretta a danno dei primi. Su quello oggettivo, invece, delinea due ordini di azioni, ambedue idonee ad integrare la fattispecie di riferimento. La prima parte della disposizione, infatti, pone un limite verso quelle azioni che, strumentalizzando il contenuto della Convenzione, siano finalizzate alla distruzione di uno o più tra i diritti e le libertà in essa contenuti. Nella seconda, invece, si vieta l'imposizione di limiti più ampi di quelli già individuati dalla Convenzione. In altri termini, mentre la prima parte proibisce l'*abuso del diritto*, la seconda si perita di precludere l'*abuso delle restrizioni* previste dalla CEDU<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Sul punto sia consentito un rinvio a S. Gianello, *Quando Strasburgo si fa garante della democrazia: alcune considerazioni sui casi Navalnyy e Selahattin Demirtas*, in *Quad. Cost.*, 1/2019, 215 ss.

<sup>39</sup> Cfr. V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001, 470.

<sup>40</sup> S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 571.

<sup>41</sup> Cfr. J. García Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)*, in P. Santolaya Marchetti, J. García Roca (eds.), *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, 503.

Questi due ultimi aspetti erano noti ai redattori della Convenzione che avevano davanti ai loro occhi l'esperienza da poco trascorsa dell'instaurarsi dei regimi totalitari entro i confini continentali e avanti a sé vedevano affermarsi nuovi di matrice comunista. Il suo inserimento all'interno della Convenzione rispecchia «the most explicit expression of the ambition of the Convention as a whole: preventing the emergence or re-emergence of totalitarian regimes in Western Europe»<sup>42</sup>. La norma in questione, in altri termini, traspone all'interno del tessuto convenzionale il concetto di *wehrhafte demokratie*<sup>43</sup>, di democrazia in grado di difendersi, preservando il libero ed effettivo funzionamento delle sue istituzioni<sup>44</sup>. Si voleva, dunque, evitare l'utilizzo della Convenzione come grimaldello per introdurre negli ordinamenti nazionali misure liberticide tanto ad opera delle autorità pubbliche che di singoli o gruppi organizzati, in particolare sottoforma di partiti politici<sup>45</sup>. Come questi ultimi, per riprendere le parole dei giudici di Strasburgo, avrebbero potuto in futuro invocare i diritti e le libertà di cui alla stessa Convenzione «in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society»<sup>46</sup>, lo stesso avrebbe potuto verificarsi ad opera delle istituzioni statali.

Dal punto di vista giurisprudenziale, l'art. 17 CEDU non ha mai portato ad una condanna nei confronti di uno Stato. Il dato empirico mostra, al contrario, come il suo utilizzo sia stato concentrato nei confronti degli individui e dei gruppi, quale parametro in forza del quale dichiarare l'inammissibilità di un ricorso presentato alla Corte<sup>47</sup>, per escludere *ratione materiae* l'estensione del diritto invocato nel caso di specie dal ricorrente<sup>48</sup>, ovvero come canone interpretativo per rinforzare la necessità dell'interferenza statale al suo esercizio<sup>49</sup>. In special modo respingendo l'idea che all'interno degli artt. 9 e 10 CEDU – che tutelano rispettivamente la libertà di pensiero e di espressione – potessero essere fatte confluire idee contrarie allo spirito e al testo della Convenzione come, ad esempio,

---

<sup>42</sup> P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Utrecht University, 2016, 23.

<sup>43</sup> Corte EDU, *Vogt v. Germany*, Application no. 17851/91, 26 settembre 1995, p.to 51.

<sup>44</sup> Cfr. J. Garcia. Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)*, cit. 510.

<sup>45</sup> Quest'ultimo aspetto venne messo in luce dal membro italiano dell'Assemblea consultiva, Benvenuti, secondo cui «it is necessary above all to prevent abuses, violations or restrictions, on the part of the legislative power of the different countries who have to apply the Convention on Human Rights. In the second place, it is necessary to prevent totalitarian currents from exploiting, in their own interests, the principles enunciated by the Convention; that is to invoke the rights of freedom in order to suppress Human Rights». Council of Europe, *Preparatory work on Article 17 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, 5 March 1975, p. 7 ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART17-CDH\(75\)7-BIL1338904.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART17-CDH(75)7-BIL1338904.pdf)). Si veda, inoltre, M. de Salvia, *Compendium della CEDU. Linee guida della giurisprudenza relativa alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2000, 281 ss.

<sup>46</sup> Corte EDU, causa *Ždanoka v. Latvia*, p.to 99.

<sup>47</sup> Corte EDU, *Ivanov v. Russia*, Application no. 35222/04, 20 febbraio 2007.

<sup>48</sup> Corte EDU, *Norwood v. United Kingdom*, Application no. 23131/02, 16 novembre 2004.

<sup>49</sup> Corte EDU, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 15 ottobre 2015, p.to 209.

manifestazioni negazioniste<sup>50</sup>, d'incitamento all'odio<sup>51</sup> e di apologia nei riguardi di ideologie totalitarie<sup>52</sup>, nonché quale limite all'esercizio dell'art. 11 CEDU che tutela la libertà di riunione e di associazione<sup>53</sup>. Potendo trovare applicazione in connessione con la violazione di un diritto sostanziale, non sono mancate ulteriori vicende all'esito delle quali la Corte, pur rilevando la violazione del diritto invocato, non ha posto l'attenzione sull'art. 17 CEDU, considerando la questione assorbita<sup>54</sup>.

Tale prassi, tuttavia, non esclude in alcun modo che l'art. 17 CEDU possa essere impiegato quale parametro in funzione del quale sanzionare comportamenti di un'Alta Parte contraente. Dai lavori preparatori emerge chiaramente la consapevolezza riguardo ai pericoli che avrebbero potuto celarsi addietro la facoltà concessa agli Stati membri di limitare le libertà previste dalla Convenzione in determinate circostanze. Come affermato dal componente francese Teitgen, «it is legitimate and necessary to limit, sometimes even to restrain, individual freedoms, to allow everyone the peaceful exercise of their freedom and to ensure the maintenance of morality, of the general well-being, of the common good and of public need [...] that is permissible; that is legitimate. But when [the State] intervenes to suppress, to restrain and to limit these freedoms for, this time, reason of state; to protect itself according to the political tendency which it represents, against an opposition which it considers dangerous; to destroy fundamental freedoms which it ought to make itself responsible for coordinating and guaranteeing, then it is against public interest if it intervenes. Then the laws which it passes are contrary to the principle of the international guarantee»<sup>55</sup>.

Prima di porre l'attenzione sul ruolo degli Stati, tuttavia, occorre affrontare la questione della supposta incongruenza intrinseca della norma che in sostanza deriverebbe da una lettura utilitaristica della funzione cui è preposta: se il suo effetto è impedire la messa in discussione dei valori posti alla base della democrazia liberale, dovrebbe essere consentito agli Stati imporre a coloro i quali agiscono di tal guisa, limitazioni ai loro diritti più ampie di quelle previste dalla Convenzione. Possibilità, tuttavia, negata dalla parte finale della disposizione<sup>56</sup>. Da qui la necessità di interpretare separatamente le due preposizioni di cui si compone l'art. 17 CEDU. La prima parte andrebbe ricondotta ai soli individui o gruppi, essendo

<sup>50</sup> Corte EDU, *Witzsch v. Germany*, Application no. 7485/03, 13 dicembre 2005.

<sup>51</sup> Corte EDU, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, Applications nos. 26261/05 and 26377/06, 14 giugno 2013, p.ti 107-114.

<sup>52</sup> Comm. EDU, *Pavel Ivanov v. Russia*, Application no. 250/57, 20 luglio 1957.

<sup>53</sup> Corte EDU, *Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey*, Application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 febbraio 2003. In dottrina, sul punto, D. Tega, S. Ceccanti, *La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. Di Giovine (a cura e con introduzione di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 37 ss.

<sup>54</sup> Corte EDU, *Šimunić v. Croatia*, Application no. 20373/17, 22 gennaio 2019, p.to 39.

<sup>55</sup> Council of Europe, *Preparatory work on Article 17 of the European Convention of Human Rights*, cit. 6.

<sup>56</sup> Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 571. Questione a sua volta ripresa da J. Velu, R. Erge, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussels, 1990, 138 ss.

espressamente richiamato il concetto di diritto che gli stessi potrebbero invocare dinanzi all'esercizio di un comportamento o di un'attività idonea a ledere altri diritti convenzionali. La seconda, diversamente, evocando l'imposizione di limitazioni all'esercizio di detti diritti e libertà, non potrebbe che essere riferita alla condotta statale<sup>57</sup>. Addirittura, v'è chi ha ritenuto che l'art. 17 CEDU, letto congiuntamente con il successivo art. 18 CEDU che si riferisce esclusivamente agli Stati, tradisse un utilizzo limitato ai soli casi in cui i valori convenzionali fossero messi a repentaglio ad opera di individui o gruppi al fine di evitare sovrapposizioni tra le due disposizioni<sup>58</sup>.

Un simile approccio non è privo di conseguenze sul versante pratico poiché suscettibile di ridurre sensibilmente l'ambito di applicazione dell'art. 17 CEDU ad una sola delle ipotesi individuate all'interno dello stesso: l'imposizione di limitazioni ai diritti più ampie di quelle già previste. Per quanto pregevolmente argomentate, le tesi poc'anzi richiamate purtuttavia propendono per un approccio eccessivamente restrittivo<sup>59</sup>.

In primo luogo, infatti, occorre considerare il dato letterale della norma che fa chiaramente riferimento allo Stato quale soggetto potenzialmente nelle condizioni di compiere sia un atto od un'attività mirata alla distruzione delle libertà convenzionali, sia imporre ad esse limiti più stringenti di quelli consentiti dalla Convenzione. La stessa conformazione della norma pone le due proposizioni in rapporto di complementarità e non di esclusività. Una eventuale alternatività può sorgere in fase applicativa, nel senso da precludere la contestuale violazione di ambedue le fattispecie astratte in relazione alla singola vicenda concreta<sup>60</sup>. Tuttavia, non solo ciò non può affermarsi aprioristicamente, ma nell'ipotesi in cui dovesse verificarsi dipenderà dalla tipologia di violazione oggetto di contestazione e non anche dalla struttura del disposto normativo. L'estensione di entrambe le

<sup>57</sup> In tal senso C. Pinelli, *Art. 17. Divieto di abuso di diritto*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, cit. 457. Secondo l'Autore, avendo a riguardo i cd. *nemici della libertà* cui le due proposizioni della norma fanno riferimento, essi «coincidono assai meno di quanto il comune tenore letterale (Stato, gruppo o individuo) lasci ritenere. Mentre la prima proposizione si riferiva precipuamente al 'gruppo', cioè a partiti e movimenti ben presenti alla memoria europea oppure oggetto di timori più ravvicinati, il pericolo di 'limitazioni maggiori di quelle previste in detta Convenzione' non poteva che provenire dallo Stato, il solo fra i soggetti indicati a poterle 'prevedere'».

<sup>58</sup> Sul punto, F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 116-117.

<sup>59</sup> Per una lettura alternativa si veda A.M. Williams, *The European Convention on Human Rights: A New Use*, in *Texas International Law Journal*, Vol. 12, 1977, 285 ss. Secondo l'Autrice, dall'art. 17 CEDU deriverebbe un obbligo *positivo* degli Stati membri di evitare preventivamente che al proprio interno possano verificarsi azioni da parte di individui o gruppi mirate alla distruzione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione. L'art. 17 CEDU, secondo tale ricostruzione, andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 1 CEDU il quale, a sua volta, stabilisce che «le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». In ragione di ciò, spetterebbe ad ogni Paese la predisposizione di strumenti – in primo luogo di natura normativa – volti ad arginare la concretizzazione di tale pericolo, pena la violazione dell'art. 1, interpretato alla luce dell'art. 17 CEDU.

<sup>60</sup> S. Van Drooghenbroeck, *L'Article 17 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est-il indispensable?*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, No. 46, 2001, 547.

preposizioni alla condotta dei singoli Paesi aderenti, inoltre, trova conferma nella stessa giurisprudenza della Corte EDU. I giudici nella causa *Bîrsan v. Roumanie*, dopo aver ribadito che il sostantivo “Stato” utilizzato dalla norma è un chiaro richiamo ai Paesi che hanno aderito alla Convenzione, hanno specificato altresì che nei confronti di questi essa produce un duplice effetto: proibire la distruzione dei diritti e delle libertà convenzionali, ed impedire la loro limitazione in misura maggiore di quanto disposto dalla Convenzione<sup>61</sup>.

D'altronde, focalizzando l'attenzione sulla terminologia utilizzata si nota una significativa differenza tra la prima e la seconda parte dell'art. 17 CEDU. Quest'ultima, similmente a quanto stabilito dal successivo art. 18 CEDU, nel richiamare le limitazioni ai diritti ed alle libertà si riferisce alle sole disposizioni della Convenzione che già le prevedono. Dunque, utilizzando un canone interpretativo conforme per ambedue le disposizioni, la seconda preposizione dell'art. 17 CEDU può essere applicata nei confronti di uno Stato qualora la sua ingerenza, nel porsi oltre i limiti consentiti, non solo rappresenti una misura tutt'altro che necessaria in una società democratica funzionale alla salvaguardia di altrettanti interessi di ordine pubblico ma, al contrario, sia diretta alla loro negazione.

La prima parte, diversamente, nell'indicare lo “strumento” attraverso il quale uno Stato – al pari di un individuo o di un gruppo – potrebbe aspirare alla disintegrazione dei diritti e delle libertà, si riferisce generalmente a «nessuna disposizione della presente Convenzione», dunque a ciascuna di esse e non solamente a quelle che espressamente individuano un diritto o una libertà soggetta a limitazioni. Tra queste, ad esempio, l'art. 15 CEDU secondo il quale in circostanze di guerra o di altro grave pericolo che minacci la vita della nazione, è consentito alle Alte Parti contraenti adottare misure derogatorie degli obblighi previsti dalla Convenzione, nella sola misura in cui si riveli necessario e non confligga con altri obblighi internazionali. Tutt'altro che un caso di scuola, una simile circostanza è già stata oggetto di controversia pendente dinanzi la Commissione nella causa *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*<sup>62</sup>, ove venne contestato alle Giunte militari salite al potere con il colpo di stato nell'aprile 1967 di aver sistematicamente violato i diritti e le libertà convenzionali, stabilendo un regime autoritario di per sé incompatibile con il rispetto della Convenzione<sup>63</sup>. Il governo ellenico invocò l'art. 15 CEDU sulla considerazione che la loro sospensione avrebbe dovuto considerarsi solamente provvisoria, subordinata alla situazione contingente e funzionale al futuro ripristino della vita parlamentare. Al contrario, i Paesi ricorrenti contestarono l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 15 CEDU, rivolgendo alla Commissione la richiesta di accertare l'abusività delle azioni perpetrate dalle istituzioni greche

<sup>61</sup> Corte EDU, *Bîrsan v. Roumanie*, Application no. 79917/13, 2 febbraio 2016, p.to 71.

<sup>62</sup> Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, Applications nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 5 novembre 1969.

<sup>63</sup> Per una ricostruzione della vicenda, P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, cit. 26-27.

ai sensi dell'art. 17 CEDU<sup>64</sup>. La conclusione cui giunse quest'ultima fu quella di rigettare le obiezioni fondate sull'art. 15 CEDU giacché «the main condition of Article 15 – the existence of a public emergency threatening the life of the nation – is not satisfied in the present case»<sup>65</sup>. La Commissione non esclude, dunque, l'applicabilità dell'art. 17 CEDU al caso di specie ma considerò assorbita la questione in virtù del mancato accertamento delle condizioni necessarie per addivenire ad una deroga della Convenzione in stato di urgenza.

Nondimeno, nel redigere la propria opinione dissenziente, il membro austriaco Ermacora patrocinò la possibilità di utilizzare l'art. 17 CEDU in combinato con l'art. 3, Protocollo 1 CEDU che impone ai Paesi membri l'obbligo di organizzare libere elezioni a intervalli ragionevoli in condizioni tali da assicurare la libera espressione del corpo elettorale. Secondo quest'ultimo, «the present situation in Greece is caused by the respondent Government and, in particular, by the fact that the Government has taken no effective step to apply Article 3 of the First Protocol in such a way is intended by democratic governments referred to in the Preamble of the Convention as well as in the Statute of the Council of Europe. One may have the impression that the respondent Government misunderstands the function of a revolutionary government under the regime of the Convention [...] this leads me to the conclusion that the respondent Government has engaged in activities or has performed acts aiming at the limitation of the rights under the Convention to a greater extent than is provided for in the Convention (Article 17 of the Convention)»<sup>66</sup>.

Per quanto l'esempio poc'anzi riportato possa costituire un'evenienza eccezionale, nulla toglie all'utilizzo dell'art. 17 CEDU in situazioni il cui portato emergenziale si ponga ad un livello di guardia inferiore. Il concetto di abuso del diritto, d'altro canto, *ipso iure* abbraccia una pluralità di situazioni difficilmente tipizzabili *ex ante*, se non in termini generali. Sulla scorta dei pronunciamenti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo esso può riguardare azioni e attività che si pongano in contrasto con il testo e con lo spirito della Convenzione<sup>67</sup>, con i valori fondamentali che la stessa esprime e che sono posti alla base di un effettivo esercizio della democrazia<sup>68</sup> come la tolleranza, la pace sociale e la non discriminazione<sup>69</sup>, l'uguaglianza di genere e la convivenza tra individui all'interno di una società libera da qualunque forma di segregazione razziale, «without which a democratic society is inconceivable»<sup>70</sup>. Più in generale, può consistere in ogni altro atto «aimed at destroying any of the rights and freedoms set forth in the

<sup>64</sup> Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, p.ti 147-149.

<sup>65</sup> Comm. EDU, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherland v. Greece (the Greek case)*, p.to 150.

<sup>66</sup> *Dissenting Opinion of Mr. Ermacola in Yearbook of the European Convention on Human Rights. The Greek case 1969*, The Hague, Netherlands, 1972, 102-103.

<sup>67</sup> Corte EDU, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, Applications nos. 26261/05 and 26377/06, 14 marzo 2013, p.to 103.

<sup>68</sup> Comm. EDU, *Kühnen v. The Federal Republic of Germany*, Application no. 12194/1986, 12 maggio 1988, p.to 1.

<sup>69</sup> Corte EDU, *Ivanov v. Russia*, p.to 1.

<sup>70</sup> Corte EDU, *Vona v. Hungary*, Application no. 35943/10, 9 luglio 2013, p.to 57.

Convention»<sup>71</sup>. Ad assumere rilevanza primaria ai fini del loro apprezzamento è la valutazione della condotta, o meglio delle condotte complessivamente accertate a carico dello Stato, inserite nel contesto più ampio all'interno del quale vedono la luce.

Da ultimo, seppure l'art. 17 CEDU configuri una norma «only applicable on an exceptional basis and in extreme cases»<sup>72</sup>, alcuni spunti interessanti riguardo il suo possibile utilizzo in chiave prognostica possono essere estrapolati dall'opinione separata formulata da alcuni giudici nel caso *Navalnyy v. Russia* in cui quest'ultima è stata condannata ai sensi dell'art. 18 in combinato con gli art. 5 e 11 CEDU dopo che la Corte ha potuto appurare nell'azione delle autorità nazionali uno sviamento di potere finalizzato alla repressione del dissenso politico. Rimandando l'analisi sull'art. 18 CEDU al paragrafo successivo, lo sguardo sulle argomentazioni dell'opinione di minoranza – per i quali la vicenda avrebbe dovuto essere trattata ai sensi dell'art. 17 CEDU – si rivela utile in quanto consente di comprendere meglio quale possa essere la prospettiva applicativa della norma di cui si tratta associata alla condotta di uno Stato, e in che relazione si ponga con l'art. 18 CEDU.

A trasparire *prima facie* è l'ampio spettro entro cui circoscrivere la porta definitoria del concetto di *abuso del diritto* il quale «can be understood as being directed at, not only – excessive – individual restrictions of the exercise of fundamental rights, but also a general system of limitations or actions going beyond what is necessary in a democratic regime. It may be an apparent or even brutal abuse of power, without any effort of concealment; it may be an excessive use of the power to restrict rights, again without any ulterior purpose, but with the (dominant) intention to limit any form of expression of personal freedoms (speech, assembly, etc.); or it may be a succession of incidents which, taken one by one, appear to be isolated and straightforward violations of a Convention right, but which, taken together, show a greater problem of systemic violations ultimately aimed at the destruction of the rights and freedoms provided by the Convention. There lies the real abuse of rights or power: a system of violations»<sup>73</sup>. In secondo luogo, emerge la capacità dell'art. 17 CEDU di intercettare e arginare violazioni che si manifestino su larga scala e siano fra loro collegate da un comune disegno antitetico ai valori della Convenzione, giacché «in this respect [...] goes well beyond isolated cases of unacceptable limitations of individual rights and is capable (and even designed) to address structural issues where the abuse of rights

<sup>71</sup> Corte EDU, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, Application no. 332/57, 1 luglio 1961, p.to 7.

<sup>72</sup> Corte EDU, *Paksas v. Lithuania*, Application no. 34932/04, 6 gennaio 2011, p.to 87. Tale assunto trova conferma anche in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 576 e in J. Garcia Roca, *Abuse of Fundamental Rights and Defence of Democracy (Art. 17 ECHR)*, cit. 525.

<sup>73</sup> Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, Applications nos. 29580/12 and 4 others, 15 novembre 2018, *partly concurring, partly dissenting* of Judges Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke and Paczolay, p.to 17. Un tale sistema, proseguono le motivazioni, può manifestarsi sotto varie sembianze e a differenti livelli: «a too strict and liberticidal legislation, a restrictive administrative practice that applies the legal rules with excessive severity, or a systematic judicial prosecution in cases of alleged violation of legal or administrative rules restricting rights guaranteed by the Convention and the application of severe sanctions in case of guilt found».

lasts over a period of time and transpires through the general intensity of the restrictions of a given fundamental right. The various violations taken in isolation – which must always be sanctioned by the Court, however on different grounds – are merely individual instances of an abusive system which, as a whole, falls under Article 17»<sup>74</sup>.

L'abuso del potere infine, secondo l'opinione di minoranza, avrebbe una portata più ampia dello sviamento poiché prescinde dalla valutazione del fine perseguito dalle autorità nazionali. Ci possono essere abusi che non dissimulano scopi ulteriori rispetto a quello cui ambiscono. L'affermazione dell'art. 17 CEDU non dipende (esclusivamente) dall'illegittimità dello scopo a cui l'esercizio del potere è asservito, «but because of the way in which the power was used»<sup>75</sup>. Dall'opinione separata emerge, pertanto, un utilizzo della disposizione in questione alternativo a quello dell'art. 18 CEDU. In realtà, come si cercherà di far emergere nelle pagine che seguono, più che escludersi vicendevolmente nella loro applicazione esse si completano facendo riferimento a fattispecie che, per quanto generalmente finalizzate al sovvertimento dei valori di cui è informata la Convenzione, quali il rispetto sostanziale dei principi democratici e lo Stato di diritto, vi giungono secondo schemi e modalità fra di loro non necessariamente collimanti.

## 2.2 Art.18 CEDU e il divieto di sviamento del potere

Lo sviamento del potere richiama ad un esercizio dello stesso finalizzato al perseguimento di scopi estranei rispetto a quelli per cui è stato originariamente preposto. Diversamente dall'abuso, ad assumere primaria rilevanza non è la modalità di estrinsecazione dell'azione, quanto l'obiettivo che si pone di raggiungere. Muovendo da questa breve considerazione si comprende meglio a cosa miri l'art. 18 CEDU: impedire una utilizzazione delle restrizioni ai diritti e alle libertà previste dal dettato convenzionale a nocimento dello Stato di diritto e, con esso, della democrazia<sup>76</sup>. In particolare, evitando che uno Stato possa venire meno agli obblighi discendenti dalla Convenzione sopprimendone i diritti e le libertà «by means of minor measures which, while made with the pretext of organising the exercise of these freedoms on its territory, or of safeguarding the

<sup>74</sup> Corte EDU, *Navalnyy v. Russia, partly concurring, partly dissenting*, p.to 18.

<sup>75</sup> Corte EDU, *Navalnyy v. Russia, partly concurring, partly dissenting*, p.to 26.

<sup>76</sup> C. Heri, *Navalnyy v. Russia (Eur. Ct. H.R.)*, in *International Legal Materials*, Vol. 58, 2019, 315. Più in generale sull'argomento, Id., *Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent developments under Article 18 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 15 December 2017; H. Keller, C. Heri, *Selective criminal proceedings and article 18 ECHR: The European Court of Human Rights untapped potential to protect democracy*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 37, 2016, 1-10. Da ultimo, F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 120, secondo il quale «where States start using the law merely as camouflage for the raw exercise and abuse of power [...] the rule of law is in clear danger. Article 18 of the ECHR is geared toward situations where States limit rights for ulterior, hidden purposes, and therefore provides a warning signal par excellence of rule of law backsliding».

letter of the law, have the opposite effect»<sup>77</sup>. Come l'art. 17 CEDU, anche la successiva disposizione trova la sua *raison d'être* nella ricerca di strumenti che impediscano l'ulteriore radicamento di sistemi autoritari. Tuttavia, la norma *de quo* si pone ad un livello differente che comprende la possibilità di un ritorno a modelli analoghi a quelli del passato attraverso un progressivo «détournement de pouvoir»<sup>78</sup>. Come evidenziato nel corso dei lavori preparatori dal membro italiano Benvenuti, «what we must fear today is not the seizure of power by totalitarianism by means of violence, but rather totalitarianism will attempt to put itself in power by pseudo-legitimate means. Experience has shown that it is sufficient to establish an atmosphere of intimidation and terror in one single electoral campaign in a country for all the executive act establishing a totalitarian regime to acquire a character, an appearance, of legality [...] the battle against totalitarianism should rather be modified and should become a battle against abuse of legislative power, rather than abuse of executive power [...] every State which violates Human Rights and above all the rights of freedom, will always have an excuse»<sup>79</sup>. Parole il cui afflato, riportato *mutatis mutandis* alle vicende della contemporaneità, non sembra patire i segni del tempo.

Sul piano applicativo, l'art. 18 non costituisce un mero canone interpretativo delle norme che all'interno della Convenzione prevedono limitazioni ai diritti e alle libertà. Nel proibire che le Alte Parti contraenti impongano limitazioni per scopi non prescritti dalla stessa, svolge una funzione autonoma<sup>80</sup>, potenzialmente «normogenetica»<sup>81</sup>, consentendo la previsione di regole ulteriori che guidino al legittimo esercizio delle restrizioni in modo emancipato dalla necessità di individuare un collegamento con altre previsioni contenute all'interno della Convenzione. Nonostante il suo carattere accessorio ne imponga l'invocazione in combinato con una disposizione sostanziale che ammetta limitazioni, la sua violazione può essere accertata anche in assenza di una concomitante lesione del diritto principale<sup>82</sup>.

Essa si pone a completamento della seconda preposizione dell'art. 17 CEDU nella parte in cui vieta il ricorso a limitazioni più ampie di quelle previste. Mentre quest'ultima, nel suo utilizzo, è limitata all'individuazione di restrizioni ai

---

<sup>77</sup> Council of Europe, *Preparatory work on Article 18 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, 10 March 1975, 3 (Teitgen), ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf)).

<sup>78</sup> V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. 470.

<sup>79</sup> Council of Europe, *Preparatory work on Article 18 of the European Convention of Human Rights*, cit. 4.

<sup>80</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, Application no. 72508/13, 28 novembre 2017, p.to 288.

<sup>81</sup> V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. 470.

<sup>82</sup> Si veda, fra le altre, Corte EDU, *Cebotari v. Moldova*, Application no. 35615/06, 13 novembre 2007, p.to 49. In dottrina, invece, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Art. 18*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. 584. Mentre la valutazione in merito alla violazione dell'art. 18 CEDU – con riguardo allo sviamento dalle finalità per cui sono state poste le restrizioni – viene eseguita riferendosi alla sua concreta applicazione nei confronti del ricorrente, la considerazione (in astratto) sulla conformità alla Convenzione della norma che prevede la limitazione al diritto o alla libertà, è invece eseguita sulla disposizione principale.

diritti e alle libertà *ulteriori* rispetto a quelli consentiti, l'art. 18 CEDU dispiega la sua efficacia nell'ambito di ciò che è astrattamente autorizzato ma, nel suo effettivo spiegamento, persegue scopi ultronei rispetto a quelli previsti dalla Convenzione<sup>83</sup>. Il suo raggio di funzionamento, pertanto, copre un'area più limitata e virtualmente prodromica rispetto a quella dell'abuso del diritto, giacché opera fintantoché le limitazioni imposte – sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo – non fuoriescano dall'ambito del teoricamente consentito, pur ambendo ad un fine concretamente illegittimo.

Il riscontro con il dato procedimentale, tuttavia, mostra come per lungo tempo l'art. 18 CEDU abbia rappresentato una sorta di «dormant provision»<sup>84</sup>. La prima condanna è giunta solamente il 19 maggio del 2004 nel caso *Gusinskiy v. Russia*<sup>85</sup>. Le ragioni del suo scarso impiego sono diverse ma prevalentemente riconducibili ad una giurisprudenza della Corte EDU di segno marcatamente restrittivo. Muovendo dalla presunzione di buona fede dell'azione statale<sup>86</sup>, la Corte pretendeva l'assolvimento di un elevato standard probatorio che il più delle volte rischiava di sfociare nella richiesta di una vera e propria *probatio diabolica*. Al ricorrente che avesse invocato l'uso illegittimo delle restrizioni poste all'esercizio di un suo diritto, spettava dimostrare che la condotta delle autorità statali celasse l'esistenza di una «hidden agenda»<sup>87</sup> appositamente indirizzata al perseguimento di finalità occulte. Tale dimostrazione, tuttavia, non poteva dirsi soddisfatta dal mero ricorso ad elementi di carattere presuntivo<sup>88</sup>. Al contrario, lo sviamento del potere poteva essere accertato solo in presenza di «a very exacting standard of proof»<sup>89</sup> che, a sua volta, presupponeva l'allegazione di «incontrovertible and

<sup>83</sup> Cfr. P. Santolaya, *Limiting Restriction on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limits on According to Purpose)*, in P. Santolaya Marchetti, J. García Roca (eds.), *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, cit. 528. Conf. F. Punzo, *Art. 18, limiti alla restrizione dei diritti*, in C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Napoli, 2006, 565.

<sup>84</sup> Ç. Başak, *Merabishvili v. Georgia: Has the Mountain Given Birth to a Mouse?*, in *VerfBlog*, 3 December 2017.

<sup>85</sup> Corte EDU, *Gusinskiy v. Russia*, Application no. 70276/01, 19 maggio 2004. Nel caso di specie il ricorrente, all'epoca dei fatti presidente di una compagnia privata russa attiva nell'ambito dei media e della comunicazione, venne arrestato e sottoposto a detenzione preventiva (secondo modalità lesive dell'art. 5 CEDU) allo scopo ulteriore di condizionarlo ad alienare la propria società alla compagnia pubblica russa Gazprom e alle condizioni da questa unilateralmente imposte.

<sup>86</sup> Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications nos. 11082/06 and 13772/05, 25 luglio 2013, p.to 899 in cui si afferma che «the whole structure of the Convention rests on the general assumption that public authorities in the member States act in good faith. That assumption is rebuttable in theory, but it is difficult to overcome in practice».

<sup>87</sup> Corte EDU, *Lutsenko v. Ukraine* Application no. 6492/11, 3 luglio 2012, p.to 106.

<sup>88</sup> Corte EDU, *Dochnal v. Poland*, Application no. 31622/97, 18 settembre 2012, p.to 106. Secondo il collegio «the Court admits that the applicant's case may raise a certain suspicion as to whether the real intent of the authorities was to extract further depositions from him regarding various sensitive political matters. However, a mere suspicion that the authorities used their powers for some other purpose than those defined in the Convention is not sufficient to prove that Article 18 was breached [...] in particular, the Court is unable to conclude that the legal machinery of the respondent State in the present case was misused».

<sup>89</sup> Corte EDU, *Khodorkovskiy v. Russia*, Application no. 5826/04, 31 maggio 2011, p.to 256.

direct proof[s]»<sup>90</sup>. Concretamente, la pretesa della Corte si estendeva sino a richiedere la dimostrazione «that the whole legal machinery of the respondent State in the present case was *ab initio* misused, that from the beginning to the end the authorities were acting with bad faith and in blatant disregard of the Convention»<sup>91</sup>. Nemmeno in presenza di fattori dai quali trasparisse la presenza di finalità improprie nell'operato dei pubblici poteri si sarebbe potuto ricavare un'attenuazione del rigido regime probatorio in quanto «even where the appearances speak in favour of the applicant's claim of improper motives, the burden of proof must remain with him or her»<sup>92</sup>.

Data la natura sussidiaria dell'art. 18 CEDU non sono mancate decisioni in cui la Corte ne abbia escluso l'applicabilità *ratione materiae* in considerazione della sua invocazione associata a diritti non espressamente qualificati come quelli previsti agli artt. 6 e 7 CEDU che salvaguardano i crismi del giusto processo e del principio di legalità<sup>93</sup>. Inoltre, anche a seguito del caso *Gusinskiy v. Russia* – fatta

---

<sup>90</sup> Corte EDU, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Application no. 14902/04, 20 settembre 2011, p.to 663.

<sup>91</sup> Corte EDU, *Khodorkovskiy v. Russia*, p.to 260.

<sup>92</sup> Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, p.to 903. Secondo F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. p. 131, è possibile individuare nella giurisprudenza della Corte EDU due differenti approcci. Nei casi in cui i ricorrenti abbiano lamentato una persecuzione politica da parte delle autorità pubbliche senza allegare alcun elemento di prova che dimostrasse in modo inequivoco uno specifico evento, i giudici hanno imposto un più elevato standard di prova consistente nella dimostrazione *ab origine* della malafede dell'autorità pubblica. Al contrario, ove i ricorrenti siano stati in grado di fornire la prova di un episodio ben individuato dal quale sia emersa l'occulta finalità statale, l'onere della prova ha assunto livelli di minor intensità. Nella vicenda *Lutsenko v. Ukraine*, per esempio, la Corte ha rinvenuto che il regime di detenzione preventiva alla quale era stato sottoposto il ricorrente contrastava con l'art. 18 in combinato con l'art. 5 CEDU poiché finalizzata a punirlo per aver rilasciato dichiarazioni pubbliche volte a proclamare la propria innocenza e screditare l'autorità procedente sfruttando la sua notorietà di *leader* dell'opposizione, dopo aver ricoperto in passato ruoli governativi. In questo caso l'elemento di prova incontrovertibile è stato individuato dalla Corte nelle stesse motivazioni adottate dall'autorità giudiziaria che aveva disposto l'arresto. *Cfr.* Corte EDU, *Lutsenko v. Ukraine*, Application no. 6492/11, 3 luglio 2012, p.ti 104-110. Analogamente si veda anche Corte EDU, *Tymoshenko v. Ukraine*, Application no. 49872/11, 30 aprile 2013, p.ti 294-301.

<sup>93</sup> Corte EDU, *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, Applications nos. 46632/13 and 28671/14, 23 febbraio 2016, p.to 130. Importante rilevare come nella loro opinione separata (*partly dissenting*), i giudici Nicolau, Keller e Dedov abbiano sostenuto l'applicabilità dell'art. 18 CEDU in relazione all'art. 6 CEDU sulla base di un'interpretazione sistematica della clausola che proibisce lo sviamento del potere, la cui funzione è arginare regressioni della democrazia e dello Stato di diritto. Poiché in passato la Corte ha già constatato l'autonomia dell'art. 18 CEDU applicandolo in assenza della concomitante violazione del diritto sostanziale, ne consegue che il suo collegamento con la norma particolare contenente limitazioni imponibili dalle autorità nazionali è meno intensa di quanto si possa pensare. L'art. 18 CEDU non si applicherebbe, dunque, alle sole previsioni convenzionali che prevedano esposte restrizioni all'esercizio del diritto, bensì, «as per its *ratio conventionis*, it applies to limitation on all convention rights, with the exception of those absolute rights that do not permit limitation and to which it therefore cannot logically apply, for example those under Article 3» (p.to 4). Un processo può essere motivato da intenti e finalità abusive come, ad esempio, il tentativo di estromettere dalla vita politica esponenti di opposizione. Anche in questi casi si manifesterebbero le condizioni perché uno Stato possa essere condannato ai sensi dell'art. 18 in combinato con l'art. 6 poiché esso non costituisce un diritto assoluto. Sull'applicazione della disposizione in parola ad ogni previsione che contenga «expressed or implied restrictions», dunque anche all'art. 6 CEDU, si veda Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, Application no.

eccezione per i casi in cui la Corte abbia ritenuto la doglianza assorbita al termine dell'esame sulla disposizione sostanziale<sup>94</sup> – lo sviamento del potere è stato sanzionato quasi esclusivamente in relazione all'art. 5 CEDU, in presenza di arbitrarie privazioni della libertà da parte delle autorità pubbliche.

Questo paradigma argomentativo-processuale, il cui frutto è stato la sensibile riduzione della portata dissuasiva e sanzionatoria dell'art. 18 CEDU, che a tratti è risultata essere «pressoché vanificata»<sup>95</sup>, ha subito un deciso *revirement* con la decisione della Grande Camera *Merabishvili v. Georgia* del 28 novembre 2017 che vi ha conferito nuova vitalità, aprendo a più ampi orizzonti per il suo utilizzo, come dimostrato dalla giurisprudenza successiva. La vicenda ha tratto origine dal ricorso presentato dall'ex Primo Ministro georgiano, all'epoca dei fatti divenuto uno dei *leader* dell'opposizione, arrestato e sottoposto a procedimento penale con l'accusa di appropriazione indebita e abuso di autorità. Benché egli rivendicasse l'illegittimità della detenzione preventiva e del giudizio in sé, giacché finalizzati all'obiettivo di escluderlo dalla vita politica e, segnatamente, dalle elezioni presidenziali dell'ottobre 2013, il *casus belli* riguardante lo sviamento di potere delle autorità georgiane derivò da uno specifico evento verificatosi a distanza di alcuni mesi dall'inizio della custodia cautelare. Nel corso di una notte venne segretamente prelevato dalla propria cella ed interrogato dal Procuratore Generale riguardo a fatti estranei al suo giudizio: la morte del Primo Ministro Zurab Zhvania e le attività finanziarie del Presidente Mikheil Saakashvili<sup>96</sup>. Di conseguenza, secondo Ivane Merabishvili, le misure preventive disposte a suo carico non avrebbero servito lo scopo processuale, bensì quello di creare illegittimamente una fonte di pressione per estorcergli informazioni riguardo eventi estranei alla specifica vicenda.

I punti sui quali la Grande Camera ha concentrato l'attenzione sono stati: a) la predominanza dello scopo perseguito dalle autorità statali; b) la questione dell'onere probatorio. Riguardo a quest'ultimo si può apprezzare una sensibile attenuazione dei criteri precedentemente adottati. La regola generale secondo la quale «the burden of proof is not borne by one or the other party because the Court examines all material before it irrespective of its origin, and because it can, if necessary, obtain material of its own motion»<sup>97</sup> deve trovare applicazione anche qualora il giudizio verta sull'applicazione dell'art. 18 CEDU. In diverse occasioni «a strict application of the principle *affirmanti incumbit probatio*, that is that the burden of proof in relation to an allegation lies on the party which makes it, is not

---

101/15, 17 ottobre 2017, *Partly dissenting opinion of Judges Keller and Dedov*, p.to 7. Nella decisione della Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan (No. 2)*, Application no. 919/15, 16 novembre 2017, p.to. 261, infine, pur rigettando nel merito la violazione dell'art. 18 in collegamento con l'art. 6 CEDU stante l'infondatezza della doglianza, i giudici hanno ritenuto la questione ammissibile sul piano processuale.

<sup>94</sup> Corte EDU, *Beyeler v. Italy*, Application no. 33202/96, 5 gennaio 2000, p.to 129.

<sup>95</sup> V. Angiolini, *Art. 18. Limite all'applicazione delle restrizioni dei diritti*, cit. p. 472. Conf. F. Punzo, *Art. 18, limiti alla restrizione dei diritti*, cit. 566.

<sup>96</sup> Cfr. C. Heri, *Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR*, in *Strasbourg Observers*, 15 December 2017.

<sup>97</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 311.

possible, notably in instances when this has been justified by the specific evidentiary difficulties faced by the applicants»<sup>98</sup>. In questi casi la Corte può chiedere *ex officio* alle parti di integrare le rispettive istanze. Seppur non possa coattivamente imporre alcun ordine di presentazione al governo resistente, nondimeno è nelle condizioni di trarre dal rifiuto – finanche dalla mera omissione – elementi di prova suscettibili di integrare il giudizio complessivo sulla sua condotta, specialmente qualora le autorità pubbliche siano le sole ad avere l'accesso ad informazioni di particolare rilevanza ai fini del procedimento. Riguardo, invece, allo standard della prova che si richiede al ricorrente, conformemente alla più recente giurisprudenza<sup>99</sup>, anche in dette circostanze deve trovare applicazione il principio di portata generale del «beyond reasonable doubt»<sup>100</sup>. Non sarà più necessario fornire la prova diretta ed incontrovertibile della responsabilità statale che potrà invece essere costituita ricorrendo a «information about the primary facts, or contextual facts or sequences of events which can form the basis for inferences about the primary facts»<sup>101</sup>. Fra queste, specifico rilievo dovrà essere attribuito a *reports* di osservatori internazionali, organizzazioni non governative e *media* indipendenti, nonché ad eventuali decisioni di corti nazionali ed internazionali<sup>102</sup>.

Il secondo profilo di interesse ha riguardato la questione della possibile pluralità di intenti perseguiti dalle autorità pubbliche. Poiché l'azione statale oggetto di contestazione può essere ricompresa entro un lasso temporale considerevole, sia sotto il profilo diacronico che quello sincronico, è possibile che la stessa sia stata segnata dalla concomitante presenza di più finalità, solo alcune delle quali legittime. In queste evenienze, secondo la Grande Camera, il criterio da seguire è quello della predominanza dello scopo. Vi è differenza tra l'ipotesi in cui uno Stato utilizzi le restrizioni all'esercizio di un diritto secondo le finalità proprie di quest'ultimo – seppur conseguendo ulteriori vantaggi – e quella in cui «the prescribed purpose, while present, was in reality simply a cover enabling the authorities to attain an extraneous purpose, which was the overriding focus of their efforts»<sup>103</sup>. Solo in quest'ultimo caso può dirsi integrata la fattispecie dell'art. 18 CEDU. Una restrizione, in altre parole, può essere compatibile con una disposizione sostanziale della Convenzione che la autorizza giacché persegue uno scopo consentito ai sensi della stessa, purtuttavia viola l'art. 18 CEDU qualora sia stata principalmente destinata a un altro obiettivo non previsto dalla Convenzione e tale sia stato predominante. *Ex adverso*, se lo scopo consentito era quello

---

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, Application no. 15172/13, 22 maggio 2014, p.ti 142-144.

<sup>100</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 314. Canone che richiede «first [...] the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or similar un rebutted presumptions of fact. Secondly, the level of persuasion required to reach a conclusion is intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made, and the Convention right at stake».

<sup>101</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 317.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 303.

principale, la restrizione non si pone in contrasto con l'art. 18 CEDU anche se persegue – in minor parte – un altro fine illegittimo. Quale sia il proposito predominante, infine, «depends on all the circumstances. In assessing that point, the Court will have regard to the nature and degree of reprehensibility of the alleged ulterior purpose, and bear in mind that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society governed by the rule of law»<sup>104</sup>.

Ancorché si possa apprezzare il tentativo dei giudici di offrire una chiave interpretativa che non escluda a priori lo sviamento del potere in presenza di finalità legittime, l'approccio in parola non è esente da criticità<sup>105</sup>. Se la funzione dell'art. 18 CEDU è evitare qualunque forma di sviamento del potere attuabile mediante la previsione di limitazioni all'esercizio dei diritti per fini differenti da quelli convenzionalmente meritevoli di tutela, consentire agli Stati di perseguire scopi illegittimi fintantoché questi non assumano carattere predominante rischia di rivelarsi un *nonsense*. Una contraddizione che altresì contrasta con il dato letterale della norma che prescrive l'applicazione delle richiamate restrizioni *solo* allo scopo per cui sono state previste. In quanto eccezioni all'esercizio di un diritto o di una libertà, queste ultime debbono considerarsi un numero chiuso, tipizzate all'interno della disposizione da cui traggono origine. Nel momento stesso in cui si ammette che le autorità di uno Stato possano piegare ai propri obiettivi le limitazioni previste dalla Convenzione, almeno fino a quando non risultino prevalenti, significa rimettere nelle loro mani il potere stesso di manipolarla discrezionalmente a proprio vantaggio. Ma questa evenienza collide con la *ratio* della disposizione che proibisce qualunque forma di sviamento e crea una breccia nel tessuto della Convenzione, riducendone altresì l'impatto deterrente<sup>106</sup>.

Il concetto stesso di predominanza, d'altronde, non è di facile definizione. Da un lato dipende da una pluralità di variabili, molte delle quali non calcolabili secondo parametri quantitativi. Qualitativamente, poi, è da escludere che la medesima condotta assuma (sempre) pari rilevanza in contesti differenti. Il rimando della Corte alla considerazione integrale delle circostanze del caso tenuto conto del loro *degree of reprehensibility* e del fine convenzionale di proteggere la democrazia e lo Stato di diritto non appare risolutivo, lasciando comunque alle autorità nazionali una consistente zona grigia entro la quale muoversi con un

<sup>104</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, p.to 307.

<sup>105</sup> Queste sono state puntualmente riassunte in un brano della *concurring opinion* del giudice Serghides il quale ha escluso che l'art. 18 CEDU possa ammettere – ancorché in misura recessiva – restrizioni che seguano scopi in contrasto con la Convenzione: «an interpretation of Article 18 which accepts an abuse of power would run counter to 'the aim of the Council of Europe', which is 'the achievement of greater unity between its members', pursued through 'the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms' [...] not only would an abuse of power not maintain and further realise human rights, nor even merely lower the standard of protection of such rights; it would rather amount to the destruction of the rights themselves. This, of course, would be the most serious setback human rights may face». Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, *Concurring opinion of Judge Serghides*, p.to 20.

<sup>106</sup> Corte EDU, *Merabishvili v. Georgia*, *Concurring opinion of Judges Yudkivska, Tsotsoria and Vehabovic*, p.to 16.

discreto margine di libertà<sup>107</sup>. Sotto questo profilo, dunque, un approccio meno lasco che avesse escluso qualunque forma di restrizione lesiva dei valori convenzionali, indipendentemente dalla loro prevalenza, avrebbe conferito alla norma una maggiore efficacia, rinvigorendo l'immagine della Corte quale guardiana della democrazia e della *rule of law*.

Al netto di queste ultime considerazioni, l'ampliamento dei margini entro i quali considerare soddisfatta la dimostrazione probatoria ha comunque prodotto effetti positivi che si sono potuti apprezzare in successivi giudizi<sup>108</sup>. Nel caso *Navalnyy v. Russia*, ad esempio, la Grande Camera, riformando parzialmente la decisione della Terza Sezione che aveva escluso lo sviamento di potere, ritenendo la questione assorbita dalla violazione della norma sostanziale, ha condannato il governo russo ai sensi dell'art. 18 in connessione con gli artt. 5 e 11 CEDU. Tra il marzo 2012 e il febbraio 2014, il ricorrente, famoso blogger e attivista politico, in occasione di alcuni raduni pubblici, pacifici benché non autorizzati, era stato arrestato, tradotto presso la stazione di polizia e successivamente condannato all'esito di procedimenti sommari di cui rivendicava l'illegittimità e il movente politico. In considerazione dei recenti mutamenti della cornice normativa dai quali emergeva un radicale restringimento delle libertà di riunione e di manifestazione,

---

<sup>107</sup> Conf. F. Tan, *The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?*, cit. 138.

<sup>108</sup> Fra questi Corte EDU, *Aliyev v. Azerbaijan*, Applications nos. 68762 and 71200/14, 20 settembre 2018. Il ricorrente era un noto avvocato impegnato nella difesa dei diritti umani che aveva patrocinato diversi casi davanti alla Corte EDU e presidente della *Legal Education Society*, un'associazione non governativa che fra le sue funzioni svolgeva corsi di formazione per avvocati e giornalisti su questioni attinenti alla protezione dei diritti umani. Dopo aver presentato un *report* sullo stato dei diritti fondamentali in Azerbaijan durante un evento organizzato in occasione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, veniva arrestato. Fra le diverse accuse spiccava quella di evasione fiscale e appropriazione indebita per non aver registrato – quale Presidente dell'associazione – donazioni provenienti dall'estero, aver concluso accordi con altri enti al fine di reperire finanziamenti senza averne la competenza e non averli comunicati alle autorità ai fini dell'apposita registrazione. All'esito del procedimento veniva condannato a sette anni e mezzo di detenzione, successivamente ridotti a cinque e sospesi con la condizionale. La Corte, dopo aver accertato la violazione dell'art. 5, commi 1 e 4 CEDU – poiché l'arresto era stato disposto senza che vi fosse un ragionevole sospetto circa la commissione dei reati per cui era accusato e gli era stato negato un adeguato riesame dello stato di detenzione – e dell'art. 8 CEDU – in quanto le perquisizioni cui era stato sottoposto avevano riguardato illegittimamente aspetti della sua vita privata e professionale (fra cui documenti relativi alla sua attività di difensore) estranei al procedimento in corso – accertava la violazione dell'art. 18 in connessione con gli artt. 5 e 8 CEDU. In considerazione del suo speciale ruolo di difensore e promotore dei diritti umani, della sua cooperazione con le istituzioni del Consiglio d'Europa, della persistente opera di stigmatizzazione delle organizzazioni non governative ad opera dei rappresentanti della autorità azere, di una legislazione sempre più severa nei loro riguardi e del più ampio contesto in cui diversi attivisti avevano subito arresti secondo modalità tra loro assimilabili, il trattamento al quale era stato sottoposto indicava «that the authorities' actions were driven by improper reasons and the actual purpose of the impugned measures was to silence and to punish the applicant for his activities in the area of human rights as well as to prevent him from continuing those activities» (p.to 215). La condanna ai sensi dell'art. 18 CEDU, inoltre, trovava giustificazione nel possibile «chilling effect of those measures on the civil society at large, whose members often act collectively within NGOs and who, for fear of prosecution, may be discouraged from continuing their work of promoting and defending human rights» (p.to 213). Analogamente si veda Corte EDU, *Mammadli v. Azerbaijan*, Application no. 47145/14, 19 aprile 2018.

dalle modalità con cui erano stati eseguiti gli arresti e, in particolare, dalla sequenza degli eventi complessivamente attenzionati dalla quale emergeva un disegno persecutorio nei confronti del ricorrente, «the Court finds it established beyond reasonable doubt that the restrictions imposed on the applicant [...] pursued an ulterior purpose within the meaning of Article 18 of the Convention, namely to suppress that political pluralism which forms part of ‘effective political democracy’ governed by ‘the rule of law’, both being concepts to which the Preamble to the Convention refers»<sup>109</sup>. L’illegittimo trattamento riservato dalle autorità ad Aleksey Navalnyy – non come privato cittadino, bensì nella sua qualità di popolare esponente di opposizione – non poteva dirsi limitato alla singola vicenda personale, ma perseguiva l’ulteriore scopo di dissuadere coloro i quali avessero deciso di manifestare pubblicamente contro il governo, sferrando un duro colpo alla stessa «essence of democracy»<sup>110</sup>.

Un responso equivalente si è avuto nella vicenda *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*. Il ricorso in questo caso era stato presentato da uno dei leader del *Partito Democratico dei Popoli (HDP)* turco, schieramento di opposizione che raccoglie al suo interno forze filo-curde, arrestato con diverse accuse fra cui incitamento all’odio, sostegno e propaganda in favore di gruppi terroristici. Benché la carcerazione preventiva trovasse giustificazione nella presenza di ragionevoli sospetti a suo carico, la sua prolungata estensione contrastava con l’art. 5, comma 3 CEDU violando anche l’art. 3, Protocollo 1. Nonostante avesse mantenuto lo *status* di membro del Parlamento, durante l’intero periodo di detenzione egli non aveva potuto prendere parte alle attività dell’Assemblea nazionale e ciò costituiva, «an unjustified interference with the free expression of the opinion of the people and with the applicant’s right to be elected and to sit in Parliament»<sup>111</sup>. La violazione dell’art. 18 in collegamento con l’art. 5, comma 3 CEDU seguiva la prova «beyond reasonable doubt that the extensions of the applicant’s detention, especially during two crucial campaigns, namely the referendum and the presidential election, pursued the predominant ulterior purpose of stifling pluralism and limiting freedom of political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society»<sup>112</sup>. Come nel precedente caso *Navalnyy v. Russia*, nel giungere a tale conclusione, la Corte ha dato diretta applicazione ai principi enunciati nella decisione *Merabishvili v. Georgia*. Stante l’assenza di una prova diretta ed incontrovertibile, il fine politico dell’arresto è stato accertato grazie alla

<sup>109</sup> Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, p.to 175.

<sup>110</sup> Corte EDU, *Navalnyy v. Russia*, p.to 174.

<sup>111</sup> Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, Application no. 14305/17, 20 novembre 2018, p.to 240.

<sup>112</sup> Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, p.to 273. Nella fattispecie il suo arresto, assieme a quello di diversi esponenti dello stesso partito, era stato disposto a breve distanza dalla conclusione di alcuni scontri armati tra le forze governative e membri del PKK – in concomitanza dei quali Selahattin Demirtaş, si era espresso con discorsi a sostegno della popolazione curda – e successivamente all’approvazione di una disposizione costituzionale transitoria da parte dell’Assemblea nazionale con cui si disponeva la deroga al regime di immunità parlamentare nei confronti di coloro i quali l’autorità giudiziaria avesse inoltrato richieste di autorizzazione a procedere nei quindici giorni precedenti all’approvazione della stessa.

combinazione di più elementi: a) i *memorandum* redatti da istituzioni e organismi internazionali quali il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, la Commissione di Venezia, Amnesty International e terze parti intervenute nel procedimento dai quali emergeva il crescente deterioramento della democrazia in Turchia segnato dall'aumento esponenziale degli arresti nei confronti di esponenti delle forze di opposizione; b) la tempistica con cui erano stati eseguiti gli arresti del ricorrente e di altri parlamentari di opposizione (in totale 154 di cui 55 del HPD) giacché ciò si era verificato a ridosso della campagna per il referendum costituzionale del 2017, prolungandosi oltre le successive elezioni presidenziali; c) la considerazione che l'ondata di arresti, compreso quello di Selahattin Demirtaş, si era verificata a seguito di alcune esternazioni pubbliche nelle quali il Presidente turco si era scagliato contro il partito del ricorrente per il suo sostegno alle violente proteste del PKK nell'estate del 2015 a conferma di un ambiente politico che «during the recent years has created an environment capable of influencing certain decision by the national courts, especially during the state of emergency»<sup>113</sup>.

### 3. La (possibile) integrazione di più strumenti

Fatte le considerazioni di cui sopra, in che modo la CEDU può divenire strumento di salvaguardia della democrazia e dello Stato di diritto dinanzi a violazioni sistemiche di quest'ultimo? Vi sono due possibili chiavi di lettura fra loro complementari: la Convenzione può essere utilizzata quale strumento *ex se* in grado di contrastare il proliferare di tali fenomeni, ovvero fungere da elemento di supporto e integrazione di altri istituti appositamente previsti.

L'art. 46 CEDU impone alle Alte Parti contraenti l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo, attribuendo al Comitato dei ministri il controllo sull'esecuzione. Ove ciò non avvenga, dopo aver messo formalmente in mora il Paese inadempiente, con un voto a maggioranza qualificata dei due terzi, quest'ultimo può adire la Corte perché accerti l'inadempimento e trasferisca la questione al Comitato medesimo affinché valuti le opportune misure da adottare. Recentemente (per la prima volta) il Comitato dei Ministri ha rimesso la questione al giudice di Strasburgo nei confronti di un Paese membro, reo di non essersi conformato alla sentenza con la quale era stata disposta nei suoi confronti la condanna ai sensi dell'art. 18 in combinato con l'art. 5 CEDU (causa *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*). In forza del dettato dei giudici, «a total or partial failure to execute a judgment of the Court can engage the State Party's international responsibility. The State Party in question will be under an obligation not only to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to take individual and/or, if appropriate, general measures in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court»<sup>114</sup>. Il fine ultimo consiste nella

<sup>113</sup> Corte EDU, *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2), p.to 270.

<sup>114</sup> Corte EDU, *Proceeding under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, Application no. 151723/13, 29 maggio 2019, p.to 150.

*restitutio in integrum*, cioè nel ripristino delle condizioni precedenti alla violazione. Salvo i casi in cui la Corte disponga la necessità di specifici interventi, le sue decisioni hanno essenzialmente efficacia dichiarativa. Spetta agli Stati – sotto la supervisione del Comitato dei Ministri – decidere quali misure adottare, purché esse rispettino lo spirito e le conclusioni del *decisum*. Ove ciò non avvenga la palla passa all'organo politico del Consiglio d'Europa, cui è attribuito il compito di emanare «measures that are feasible, timely, adequate and sufficient to ensure the maximum possible reparation for the violations found by the Court»<sup>115</sup>. Allorché anche questo passaggio non produca effetti, potrebbe concretizzarsi la violazione del combinato disposto degli artt. 1 e 3 dello Statuto che postulano il principio di sincera collaborazione funzionale al perseguimento dei principi e degli ideali che rappresentano le basi su cui si fonda il Consiglio d'Europa, tra cui la democrazia e lo Stato di diritto. Si aprirebbe, dunque, la via sanzionatoria dettata dal successivo art. 8, che fra le diverse soluzioni, in estrema ipotesi, può condurre sino all'espulsione dello Stato contravventore<sup>116</sup>.

Un esempio concreto di quanto si va dicendo può essere individuato in una parziale rilettura della decisione *Baka v. Hungary* del giugno 2016 con cui la Grande Camera, sostanzialmente confermando la decisione della Seconda Sezione, ha condannato il governo magiaro per l'anticipata rimozione del Presidente della Corte Suprema a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del 2011<sup>117</sup>. L'utilizzo della fonte costituzionale quale base giuridica della destituzione, oltre ad impedire al ricorrente la possibilità di sottoporre il provvedimento a controllo giudiziario in violazione dell'art. 6 CEDU, secondo la Corte poteva dirsi «the result of legislation whose compatibility with the requirements of the rule of law is doubtful»<sup>118</sup>. Poiché le disposizioni transitorie relative alla cessazione della carica e ai nuovi criteri di eleggibilità – che escludevano la possibilità di una sua nuova nomina – erano state inserite durante l'iter parlamentare solo dopo che il ricorrente aveva rilasciato dichiarazioni critiche nei confronti del progetto di riforma del sistema giudiziario, ciò costituiva un'interferenza illegittima all'esercizio della sua libertà di espressione (art. 10 CEDU). L'intromissione, considerate le circostanze, oltre a minare l'indipendenza del potere giudiziario alla cui base è posto il principio di inamovibilità, disvelava una sorta di intento punitivo foriero di determinare «a chilling effect in that it have discouraged not only him but also other judge and court presidents in future from participating in public

<sup>115</sup> Corte EDU, *Proceeding under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, p.to 155.

<sup>116</sup> N. Neuwahl, S. Wheatley, *The EU and Democracy – Lawful and Legitimate Intervention in the Domestic Affairs of States?*, in A. Arnall, D. Wincott (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, 2002, 234.

<sup>117</sup> Sulla questione si vedano, fra gli altri, K. Kelemen, *Baka contro Ungheria: la Corte EDU e l'indipendenza dei giudici*, in *Quad. Cost.*, 4/2016, 827 ss; C. Bologna, *Baka c. Ungheria: Strasburgo condanna il «pre-pensionamento» del Presidente della Corte suprema per le opinioni espresse*, in *Quad. Cost.*, 3/2014, 750 ss.

<sup>118</sup> Corte EDU, *Baka v. Hungary*, Application no. 20261/12, 23 giugno 2016, p.to 121.

debate on legislative reforms affecting the judiciary and more generally on issues concerning the independence of judiciary»<sup>119</sup>.

Il mancato richiamo agli artt. 17 e 18 CEDU all'interno del ricorso ha *de facto* limitato il giudizio della Corte alle sole norme sostanziali. Per quanto rientri nelle sue prerogative il sollevamento d'ufficio delle stesse, nella pratica è assai raro che ciò avvenga. Nientemeno – alla luce dei nuovi parametri giurisprudenziali suesposti – è possibile intravedere un qualche spiraglio per la loro applicazione. Riguardo alla libertà di espressione, la rilevazione di chiari effetti dissuasori destinati ad espandersi oltre la singola vicenda rafforza l'idea che la destituzione del Presidente Baka abbia dissimulato un tipico *modus operandi* delle nuove *democrazie illiberali*, ovverosia la repressione del dissenso. La limitazione all'esercizio della libertà prevista all'art. 10 CEDU, perciò, lungi dal perseguire un fine legittimo in una società democratica, è stata invece apposta con il precipuo obiettivo di limitare il pluralismo che, a sua volta, rappresenta uno dei cardini imprescindibili del modello di democrazia fondata sul rispetto della *rule of law* in spregio all'art. 18 CEDU. Parimenti, anche la violazione dell'art. 6 CEDU pare difficilmente relegabile alla sola questione del negato accesso ad un giudice. Basti pensare che l'omologo provvedimento con cui è stata disposta la preventiva cessazione del mandato del Vicepresidente non è stato inserito all'interno delle disposizioni transitorie aventi rango costituzionale, bensì in fonti di grado inferiore suscettibili di consentirne l'impugnazione. L'insieme delle circostanze, quindi, evidenzia il fine abusivo perseguito dalle autorità ungheresi: rimuovere il Presidente della Corte Suprema in ragione del suo smarcamento dalla linea politica della maggioranza a scapito del principio della separazione dei poteri, dell'indipendenza della magistratura, nonché della *rule of law* in quanto tale, privandolo oltretutto di effettivi strumenti di tutela. Condizioni in presenza delle quali potrebbe configurarsi un'ipotesi di abuso di potere di cui all'art. 17 CEDU giacché l'azione statale pare essere stata improntata (quantomeno) alla previsione di limitazioni più estese di quelle previste dalla Convenzione<sup>120</sup>.

Quanto proposto non è un esercizio fine a se stesso giacché trattasi di una vicenda processualmente conclusa. Al contrario, raffigura un esempio di quanto potrebbe essere lecito attendersi, o più correttamente sperare, dal prossimo futuro. Come puntualmente osservato dalla dottrina attenta alle vicende di Ungheria e Polonia – ormai divenuti archetipi di riferimento – le preoccupazioni non sono legate esclusivamente alle riforme che hanno intaccato gli organi di garanzia. I fronti della crisi sono molteplici e si dipanano sul piano dei diritti civili, politici e sociali, pregiudicando il libero esercizio di libertà fondamentali come quella di

<sup>119</sup> Corte EDU, causa *Baka v. Hungary*, p.to 173.

<sup>120</sup> Sulla possibile applicazione dell'art. 17 in combinato disposto con l'art. 6 CEDU si rimanda alla decisione della Corte EDU, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan (No. 2)*, p.to. 254. Sebbene i giudici abbiano rigettato nel merito la questione in quanto manifestamente infondata, essendo stato invocato l'art. 6 CEDU al di fuori del suo ambito di applicazione, non ne hanno invero contestato l'ammissibilità *ratione materie*.

pensiero, espressione, associazione, riunione ed insegnamento, solo per elencarne alcune<sup>121</sup>.

All'interno dell'apparato convenzionale, sul piano pratico, l'accertamento dell'abuso o dello sviamento del potere è foriero di produrre effetti positivi sul versante dei rimedi statali in caso di condanna, allorquando si rilevi la portata sistemica della violazione alla *rule of law*. La Corte, o più propriamente il Comitato dei Ministri, si troverebbero nella condizione "privilegiata" di richiedere l'adozione di interventi su larga scala che mirino al ripristino dello *status quo ante* in considerazione della portata complessa della violazione, oltre il ristoro del ricorrente nella singola controversia. Provvedimenti destinati, dunque, ad estendersi sul piano legislativo/ordinamentale che rispettino lo spirito della pronuncia in *tutte* le sue declinazioni, specialmente quelle riguardanti la salvaguardia della democrazia e dello Stato di diritto, la cui mancata attuazione potrebbe spingere fino all'attivazione della procedura di cui all'art. 46 CEDU e alle relative conseguenze sanzionatorie.

Inoltre, rivolgendo lo sguardo all'Unione europea, potrebbero prodursi delle interazioni sinergiche con gli strumenti propri di quest'ultima. Scontati i limiti del procedimento d'infrazione *ex art. 258 TFUE* cui si è accennato (*supra* § 1.1), la relazione dialogica fra la Corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo, può fornire solide basi a quest'ultima su cui strutturare una giurisprudenza che si ponga oltre la specifica *quaestio*, cogliendo il dato contestuale entro cui è generata e le conseguenze sistemiche che dalla stessa promanano. Prim'ancora, però, può rendersi utile in relazione al procedimento di cui all'art. 7 TUE. Com'è osservabile dai documenti della Commissione e del Parlamento UE con cui si è proceduto nei confronti di Polonia e Ungheria, fra le altre fonti, è significativo il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU. Trattasi, sino ad ora, di fattispecie riguardanti questioni singole, unitariamente inidonee a rivelare violazioni sistemiche, bensì utili ove associate ad altre risultanze probatorie. Al contrario, nell'ipotesi in cui la Corte di Strasburgo accertasse una sistemica violazione della *rule of law* in forza degli artt. 17 e 18 CEDU, l'efficacia probante assurgerebbe ad un livello più elevato, offrendo a Parlamento e Commissione (nella fase iniziale) e al Consiglio (in quella successiva) maggiori elementi in virtù dei quali agire, favorendo le condizioni del loro intervento<sup>122</sup>. Questi rimarrebbero ad ogni modo i *domini* della scelta finale considerata la natura politica dello strumento, purtuttavia qualora le risultanze contenute nella decisione si mostrassero difficilmente controvertibili, la loro eventuale inerzia diverrebbe più difficile da giustificare.

Il carattere essenzialmente poliedrico con cui si manifesta oggi il rigetto dei valori alla base del costituzionalismo liberaldemocratico getta un guanto di sfida nei confronti dei *canonici* strumenti di garanzia posti alla loro tutela. Dinanzi all'emergenzialità di tali fenomeni anche il loro utilizzo può essere oggetto di tensioni che ne favoriscano l'evoluzione. Gli artt. 17 e 18 CEDU nascono

---

<sup>121</sup> M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2019, 167 ss.

<sup>122</sup> Cfr. F. Gremmelpez, *The legal vs. political route to rule of law enforcement*, in *VerfBlog*, 29 May 2019.

guardando alle esperienze autoritarie del passato. Tuttavia, adeguatamente interpretati alla luce delle attuali minacce allo Stato di diritto, possono rappresentare una preziosa risorsa tanto nella cornice del Consiglio d'Europa che dell'Unione europea. Il concetto di democrazia non è limitabile al solo momento elettorale. Essa non può essere scissa dalla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali che a loro volta presuppongono il rispetto della *rule of law*<sup>123</sup>. A ciascun Paese è rimesso un ampio margine di discrezionalità riguardo ai modi con cui raggiungere tali obiettivi in ossequio alle proprie tradizioni storiche, costituzionali, politiche e sociali. Ciò può rendere complesso individuare in presenza di quali condizioni e grado di intensità si giunga al punto di rottura che richieda l'intervento degli organismi sovranazionali. In alcun modo, però, può voler dire che determinati limiti non esistano. In Europa non vi è spazio per ordinamenti che rifuggano i valori della democrazia ed essa, a sua volta, o è liberale o non è democrazia<sup>124</sup>. Questo assunto era ben noto a chi scrisse la Convenzione. Perciò decise di dotarla di due strumenti come quelli previsti agli art. 17 e 18 CEDU, per ricordare che certi principi non sono negoziabili.

---

<sup>123</sup> T. Ginsburg, A.Z. Huq, M. Versteeg, *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2 (2018), 239. Sulla questione, diffusamente, Id., *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.

<sup>124</sup> S. Wheatley, *Democracy in International Law: A European Perspective*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, April 2002, 235.

