RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'interpretazione della CEDU fra giurisdizione e politica: la Dichiarazione di Chisinau (2026)*

Roberto Toniatti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tensione fra interpretazione e politica negli ordinamenti statuali. – 3. La Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau quali atti politici di reazione alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di governo dell'immigrazione e dell'asilo. – 3.1. La Lettera aperta. – 3.2. La Dichiarazione di Chisinau – 4. La tensione fra interpretazione e politica nel sistema CEDU. – 5. Rilievi finali.

1. Introduzione

La tensione fra l'interpretazione delle fonti normative resa in sede giurisdizionale e le aspettative politiche del legislatore circa gli esiti dell'applicazione di quelle stesse fonti è del tutto fisiologica in un sistema organizzato in conformità ai principi fondamentali di un ordinamento costituzionale liberale: secondo la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni, il giudice è soggetto soltanto alla legge ma, in base al contestuale sistema di *checks and balances*, il giudice stesso svolge un ruolo di controllo sull'effettiva vigenza e validità della legge cui è soggetto, contribuendo in tal modo alla garanzia dell'equilibrio degli assetti di democrazia costituzionale della forma di governo[1].

Si tratta di una tensione permanente e strutturale che, tuttavia, si rivela compatibile con il funzionamento unitario del sistema in tanto in quanto dimostri di essere in grado – come già detto – di mantenere una situazione di equilibrio fra i poli istituzionali interessati. Occorre riconoscere, tuttavia, che quella stessa tensione possa subire un'involuzione patologica, circoscritta a momenti contingenti e puntuali ma idonea altresì a degenerare in situazioni tendenzialmente stabili e prolungate, con un impatto distruttivo sulla funzionalità del sistema e sulla continuità dei suoi fondamentali caratteri distintivi. Considerando i termini istituzionali del quadro del quale ci occupiamo, la patologia della tensione fra interpretazione giudiziaria e frustrazione del legislatore può infatti condurre o al sacrificio di diritti fondamentali e

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Per rilievi generali sulla cultura dell'equilibrio fra giurisdizione e legislazione rinviamo a R. Toniatti, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale*, in R. Toniatti – M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, p. 573 ss.

al pregiudizio dell'indipendenza della magistratura o, in alternativa, alla mortificazione dei presupposti della democrazia rappresentativa e della responsabilità di governo.

Giova ancora precisare che una valutazione attendibile circa l'eventuale degenerazione patologica di quella relazione non può essere fatta risalire ai soggetti direttamente coinvolti – ciò che inevitabilmente contribuirebbe ad incrementare la degenerazione di quella tensione – ma, per essere credibile, richiede di provenire da soggetti terzi disinteressati senza motivazioni di parte.

Le considerazioni sin qui svolte sono giustificate dalla rilevazione di una precisa dinamica di circolazione degli assetti istituzionali e delle relative criticità dal contesto degli ordinamenti statuali a quello del diritto internazionale regionale[2]: il riferimento immediato è duplice e concerne sia la configurazione dell'assetto istituzionale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) quale organo giurisdizionale preposto all'interpretazione ed applicazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ossia di una fonte pattizia di diritto internazionale; sia la prospettiva della manifestazione di una significativa tensione fra la funzione della Corte nell'applicazione – previa interpretazione – delle norme del diritto convenzionale e la reazione del produttore politico di quelle norme – gli Stati contraenti – che non ne condivide la giurisprudenza.

Più precisamente, il fenomeno si concretizza in due iniziative – l'una conseguente all'altra – di contestazione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di immigrazione e asilo assunte da parte di Stati membri del Consiglio d'Europa e contraenti della CEDU: in primo luogo, si tratta di una Lettera aperta di segnalazione pubblica circa l'esistenza della tensione e di sollecitazione di una giurisprudenza diversa[3] e, in secondo luogo, dell'adozione di un atto politico – la Dichiarazione di Chisinau – che enuncia la rivendicazione della priorità delle finalità della politica di governo dell'immigrazione sull'interpretazione di garanzia dei diritti degli immigrati e dei richiedenti asilo previsti dalla CEDU operata dalla Corte EDU[4].

Nel prosieguo del lavoro, verranno brevemente descritti alcuni specifici aspetti dei problematici rapporti fra politica e giurisdizione (par. 2), successivamente verranno ricostruiti (par. 3) e valutati i contenuti delle due iniziative da ultimo richiamate (par. 4) e alla fine verranno elaborate alcune osservazioni finali che, peraltro, saranno necessariamente circoscritte alla fase ancora interlocutoria della vicenda (par. 5).

---

[2] Sulla vocazione del costituzionalismo liberale di origine statuale ad un'espansione internazionale e sovranazionale con riguardo all'organizzazione del rispettivo organo giurisdizionale cfr. R. Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1763 ss.

[3] L'iniziativa della Lettera aperta (22 maggio 2025) è dei governi della Danimarca e dell'Italia e le ulteriori sette sottoscrizioni del documento sono dei Governi di Austria, Belgio, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia e Repubblica ceca.

[4] La Dichiarazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è stata adottata in occasione della 135ma Sessione (15 maggio 2026) che ha avuto luogo nella capitale della Moldavia che deteneva la Presidenza di turno.

Nonostante quest'ultimo rilievo, riteniamo di particolare interesse avviare e sollecitare una riflessione in materia.

2. *La tensione fra interpretazione e politica negli ordinamenti statuali*

La tensione fra l'interpretazione delle disposizioni legislative – soprattutto l'interpretazione giudiziaria – e la portata prescrittiva di quelle stesse disposizioni secondo le anticipazioni dell'intento del legislatore politico costituisce, come sopra indicato, un dato strutturale e fisiologico degli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici che si presta ad essere elaborato in base ad una serie di rilievi generali.

Il fenomeno qui assunto ad oggetto della presente riflessione si colloca in un quadro sistematico solo in parte stabilizzato – soprattutto a partire dal secondo dopoguerra – nel processo storico di razionalizzazione degli istituti della giustizia costituzionale ma che da questi ultimi in parte prescinde e che, di conseguenza, conviene ricondurre anche ad altri fattori sistemici distinti dalla disponibilità del *judicial review*: fra questi, ad esempio, la matrice genetica dell'ordinamento ascrivibile alla tradizione giuridica di riferimento[5]; ovvero la previsione di norme sull'interpretazione che esprimono prescrizioni generali contenute per lo più nei codici civili nazionali, quali strumenti formali volti a disciplinare e, in qualche modo, ad orientare gli effetti di quella tensione; ovvero ancora – e sempre a titolo indicativo, meritevole di ulteriori approfondimenti – la varietà dei contesti contingenti nei quali la tensione *de qua* può manifestarsi con forme loro proprie, come – tipicamente – in situazioni di emergenza.

Ciascuno di tali profili si presenta sia come indicatore dell'esistenza, sia quale strumento prescrittivo di regolazione della tensione *de qua* e, con modalità opportunamente adeguate, può essere individuato con riferimento ai contesti giurisdizionali tanto statuali quanto internazionali e, pertanto, merita di essere almeno brevemente approfondito.

(i) In primo luogo, dunque, con riguardo alle tradizioni giuridiche di origine europea, osserviamo come, negli ordinamenti di *common law*, gli ampi margini riconosciuti al *judicial law-making* siano non solo compensati da un corrispondente atteggiamento di *judicial deference* nei confronti delle fonti di diritto prodotte con il metodo politico, ma vengano anche indirettamente mantenuti sotto controllo da una tecnica di redazione delle leggi (e degli atti amministrativi) estremamente dettagliata ed analitica che si esprime anche con un abituale ricorso alla definizione dei termini utilizzati in ciascun atto di *statutory law* per assicurare la massima chiarezza del testo

[5] Sul rapporto fra tradizione giuridica di *common law* e fonte costituzionale cfr. R. Toniatti, *Common Law Constitutionalism*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, 2024, p. 6 ss.; Id., *Common law constitutionalism: priorità e continuità della famiglia giuridica nel testo delle costituzioni derivate*, in P. G. Monateri (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Tomo II, Torino, 2024, p. 1705 ss.

normativo ed evitare che l'interpretazione del giudice possa colmare eventuali incertezze o lacune, ovvero procedere ad una autonoma precisazione circa il significato dei termini[6]. Si tratta, pertanto, di un inquadramento generale della funzione di interpretazione rivolta alla generalità dei soggetti e, più in particolare, di una forma di orientamento e controllo tendenzialmente solo indiretti dell'interpretazione giudiziaria.

Ma, in questo contesto, la tradizione giuridica di *common law* rileva anche in quanto occorre ricordare come, a fronte di un dibattito filosofico molto ricco ed intenso sviluppatosi sul continente, sia stata la tradizione giuridica di *common law* ad aver (probabilmente) per prima storicizzato la divergenza fra il metodo politico di produzione delle norme positive, da un lato e, dall'altro, il riferimento a fonti di *higher law*[7]: in proposito, merita menzionare il noto *dictum* di Sir Edward Coke nel *Dr. Bonham's case* (1610)[8]; ed altresì richiamare l'asserzione secondo la quale nell'ordinamento inglese si sarebbe affermata e consolidata «*the notion* of *Parliamentary supremacy under the law, which in time, with the differentiation of legislation and adjudication, became transmutable into the notion of legislative supremacy within a law subject to construction by the processes of adjudication*»[9].

Il *Dr. Bonham's case*, come noto, non ha prodotto nell'ordinamento inglese sviluppi nel rapporto fra giurisdizione e legislazione coerenti con le sue premesse ma, tuttavia, ha contribuito a fornire un indizio circa l'esistenza di quella tensione già indicata[10]. In proposito, tuttavia, menzione deve essere fatta di quella forma di razionalizzazione del rapporto fra le norme dell'ordinamento e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) consistente nella potestà riconosciuta al giudice britannico di adottare una *declaration of incompatibility* da indirizzare al

---

[6] Ricordiamo che l'*Interpretation Act* del 1978 (adottato già nel 1850) ha soprattutto un obiettivo di razionalizzazione della produzione normativa destinato al legislatore stesso e non certo quello di regolare l'interpretazione giudiziaria delle leggi. Cfr. in argomento N. Hutton *The British Interpretation Act*, in *Journal of Legislation*, 1979, p. 15 ss.

[7] Cfr. E. S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1929, p. 380 ss. che ricostruisce, in particolare, il contributo di *Sir* Edward Coke sulle dinamiche dell'ordinamento inglese quale precedente che, in seguito, avrebbe condizionato l'introduzione del *judicial review of legislation* negli Stati Uniti. Corwin prosegue osservando che «*Common right and reason» is, in short, something fundamental, something permanent; it is higher law*», *ibidem*, p. 370; e che «*Coke was enforcing a rule of higher law deemed by him to be binding on Parliament and the ordinary courts alike*», *ibidem*, p. 372; ed altresì che «*while Coke regarded the ordinary courts as peculiarly qualified to interpret and apply the law of reason, he also, finally at least, recognized the superior claims of the High Court of Parliament as a law declaring body*», p. 374. Nella seconda parte dell'op. cit. la medesima prospettiva viene approfondita con riferimenti al contributo di John Locke nel *Second Treatise on Civil Government*.

[8] Questo il testo: «*In many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void...some statutes are made against law and right, which those who made them perceiving would not put them in execution*».

[9] E. S. Corwin, *op. cit.*, p. 380.

[10] Si consideri, nondimeno, la giurisprudenza della Corte Suprema in *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* del 2017, che, in base ai limiti strutturali di un istituto di *common law* quale la *royal prerogative*, ha negato la legittimità di abrogazione e revisione di fonti di legislazione parlamentare da parte del potere esecutivo.

Parlamento, al quale compete in via esclusiva se intervenire sulle fonti interne ed adeguarle alla Convenzione, ovvero mantenere la situazione di contrasto – meramente accertata e notificata dal giudice – e rischiare una sentenza della Corte di Strasburgo che riconosca la violazione della fonte europea (come previsto dallo *Human Rights Act* del 1998).

In tema di *status* di norme di *higher law*, giova altresì ricordare che è pur sempre in base ad un ragionamento ispirato ad un concetto ben radicato nell'assetto sistemico di *common law* – segnatamente, quello di *the law of the land* che una disposizione positiva (l'Art. VI della Costituzione federale degli Stati Uniti) qualifica come "suprema" (*the supreme law of the land*) – che il *Chief Justice* Marshall ha introdotto il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale[11].

Ed è ancora in un ordinamento di *common law* – la Costituzione della Repubblica d'Irlanda del 1937 – che il legislatore costituente (fra i primi in Europa) ha razionalizzato l'istituto: ricordiamo, infatti, sia il controllo preventivo da parte della Corte Suprema promosso dal Presidente prima della promulgazione di una legge (art. 26), sia il controllo successivo da parte esclusivamente delle Corti superiori – la *High Court* e la *Supreme Court* – (art. 34.3); giova altresì richiamare, del resto, anche l'art. 15.4 il quale esplicitamente inibisce al legislatore parlamentare l'adozione di leggi in contrasto con la Costituzione.[12]

In conclusione, si può rilevare, molto sinteticamente, che nella vasta tradizione giuridica di *common law* la configurazione di un rapporto gerarchico fra diritto (*law* quale *higher law* ovvero quale Costituzione scritta, qualora rigida) e legge parlamentare (*statutory law*) rappresenta la dialettica fra legislazione e giurisdizione, qualificando e condizionando la tradizionale e preferenziale subordinazione del giudice al diritto; in tal modo, si contribuisce a razionalizzare una questione sistematica che, *in nuce*, non è del tutto estranea anche all'ordinamento inglese.

Una sintesi conclusiva analoga si ripropone anche con riguardo alle esperienze continentali di diritto codificato, nelle quali il controllo giurisdizionale di legittimità

---

[11] Si consideri un brano della sentenza direttamente rilevante in questa sede: «It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. *Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law:* the court *must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*».

[12] Questo il testo della disposizione: «*1°. The Oireachtas shall not enact any law which is in any respect repugnant to this Constitution or any provision thereof. 2°.Every law enacted by the Oireachtas which is in any respect repugnant to this Constitution or to any provision thereof, shall, but to the extent only of such repugnancy, be invalid*». Il ruolo della giurisdizione è pertanto posto a garanzia dello specifico divieto generale. Osserviamo che nel testo della Costituzione è dato riscontrare la formalizzazione della subordinazione del giudice alla Costituzione e al diritto (art. 35, cpv.: «*All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law*»).

costituzionale è stato successivamente e progressivamente introdotto nella quasi generalità degli ordinamenti[13], soprattutto in occasione della rispettiva transizione da assetti autoritari e totalitari ai connotati tipici della forma di stato costituzionale di diritto[14]. Il primato gerarchico della fonte costituzionale sulla legislazione giustifica ed anzi esige la verifica della compatibilità formale e sostanziale di quest'ultima con la prima e la soggezione del giudice alla legge risulta pertanto condizionata. Lo stesso può dirsi con riguardo al primato del diritto (fonti positive e giurisprudenza) della CEDU e dell'Unione Europea[15].

E nondimeno, come anticipato, la tensione fra giurisdizione e legislazione aveva già avuto modo di manifestarsi in dottrina autonomamente rispetto alla razionalizzazione del primato del parametro costituzionale tra la fine del 19° secolo e i primi decenni del 20° secolo, in coincidenza con il crescente rifiuto delle rigide logiche interpretative connesse al dominio culturale del positivismo giuridico.

Un primo riferimento rilevante richiama l'opera di Oskar von Bülow, secondo il quale per l'interprete «la forza del diritto è superiore alla forza della legge»[16]; e «la forza ordinante dello Stato dice la sua ultima parola non attraverso le determinazioni legislative del diritto ma attraverso quelle giurisdizionali»; sicché «l'attività giurisdizionale consente all'opera di costruzione dell'ordinamento iniziata dalla legge di proseguire e di giungere a compimento»; e, pertanto, «legislazione e giurisdizione partecipano entrambe al compito statale di formazione e di determinazione del diritto. Il fatto che la nostra scienza non si sia decisa fino ad ora a riconoscere questa verità è

---

[13] Da ricordare che anche la tradizione giuridica socialista – nel suo costante recepimento nominale di istituti tipici degli ordinamenti liberaldemocratici - aveva occasionalmente previsto organi giurisdizionali preposti al controllo di legittimità costituzionale, sia pure in un contesto di controllo di natura politica, su cui cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, 2013, p. 322 ss.

[14] Con riguardo alla transizione italiana, ricordiamo il cpv. della VII Disposizione e finale Cost. il quale rappresenta un indicatore della dialettica dei rapporti fra legge e interpretazione rispetto a una fonte sovraordinata. La disposizione stabilisce che «fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale», la decisione delle controversie che l'art. 134 riserva a quest'ultima siano sottoposte alla disciplina (solo implicitamente) rinvenibile nello Statuto Albertino, nonostante in esso non soltanto mancasse una espressa attribuzione funzionale ma, soprattutto, fosse assente il requisito della rigidità della fonte e la conseguente superiorità gerarchica. La disciplina in parola viene richiamata con una formula non priva di incertezza («nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione»): la *ratio* della norma testimonia il «prevalente intento di rendere immediatamente operante il principio di legalità costituzionale, che tanto profondamente veniva a caratterizzare la nuova Legge fondamentale», tenuto conto anche del rinvio di cui all'art. 137 Cost., così in A. Valastro, *Disp. VII*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, p. 2767 ss. Secondo l'interpretazione prevalente, le "forme" sarebbero quelle del giudizio di fronte al giudice comune e i "limiti" sarebbero riconducibili all'efficacia *inter partes* della decisione, *ibidem*, p. 2773.

[15] In argomento rinviamo a R. Toniatti, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. Di Federico (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 229 ss.

[16] Cfr. O. von Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, tradotto da A. Sandri, con Invito alla lettura di F. Cortese, in *Legge e Giurisdizione*, Seregno, 2012, p. 4.

spiegato soltanto dal pregiudizio profondamente radicato che la teoria giuridica della nostra epoca ha ereditato, facendolo proprio senza alcun clamore, dall'epoca del culto della legge».[17]

Un ulteriore e importante contributo dottrinario in proposito – in estrema sintesi di un tema teoricamente e storicamente molto complesso – è offerto dalla significativa contestazione dell'impero del positivismo giuridico in Germania e dalla forte influenza del pensiero giusfilosofico di Gustav Radbruch che aveva teorizzato la forza della distinzione fra legge (*Gesetz*) e diritto (*Recht*), aveva elaborato i concetti di "diritto sovralegislativo" (*Übergesetzliches Recht*) e di "torto legislativo" (*Gesetzliches Unrecht*) e aveva preparato il terreno culturale per la successiva codificazione del concetto nel vigente art. 20 del *Grundgesetz*[18]. La solidità della predisposizione dell'*humus* dottrinario ha poi avuto riscontro nella giurisprudenza[19].

---

[17] Cfr. *ibidem*, p. 18. Il primato del diritto rispetto alla legge ne esprime il potenziale costitutivo dell'ordinamento e, sotto questo profilo, si presta a definire e garantire l'identità costituzionale dell'ordinamento stesso e, nella dinamica storica e culturale, appare idoneo ad anticipare il primato della fonte costituzionale, come argomentato in R. Toniatti, *Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico*, in DPCEOnline, Sp-1, 2025, p. 168 ss.

[18] Si veda il testo del 3° comma: «*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*» (la traduzione italiana recita «La legislazione è vincolata dall'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati dalla legge e dal diritto» ed è ricavata da E. Palici di Suni – F. Cassella – M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, II ed., Padova, 2001, p. 342. È nota la c.d. "formula di Radbruch" (o della "estrema ingiustizia") secondo la quale, in omaggio alla legge positiva, il diritto deve essere rispettato a meno che esso sia estremamente ingiusto. Ricordiamo anche che proprio nel testo dell'art. 20 *GG* è stata inserita la previsione circa il "diritto di resistenza". Rinviamo a P.P. Portinaro, *Radbruch e i trilemmi del pensiero giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022, p. 259 ss.

[19] Si veda in tal senso, ad esempio, l'emblematica affermazione del Tribunale costituzionale federale tedesco (Punti 39-41 della Parte IV) secondo la quale «*Judges are traditionally bound by the law; this is an integral part of the principle of the separation of powers, and thus the rule of law. This principle is modified in the Basic Law, at least in respect of its wording, in that the judiciary is bound by "law and justice" (Art. 20(3) of the Basic Law). The general view is that this indicates a rejection of narrow legal positivism. The wording makes it clear that law and justice are generally but not necessarily always aligned. Justice is not identical to the entirety of written laws. Beyond the positive statutes adopted by state authority, there may exist further law that finds its source in the constitutional legal order as a meaningful whole and may act as a corrective to written law; it is the judiciary's duty to find and implement it in its case-law. Under the Basic Law, judges are not obliged to apply legislative instructions within the limits of their literal meaning to individual cases. Such an obligation would require there to be no gaps in the positive legal order of the state, which may be defensible as a postulate of legal certainty in principle, but is unattainable in practice. Judicial activity does not merely consist in identifying and pronouncing legislative decisions. In particular, judicial activity may require that values inherent in the constitutional legal order but which are not, or only incompletely, expressed in written law be brought to light and manifested in decisions in an act of evaluative assessment, which does not lack elements of will. In doing so, judges must remain free from arbitrariness; their decisions must be based on rational argument. It must be reasonably laid out how the written law at issue does not serve its function of solving a legal problem justly. The judicial decision then closes this gap in accordance with the standards of practical reason and "the community's established general notions of justice" (BVerfGE 9, 338 <349>). A judge's responsibility and authority for "constructive development of the law" has never been called into question in principle – in any case not under the Basic Law […]. The highest federal courts have claimed this authority from the beginning (cf., e.g., BGHZ 3, 308 <315>; 4, 153 <158>; BAG 1, 279 <280 and 281>). The Federal Constitutional Court has always recognised it (cf., e.g., BVerfGE 3, 225 <243 and 244>; 13, 153*

(ii) Come sopra indicato, un'area cruciale di manifestazione della tensione fra giurisdizione e legislazione si individua nella funzione conferita alle norme sull'interpretazione delle leggi, destinate alla generalità degli operatori e, pertanto, anche – e, forse, soprattutto – ai giudici. Si tratta di un'esperienza propria degli ordinamenti di diritto codificato dell'Europa continentale.

La configurazione delle norme sull'interpretazione – sia quanto all'*an*, sia quanto al rispettivo contenuto – rappresenta un caso di circolazione dei modelli altamente consolidato e tendenzialmente ripetitivo.

Senza entrare in una trattazione specifica del tema, ci limitiamo a ricordare il Codice civile generale austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch,* ABGB) del 1812[20], il primo Codice civile del Regno d'Italia del 1865 (il Codice)[21], il vigente *Código Civil* del Regno di Spagna del 1889 – che introduce alcuni contenuti innovativi che presentano una interessante portata anticipatrice di più recenti sviluppi[22] – e il Codice civile italiano del 1942[23].

<164>; 18, 224 <237 and 238>; 25, 167 <183>). The legislator itself has expressly assigned the task of "development of the law" to the Grand Senates of the highest federal courts (cf., e.g., § 137 of the Courts Constitution Act). In some areas of the law, such as labour law, judicial development of the law has taken on particular significance as legislation has lagged behind social developments (40). It is only the limits of such constructive development of the law that may be controversial, considering the principle that the judiciary be bound by law, which is indispensable for rule-of-law reasons. These limits cannot be standardised for all areas of law or all legal relationships arising from or governed by these», in BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221. *Federal Constitutional Court in Proceeding Concerning the Constitutional Complaint of Publishing Company "Die Welt" and Mr. K.-H. V* (il c.d. caso Soraya, nella traduz. inglese sul sito del *BVerfGE*).

[20] Si veda il testo (tradotto in lingua italiana in conformità con la disciplina costituzionale in materia linguistica dell'Impero asburgico) dell'art. 6, collocato nella parte introduttiva "Delle leggi in generale": «Nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle alcun senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore»; si veda anche l'art. 7, secondo il quale «Qualora un caso non si possa decidere, né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge» si farà ricorso all'analogia. Nonché: «rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avendo riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate».

[21] Si veda l'art. 3 del Titolo Preliminare ("Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale"): «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore». Oltre al richiamo dell'analogia, la disposizione stabilisce che «ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto».

[22] Si verifichi l'art. 3 del "*Título Preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*" («1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*»). Rilevante anche l'art. 1.6° del "*Capítulo I. Fuentes del derecho*": «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

[23] Questo il testo dell'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale": «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere

I testi normativi qui richiamati rappresentano, a nostro giudizio, una forma di mediazione fra, da un lato, una postura che configura l'interpretazione come attività orientata a privilegiare la volontà del legislatore politico, senza riguardo alcuno per l'eventuale incidenza di norme di *higher law* e prescindendo dalla contemporanea sensibilità per la legittimità democratica dell'organo legislativo e, dall'altro lato, un'impostazione volta a formalizzare un risalente sapere professionale che malamente può essere irrigidito in una prescrizione di tono burocratico e a vocazione virtualmente illiberale[24].

La tensione fra legislazione e interpretazione è evidenziata anche dalle circostanze nelle quali il legislatore interviene in via diretta attraverso proprie formali leggi di interpretazione, il cui effetto prescrittivo si esaurisce nel precisare e vincolare il contenuto di una precedente fonte normativa, in ordine alla quale l'interpretazione corrente è incerta, mutevole o contraddittoria, ovvero anche incompatibile con le aspettative politiche dell'organo legislativo.

L'interpretazione autentica – prevista da fonte costituzionale[25] ovvero dal codice civile[26] – può essere considerata alla stregua dell'assunzione parlamentare di una funzione di competenza giurisdizionale, a maggior ragione qualora se ne ravvisi l'origine, nel clima della Rivoluzione francese, nel divieto di interpretazione della legge imposto ai giudici e nella correlata istituzione del *référé législatif*, in applicazione del quale, in caso di dubbio interpretativo, il giudice avrebbe dovuto sospendere il procedimento e rivolgersi al *Tribunal de Cassation*, presso la Convenzione, per ricevere l'interpretazione corretta e uniforme. La forte diffidenza nei confronti dei giudici dell'*ancien régime* aveva posto le premesse per lo sviluppo della funzione di nomofilachia quale attività

decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

[24] Ricordiamo che lo schema di decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 ("Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150") approvato dal Governo italiano prevedeva fra gli «illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni» del magistrato che «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale non dà mai luogo a responsabilità disciplinare» (art. 2, comma 2°). Ne sarebbe risultata l'illiceità disciplinare dell'interpretazione conforme a Costituzione, ovvero conforme alla CEDU, ovvero ancora conforme al diritto dell'Unione Europea, in violazione non solo della configurazione del sistema costituzionale ma anche dell'art. 117, 1° comma Cost. come revisionato nel 2001. Il testo è stato corretto e oggi l'art. 2, comma 2° del Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 recita «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare».

[25] Così l'art. 73 dello Statuto Albertino, nel contesto della disciplina dell'Ordine giudiziario («L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo»).

[26] In tal senso l'art. 8 del Codice civile generale austriaco: «Al solo legislatore spetta di interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio».

squisitamente giurisdizionale, non a caso poi attribuita, già dal *Code Napoleon* del 1804, alla *Cour de Cassation*[27].

(iii) Un terzo ordine di rilievi significativi ai fini della presente riflessione è riconducibile al condizionamento che l'attualità di situazioni storiche contingenti quali definite dagli organi di indirizzo può esercitare sull'attività di interpretazione delle disposizioni legislative perché essa sia coerente e adeguata alle esigenze dettate da quella stessa definizione. In proposito, cruciale si rivela essere, dunque, la questione dell'interpretazione applicata ad assetti normativi eccezionali in situazioni di emergenza.

Giova precisare che il riferimento pertinente in questa sede è virtualmente relativo tanto a fasi di alterazione dell'assetto normativo previste e disciplinate dall'ordinamento stesso conseguenti a stati di emergenza intesi in senso proprio – quale può coincidere con regimi derogatori o comunque restrittivi (tipicamente, una sospensione dei diritti fondamentali) –, quanto a situazioni *extra ordinem* di fatto, così qualificabili solo in senso generale e generico. In altre parole, la distinzione di fondo qui sopra enunciata è fra la necessità quale presupposto per l'applicazione di un assetto normativo derogatorio formale predeterminato dall'ordinamento, da un lato e, dall'altro, la necessità quale fonte fatto idonea a legittimare di per sé la norma derogatoria, anche a prescindere da una esplicita previsione positiva[28].

La recente esperienza dell'epidemia da Covid-19 testimonia della costante attualità del tema e della sua notevole poliedricità[29], che può tradursi in circostanze

---

[27] Il riferimento è alle leggi del 27 novembre e 1 dicembre 1790 dell'Assemblea Nazionale Costituente. Il *Tribunal de Cassation* nasce, dunque, come organo politico preposto ad assicurare il conseguimento degli obiettivi del legislatore rivoluzionario impedendo letture giudiziarie di segno opposto. È stato scritto che «al riguardo, è sufficiente citare le parole dei deputati alla Costituente Robespierre ("la parola giurisprudenza [...] non significa più nulla nel nuovo [sistema], deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno Stato che ha una Costituzione, una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è altro che la legge") e Le Chapelier il quale considerava la "giurisprudenza dei tribunali, la più detestabile di tutte le istituzioni" […] In questa prospettiva risultano significativi i provvedimenti di quegli anni di abolizione delle funzioni di avvocati e procuratori – sostituiti da "difensori ufficiosi" – e di chiusura delle facoltà di giurisprudenza», in P. Alvazzi del Frate, *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2021, p. 7.

[28] Per una trattazione degli ordinamenti di eccezione in prospettiva comparata cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato,* cit., p. 304 ss.; sul ruolo della necessità quale fonte fatto nell'ordinamento italiano, cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, IX ed., Padova, 2017, p. 303 ss.; interessanti spunti di dubbio sull'ammissibilità della necessità quale fonte *extra ordinem* in un ordinamento democratico e, comunque, sul suo carattere residuale e eccezionale cfr. A. Algostino, *Le fonti del diritto*, in A. Di Giovine, A. Algostino – F. Longo – A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, p. 139.

[29] L'esperienza è stata oggetto di una estesa produzione scientifica. Per una penetrante trattazione comparata e, in particolare, per l'analisi sulla «chiara e diffusa disapplicazione dei modelli emergenziali, costituzionali e/o legislativi, predeterminati per fronteggiare le situazioni di crisi, incluse quelle di tipo sanitario», si rinvia a A. Vedaschi, *Il Covid-19, una crisi globale, tra ibridazione della natura e normalizzazione della gestione*, in AA. VV., *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. 2, Milano,

storiche dotate di una intrinseca suscettibilità di ampia individuazione – sino ai limiti dell'arbitrarietà – da parte del potere politico. Anche traendo spunto da quest'ultimo rilievo, viene confermata, come si vedrà, la concomitante importanza della sottoposizione dell'esercizio delle relative potestà pubbliche al controllo giurisdizionale.

I modelli normativi paradigmatici in materia sono offerti da quegli ordinamenti – come quello tedesco o quello spagnolo[30] – che predispongono un quadro costituzionale molto articolato e caratterizzato da una disciplina definita "a intensità crescente" relativa a calamità naturali, industriali, sanitarie o di ogni altra natura, ovvero ad emergenze afferenti l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale: in entrambe queste due esperienze costituzionali, la disciplina *ad hoc* prevista nel caso di necessità sistemica giustifica la sospensione di taluni diritti fondamentali – con le dovute eccezioni – e incide sull'idoneità formale delle fonti ordinarie del diritto ad introdurre regimi derogatori che non siano in violazione della Costituzione[31]. Inoltre, entrambi gli ordinamenti qui richiamati – quello tedesco[32] e quello spagnolo[33] – predispongono norme di garanzia per la continuità delle funzioni di controllo giurisdizionale delle attività di governo di gestione delle varie emergenze.

Quanto al secondo modello, è interessante il caso italiano, nel cui testo costituzionale si fa un duplice riferimento: in primo luogo, a «casi straordinari di necessità e d'urgenza» quale fondamento di legittimazione del Governo ad adottare «sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge» destinati ad essere convertiti (o meno) in legge (art. 77 Cost.) i quali, tuttavia, non sono formalmente idonei ad incidere in senso restrittivo sul godimento dei diritti fondamentali; e, in secondo luogo, ai «poteri necessari» che le Camere conferiscono al

2023, p. 471 ss.; in materia si rinvia all'ampia ricognizione comparata nel numero monografico di *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1449 ss.

[30] Si vedano gli artt. 35, commi 2°-3°, 80, 87a, commi 2°-4°, 91, nonché artt. 115a-115l del GG tedesco; l'art. 55 e soprattutto l'art. 116 della Costituzione spagnola (in attuazione del quale è stata adottata la *Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, escepción y sitio* (*LOEAES*).

[31] Per una trattazione in chiave comparata cfr. V. Piergigli, *Limitazioni o sospensioni? Riflessioni postume sulle compressioni dei diritti al tempo del Covid-19*, in *DPCE Online*, 2023, p. 1533 ss.

[32] Si veda in proposito l'art. 115g del *GG* («Il ruolo costituzionale e l'adempimento dei compiti costituzionali della Corte costituzionale federale e dei suoi giudici non possono essere pregiudicati. La legge sulla Corte costituzionale federale può essere modificata da una legge della Commissione comune solo nella misura in cui ciò sia necessario, anche secondo il parere della Corte costituzionale federale, per assicurare la capacità di funzionamento della Corte stessa. Fino all'emanazione di tale legge la Corte costituzionale federale può prendere i provvedimenti necessari per assicurare il proprio funzionamento. La Corte costituzionale federale assume le decisioni di cui al secondo e terzo periodo con la maggioranza dei giudici presenti».

[33] Si veda altresì l'art. 116, c. 5° Cost. Sp., il quale precisa che, vigente uno degli stati di emergenza previsti, il funzionamento dei poteri costituzionali dello Stato non potrà essere interrotto. Sull'esperienza spagnola in occasione dell'epidemia del Covid-19 cfr. V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *DPCE Online*, 2020, p. 1533 ss.

Governo in sede di deliberazione dello «stato di guerra» (art. 78 Cost.). In nessuno dei due casi la Costituzione provvede a disciplinare i presupposti, gli organi, le procedure, i limiti e le garanzie circa l'eventuale ammissibilità della sospensione dei diritti fondamentali.

Nel quadro costituzionale italiano, occorre ricordare, tuttavia, che la lacuna normativa della fonte costituzionale non ha impedito alla Corte costituzionale di legittimare, in coincidenza con una fase di grave emergenza terroristica, la previsione di un termine di carcerazione preventiva eccezionalmente lungo[34].

Nella circostanza, la Corte ha preso atto dell'esistenza oggettiva dell'emergenza e ha osservato che «in quanto alla causa occasionale, esplicitamente indicata dallo stesso legislatore nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione, non può certo dubitarsi dell'esistenza e consistenza, della peculiarità e gravità del fenomeno che si intende combattere […]»[35]. Pertanto, «ne consegue che di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, quando la questione venga collocata in un quadro più ampio di quello offerto dall'ordinanza che l'ha sollevata, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»[36].

[34] Cfr. la sentenza n. 15 del 1982. In uno dei ricorsi dei giudici *a quibus*, si legge che «non é infondato il dubbio che siano stati travalicati quei "ragionevoli limiti senza l'osservanza dei quali la legge si pone in contrasto con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza". Il nostro ordinamento, ratificando la "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", ne ha recepito i criteri e, quindi, anche quello di cui all'art. 5, paragrafo 3, il quale prescrive testualmente che chiunque venga privato della libertà personale dev'essere giudicato entro un termine ragionevole, da valutarsi, secondo le pronunce della Commissione europea dei diritti dell'uomo, in base ad elementi concreti. E non può dirsi certo ragionevole una carcerazione preventiva che può complessivamente protrarsi sino a dieci anni ed otto mesi» (Punto 1 del Ritenuto in fatto). *Contra*, «l'Avvocatura contesta, una volta riconosciuta alla carcerazione preventiva la duplice finalità di assicurare la genuinità delle prove e la difesa sociale, che sia precluso al legislatore di prolungare i termini di durata massima anche in ordine ai procedimenti in corso, quando tale prolungamento sia richiesto dalle crescenti esigenze processuali» (Punto 1 del Ritenuto in fatto).

[35] La Corte ha anche precisato che «invero, si tratta di un fenomeno caratterizzato, non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali» (Punto 4 del Considerato in diritto).

[36] La Corte ha così deliberato che «conseguentemente, non può non riconoscersi che i limiti massimi della carcerazione preventiva […] valutati alla luce delle suesposte considerazioni, non possono considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali» nei procedimenti che hanno ad oggetto «i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell'ordine democratico» (punto 6 del Considerato in diritto).

La Corte non ha mancato di precisare, tuttavia, anche alcuni limiti intrinseci all'efficacia dell'emergenza quale fonte fatto, individuati nella temporaneità e nella garanzia del contenuto essenziale del diritto sottoposto a restrizione[37].

La Corte costituzionale italiana ha anche esercitato la propria competenza di scrutinio di legittimità in ordine alla sussistenza di circostanze di fatto suscettibili di qualificazione come «di straordinaria necessità e urgenza» ai fini dell'adozione di decreti aventi valore di legge e della successiva conversione in legge[38].

Nel sistema razionalizzato spagnolo – e in relazione alla gestione governativa dell'epidemia del Covid–19 attraverso l'attivazione del *estado de alarma* impugnato dall'opposizione parlamentare – il Tribunale costituzionale ha parzialmente invalidato l'atto in ragione del regime dei diritti fondamentali connesso a ciascuna delle situazioni d'eccezione previste[39].

---

[37] Così nel Punto 7 del Considerato in diritto: «A questo punto, però, si impongono due distinte, ma a ben guardare, convergenti precisazioni. Se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte - anche mediante lo spietato assassinio di "ostaggi" innocenti - e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, é una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo. Va poi osservato che, pur in regime di emergenza, non si giustificherebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia».

[38] La sentenza n. 128 del 2008, citando una propria precedente decisione (n. 29 del 1995), ha affermato in proposito che «la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'àmbito applicativo costituzionalmente previsto». La Corte ha anche precisato che «lo scrutinio di costituzionalità "deve svolgersi su un piano diverso" rispetto all'esercizio del potere legislativo, in cui "le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti», avendo «la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali tale compito è predisposto"; ha aggiunto che "il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità" deve "risultare evidente", e che tale difetto di presupposti, "una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge" ed ha escluso, con ciò, l'eventuale efficacia sanante di quest'ultima, dal momento che "affermare che tale legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie"» (Punto 8.1 del Considerato in diritto). In relazione agli atti di gestione dell'epidemia del Covid-19 cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021.

[39] Nella sentenza n. 148 del 2021, il Tribunale costituzionale ha impostato il proprio ragionamento precisando che «*una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de "limitación" (o "restricción") es más amplio que el de "suspensión", como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico*» e riconoscendo che «*cabe pues diferenciar entre la suspensión de derechos fundamentales (imposible en principio para el estado de alarma, pero no para los de excepción y de sitio), y su eventual limitación extraordinaria en el de alarma*» (Punto 3 dei *Fundamentos jurídicos*).

I rilievi qui svolti, in sintesi, sono idonei a confermare e dare evidenza non solo alla piena compatibilità ma, anzi, ad una ancora più imprescindibile necessità – pur nella peculiarità del contesto – del controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti di governo delle situazioni di emergenza che richiedano la restrizione ovvero la sospensione dei diritti fondamentali, non solo nell'ambito degli ordinamenti che hanno razionalizzato la disciplina della materia – come in Germania e Spagna – ma anche in quelli, come quello italiano, nei quali la lacuna testuale richiede un'interpretazione sistematica conforme ai tratti distintivi della democrazia costituzionale liberale e democratica.

In altre parole, la gestione di una situazione di emergenza che incida sulla pienezza dei diritti non è di per sé sottratta al controllo giurisdizionale, che, tutto all'opposto, proprio in quelle circostanze si conferma essere tanto più sistematicamente funzionale alla garanzia della forma di stato costituzionale di diritto.

In tal senso, significativamente, si è espressa la Commissione di Venezia, la quale, in via generale, ha precisato che «*the security of the State and of its democratic institutions, and the safety of its officials and population, are vital public and private interests that deserve protection and may lead to a temporary derogation from certain human rights and to an extraordinary division of powers. However, emergency powers have been abused by authoritarian governments to stay in power, to silence the opposition and to restrict human rights in general. Strict limits on the duration, circumstance and scope of such powers is therefore essential. State security and public safety can only be effectively secured in a democracy which fully respects the Rule of Law. This requires parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse*»[40].

Paradossalmente, per quanto di per sé espressivo di una fase patologica di funzionamento del sistema, l'evenienza di situazioni eccezionali che richiedano un assetto variamente derogatorio è da considerare di carattere fisiologico, come dimostrato anche dalla espressa previsione di una clausola di esclusione della responsabilità per violazione della Convenzione da parte di Stati che abbiano fatto ricorso ad essa per la gestione di emergenze (sulla quale avremo modo di soffermarci in seguito)[41].

---

[40] Si veda *European Commission for Democracy Through Law*, *Compilation of Venice Commission, Opinions and Reports on states of emergency*, Study 987/2020, Strasbourg, 2020, p. 4. La Commissione ha altresì precisato che «*legislative control may not be sufficiently effective in practice to curb the abuse of executive power. Therefore, in a State based on the rule of law, legislative control must be supplemented by appropriate and effective means of judicial control*», *ibidem*, p. 19; inoltre, con riguardo ad una questione specifica (la disciplina del coprifuoco) la Commissione ha enunciato un principio di interpretazione restrittiva («*since the curfew system is by its very nature an exceptional measure entailing restrictions to fundamental rights, the texts governing it must be interpreted narrowly, in terms both of substance and of competence and scope*»), *ibidem*, p. 25.

[41] Questo è il testo dell'art. 15, comma 1° ("*Derogation in time of emergency*") della CEDU: «*In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law*»).

3. La Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau quali atti politici di reazione alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di governo dell'immigrazione e dell'asilo

Si tratta ora di combinare i rilievi svolti nel paragrafo precedente con gli interventi politici di impatto internazionale già indicati in sede introduttiva, ossia la Lettera aperta quale prima fase di impulso politico e la successiva Dichiarazione di Chisinau del Comitato dei Ministri.

Quegli interventi rappresentano una chiara manifestazione della tensione fra interpretazione e politica che incide, su iniziativa degli Stati contraenti quali soggetti politici, sull'attività interpretativa dei giudici della Corte EDU e propone, pertanto, un trasferimento nella sfera del diritto internazionale di modelli di interazione dialettica già ampiamente sperimentati nei contesti di diritto interno. Questa dimensione sembra idonea a confermare che si tratta di una tensione strutturale ed immanente alla distinta ratio funzionale del legislatore e del giudice.

In via preliminare, pertanto, giova procedere ad una succinta ricognizione del contenuto di tali atti di natura politica, che consentirà in seguito di dare fondamento testuale alla successiva valutazione critica della circostanza.

3.1. La Lettera aperta

L'oggetto dell'iniziativa di una Lettera aperta – elaborata e diffusa su iniziativa degli Esecutivi di Danimarca e Italia e sottoscritta da altri sette Governi di Stati contraenti della CEDU, in data 22 maggio 2025, è duplice: in primo luogo, l'esposizione di una forte critica dell'interpretazione della CEDU in tema di immigrazione da parte della Corte di Strasburgo e, in secondo luogo, la presentazione di una proposta circa l'avvio di un dibattito – "*new and open minded*" – su un'interpretazione della CEDU che sia adeguata alle attuali circostanze storiche[42].

Dunque, il *focus* unico e principale dell'iniziativa si conferma essere l'interpretazione della Corte EDU in materia di immigrazione, ovvero – come si vedrà – la garanzia dei diritti degli immigrati rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza degli Stati[43].

[42] A titolo informativo, ricordiamo anche un ulteriore documento politico dal medesimo tenore sostanziale (*a joint statement*) riferito a ventisette Ministri della Giustizia, adottato il 10 dicembre 2026, rinvenibile in https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-to-the-conference-of-ministers-of-justice-of-the-council-of-europe, su cui cfr. S. Coen – T. Magioglou, *A Statement Built on Shaky Ground: Unveiling the Controversial Assumptions in the 27 Countries' Statement*, in *ECHR Blog*, April 10, 2026.

[43] Per commenti, per lo più critici, sulla Lettera aperta si rinvia a L. Riemer – L. Acconciamessa, *From "Original Intentions" to "Unforeseeble Change of Circumstances": The 2025 Escalation of Pressure Towards the*

Tanto la critica, quanto la proposta sono evidentemente inquadrate in un contesto nel quale molta enfasi dichiarativa viene investita da parte dei firmatari nel ribadire la continuità della fiducia nell'architettura di protezione dei diritti fondamentali degli individui espressa dalla CEDU e affidata, in conformità ai principi di *rule of law*, alla Corte istituita *ad hoc*[44].

Nella Lettera aperta, si precisa la trasversalità politica dell'iniziativa e se ne valorizza la valenza istituzionale e non partigiana[45]. Si sostiene, altresì, che la responsabilità di governo induce a riconoscere che le vigenti fonti di diritto internazionale – non specificamente indicate – risalgono al clima del dopoguerra e non sono adeguate al tempo corrente: «*What was once right might not be the answer of tomorrow*». Di conseguenza si ribadisce che occorre prendere atto dei nuovi caratteri della realtà rappresentata dalla consistenza del fenomeno della mobilità umana[46].

Si introduce, in tal modo, il presupposto principale che giustifica l'intervento dei Governi: sia l'immigrazione, di per sé – della quale si ammettono anche aspetti positivi[47] –, sia, e soprattutto, l'immigrazione irregolare, che viene generalmente e genericamente identificata con la criminalità[48]. Si percepisce chiaramente, inoltre, il pregiudizio circa non solo l'estraneità culturale degli immigrati ma, in particolare, circa una presunta lucida e volontaria propensione criminale[49].

ECtHR, in *EJIL Talk*, 11-01-2026; S. Coen – T. Magioglou, *A Media Psychological Analysis of the Open Letter of Nine European States on the ECHR*, in *ECHR Blog*, 11 June 2025; M. Vishchyk, J, Pizzi, *Governments' Démarche against the ECtHR: Room for Discussion or Threats to Judicial Integrity*, in EJILS Talk, June 16, 2025: A. Steininger, *On the May 2025 Danish-Italian Public Letter to the ECtHR,* in *VB*, 2 Juni 2025; D. Venuti, *Recent challenges to the Judicial independence of the European Court of Human Rights: rationale and available remedies*, in DPCE Online, 4/2025, p. 1896 ss.

[44] Nel testo, infatti, si afferma che tutti i firmatari «*share a firm belief in our European values, the rule of law and human rights. We are committed to a rule-based international order. We believe deeply in the inviolable dignity of the individual and in the role of multilateral institutions, including the UN, the EU and NATO. We are leaders of societies that safeguard human rights. Rights and values that are both crucial and fundamental and which constitute cornerstones of our democratic societies*».

[45] Così il testo: «*We also share a strong sense of commitment to our countries and feel a great responsibility for our societies. We belong to different political families and hail from different political traditions*».

[46] Si sostiene, infatti, che «*the world has changed fundamentally since many of our ideas were conceived in the ashes of the great wars. The ideas themselves are universal and everlasting. However, we now live in a globalized world where people migrate across borders on a completely different scale*».

[47] Viene riconosciuto che «*many have come here via legal pathways. They have learned our languages, believe in democracy, contribute to our societies and have decided to integrate themselves into our culture*».

[48] Questo il testo dell'accusa generalizzata: «*Over the past decades, irregular migration has contributed significantly to the immigration to Europe […] Others have come and chosen not to integrate, isolating themselves in parallel societies and distancing themselves from our fundamental values of equality, democracy and freedom. In particular, some have not contributed positively to the societies welcoming them and have chosen to commit crimes. It is beyond our comprehension how some people can come to our countries and get a share in our freedom and our vast range of opportunities, and, indeed, decide to commit crimes. Although this concerns only a minority of immigrants, it risks undermining the very foundation of our societies. It harms the trust between our citizens and it harms the trust in our institutions*».

[49] Del testo richiamato nella nota precedente si sottolineano espressioni palesemente orientate in tal senso: «*have … chosen not to integrate*»; «*distancing themselves*»; «*have chosen to commit crimes*»; «*decide to commit crimes*».

A fronte di tale pericolo, la Lettera aperta celebra l'impegno dell'adozione di nuove politiche statuali di gestione, contenimento e repressione del fenomeno che, nondimeno, rimane una minaccia[50].

In questo quadro, parte la critica alla Corte di Strasburgo quale ostacolo improprio all'attuazione di tali politiche[51]: «*We believe that the development in the Court's interpretation has, in some cases, limited our ability to make political decisions in our own democracies. And thereby affected how we as leaders can protect our democratic societies and our populations against the challenges facing us in the world today*». In particolare, la prassi dell'espulsione degli immigrati irregolari (già identificati come criminali *tout court*) viene qualificata come necessaria e strumentale rispetto alla sicurezza e si concentra il biasimo sulla giurisprudenza della Corte EDU che non ne asseconda la priorità[52].

La censura nei confronti della Corte è motivata proprio dalla necessità di far sì che si inverta la priorità fra sicurezza, da un lato e, dall'altro, la posizione degli immigrati irregolari con riguardo all'espulsione: «*in our opinion, safety and security for the victims and the vast majority of law-abiding citizens is a crucial and decisive right. And, as a general rule, it should take precedence over other considerations*». E, di conseguenza, si invoca espressamente il riconoscimento dell'asserzione secondo la quale «*on this basis, we – the signatories of this letter – agree that the safety and stability of our own societies should have the highest priority*»[53]. La sollecitazione verso una maggiore attenzione alla tutela dell'ordine e della sicurezza comporta altresì lo spostamento del baricentro delle deliberazioni in materia dalla sede giurisdizionale europea alla dimensione nazionale (non si specifica se in via giurisdizionale o solo amministrativa).

---

[50] Queste le parole: «*Fortunately, in some areas, we are moving in the right direction. Many European countries have chosen to tighten their national policies on irregular migration. A majority of EU Member States are ready to consider new solutions to Europe's challenges with migration. These are crucial steps and we should continue this work. Because there is much more to be done before Europe regains control of irregular migration*».

[51] Così si esprime la Lettera aperta: «*However, as leaders, we also believe that there is a need to look at how the European Court of Human Rights has developed its interpretation of the European Convention on Human Rights. Whether the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention too far as compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests which should be protected*».

[52] Si riferisce, infatti, senza un richiamo espresso alla rilevante giurispruduenza convenzionale, che «*we have seen, for example, cases concerning the expulsion of criminal foreign nationals where the interpretation of the Convention has resulted in the protection of the wrong people and posed too many limitations on the states' ability to decide whom to expel from their territories*».

[53] La sollecitazione viene concretizzata con riferimento ad alcune ipotesi espresse: «*We should have more room nationally to decide on when to expel criminal foreign nationals. For example, in cases concerning serious violent crime or drug-related crime. By its nature such crime always has serious implications for the victims. We need more freedom to decide on how our authorities can keep track of for example criminal foreigners who cannot be deported from our territories. Criminals who cannot be deported even though they have taken advantage of our hospitality to commit crime and make others feel unsafe. We need to be able to take effective steps to counter hostile states that are trying to use our values and rights against us. For example, by instrumentalizing migrants at our borders*».

La Lettera aperta, nelle sue battute conclusive, ammette che si tratta di una «*sensitive discussion*» e si preoccupa ancora una volta di prevenire le prevedibili accuse[54]. Non senza ricorrere ad una nota di populismo[55], infine, si precisa ancora una volta sia l'obiettivo intermedio di avviare una riflessione sull'interpretazione della CEDU, sia l'obiettivo finale: «*We have to restore the right balance*».

Fin qui la presentazione del testo della Lettera aperta, il cui disegno è destinato ad essere completato dalla Dichiarazione di Chisinau dell'anno successivo. Tuttavia, essa è senz'altro già meritevole, di per sé, di alcune brevi valutazioni, anche alla luce sia del significativo rigoroso silenzio ufficiale della Corte e dei suoi componenti a titolo individuale, sia, invece, della pronta reazione istituzionale da parte del Segretario Generale del Consiglio d'Europa[56]: nel testo della sua dichiarazione, riconosciuta la complessità del tema dell'immigrazione e richiamata la ragion d'essere genetica del sistema, coglie quello che, a nostro giudizio, è il nucleo centrale della vicenda, affermando che «*But clarity is essential. Upholding the independence and impartiality of the Court is our bedrock. Debate is healthy, but politicizing the Court is not. In a society governed by the rule of law, no judiciary should face political pressure. Institutions that protect fundamental rights cannot bend to political cycles. If they do, we risk eroding the very stability they were built to ensure. The Court must not be weaponized — neither against governments, nor by them*»[57].

Il messaggio centrale della Lettera aperta si individua nella volontà politica di manifestare un intervento fortemente critico sulla giurisprudenza della Corte EDU in tema di espulsione di immigrati irregolari, motivato dall'obiettivo di premere per un'interpretazione della CEDU basata sulla priorità della sicurezza dell'ordine pubblico interno su ogni altro valore in competizione e sulla correlata priorità della gestione del fenomeno su base statuale.

Si tratta, pertanto, di una sollecitazione collettiva alla Corte di Strasburgo ad adottare un'interpretazione delle fonti convenzionali che risulti funzionale prioritariamente al conseguimento di un obiettivo politico, che sia strumentale alla garanzia dell'effettività dei provvedimenti di espulsione anziché alla tutela dei diritti

[54] Si dice, infatti, che «*although our aim is to safeguard our democracies, we will likely be accused of the opposite*».

[55] Così ci sembra appropriato interpretare l'osservazione secondo cui «*in all modesty, we believe that we are strongly aligned with the majority of the citizens of Europe in our approach*». Nel medesimo senso anche l'insistenza sulla priorità della tutela delle vittime dei reati commessi dagli immigrati irregolari.

[56] Si veda *Alain Berset on the joint letter challenging the European Court of Human Rights*, in Newsroom - Portal, 24 maggio 2025: «*The European Court of Human Rights is not an external body. It is the legal arm of the Council of Europe — created by our member states, established by sovereign choice, and bound by a Convention that all 46 members have freely signed and ratified. It exists to protect the rights and values they committed to defend*».

[57] In conclusione, il Segretario Generale valorizza il ruolo esercitato dalla Corte («*The Court has brought its principles to life, guiding European states through threats to judicial independence, political turmoil, even war. In each case, it has served as a steady compass, upholding the rule of law and protecting individual rights within the system of checks and balances our states chose to build together*») e ne prospetta la continuità per il futuro («*As we face today's complex challenges, our task is not to weaken the Convention, but to keep it strong and relevant — to ensure that liberty and security, justice and responsibility, are held in balance. That is the legacy we inherit. And it is the duty we share*»).

degli immigrati irregolari rispetto ad atti non conformi alle fonti (la cui eventualità non viene mai neppure ipotizzata), che sia incline, infine, ad attenuare l'incidenza della tutela giurisdizionale internazionale rispetto alla sfera nazionale.

3.2. La Dichiarazione di Chisinau

Le parole finali della Lettera aperta dei nove Stati contraenti («*our countries will cooperate to further this ambition*») hanno avuto un seguito nella Dichiarazione di Chisinau adottata dal Comitato dei Ministri in occasione della sua riunione annuale[58].

Prima di riferire analiticamente circa il testo, giova anticipare un succinto giudizio di sintesi sulla Dichiarazione, osservando che – come ogni buon documento diplomatico – essa è configurata come una serie di affermazioni che rappresentano tanto la priorità istituzionale del Consiglio d'Europa di preservare l'integrità del sistema di garanzia dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU e affidato alla sua Corte, quanto la priorità politica degli Stati contraenti, nell'esercizio della propria sovranità, di poter dare esecuzione alla gestione degli immigrati irregolari, anche con riguardo ai provvedimenti di espulsione.

In altre parole – in entrambi i casi con ampio ricorso ad un linguaggio retorico e celebrativo dei ruoli distinti e contrapposti (sia della Corte, sia degli Stati) –, si conferma tanto la difesa dell'indipendenza e della pienezza del ruolo della giurisdizione, quanto le esigenze di tutela della discrezionalità politica degli Stati di attuare le proprie politiche di tutela della sicurezza a fronte del fenomeno dell'immigrazione irregolare senza subire le incognite dell'intervento giurisdizionale di protezione.

---

[58] Giova precisare che l'adozione della Dichiarazione rilevante in questa sede è risultata essere uno dei vari temi all'Ordine del Giorno di una regolare riunione periodica dei Ministri degli Esteri degli Stati contraenti, benché essa sia stata preceduta e preparata da una riunione ministeriale informale *ad hoc* in tema di immigrazione (10 dicembre 2025) la quale, fra l'altro, «*instructed the Steering Committee for Human Rights (CDDH) to prepare elements for a political declaration reaffirming the obligation to ensure the effective enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights to everyone within the jurisdiction of member States in the context of the contemporary challenges posed both by irregular migration and by the situation of foreigners convicted of serious offences, taking duly into account in particular governments' fundamental responsibility to ensure national security and public safety*». Il testo *Outcome document containing elements for a political declaration* dello *Steering Committee for Human Rights* è pubblicato come CDDH(2026)R3_EXTRA-Addendum, 20 March 2026. In proposito si veda L.R. Glas, *An Exceptional Ministerial Conference on the ECHR and 'Migration Challenges'*, in *ECHR Blog*, 11 December 2025; W. Benedek, *A Critical Look at the Implicit Messages in the CDDH Outcome Document with Elements for the Chişinău Declaration*, in *ECHR Blog*, April 16, 2026.

Si tratta, di conseguenza, di un atto politico di per sé non risolutivo – virtualmente coerente con un esito tutto diplomatico di tipo *win win* – destinato a rendere palesi i propri effetti in futuro, attraverso la verifica concreta *a posteriori* di una eventuale ed effettiva efficacia innovativa sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ovvero sul grado di osservanza del diritto convenzionale da parte degli Stati. Questi ultimi – e soprattutto i nove Stati firmatari della Lettera aperta – possono rivendicare il fatto in sé dell'adozione della Dichiarazione e della manifestazione delle proprie priorità condivise, mentre la Corte ottiene il risultato di una conferma dichiarativa del proprio ruolo di garanzia del diritto e dei diritti.

Il testo della Dichiarazione è diviso in 58 punti, anche molto concisi e puntuali, e può essere articolato in cinque parti, ciascuna delle quali è configurata in modo da riflettere le esigenze di equilibrio testé descritte.

Il Preambolo è caratterizzato soprattutto dalla retorica della garanzia giurisdizionale europea e dell'asserzione circa l'indipendenza della Corte ma occorre dare evidenza al suo riferimento conclusivo volto a sottolineare il valore dell'equilibrio ("*fair balance*") fra l'interesse generale e i diritti individuali[59].

In una prima parte, la Dichiarazione pone l'accento soprattutto sul ruolo degli Stati nell'assicurare l'attuazione della CEDU e la protezione dei diritti. Si fa riferimento, infatti, all'impianto sistematico dell'ordinamento e ad alcuni principi cardine, quali la responsabilità primaria degli Stati[60] e i loro compiti di attuazione[61], la non

[59] Così si esprime il Preambolo: «*Recalling the extraordinary contribution of the system established by the European Convention on Human Rights (the Convention) to the protection and promotion of human rights and the rule of law in Europe, as well as its central role in the maintenance and promotion of democratic security and peace throughout the Continent; Reaffirming the deep and abiding commitment of the States Parties to the Convention, and to the fulfilment of their obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention; Reaffirming also the States Parties' support for the independence of the European Court of Human Rights (the Court) and the integrity of the Convention system; Recalling that inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights* […]».

[60] Così il Punto 1 (*Primary responsibility*, Art. 1): «*States Parties to the Convention have the primary obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity*».

[61] Si veda il Punto 3 (*National implementation*): «*The overall human rights situation in Europe depends on States' actions and the respect they show for Convention requirements, which requires the engagement of and interaction between a wide range of actors to ensure that legislation and other measures and their application in practice comply fully with the Convention. It is important that the States Parties take into account the case law of the Court in a way that gives full effect to the Convention*».

discriminazione[62], la sussidiarietà e il margine di apprezzamento[63], l'effettiva disponibilità di rimedi nazionali efficaci[64].

Particolarmente rilevante appare la sollecitazione al funzionamento appropriato secondo lo "spirito" del sistema della CEDU – espresso attraverso il concetto di "responsabilità condivisa", nel quale tanto gli Stati, quanto la Corte agiscano in conformità al rispettivo ruolo e ciascuno rispetti pienamente il ruolo dell'altro. Giova porre in evidenza come, secondo la visione sistematica che il testo della Dichiarazione prospetta, alla Corte venga riconosciuta una funzione di "supervisione" rispetto all'attuazione diretta della CEDU da parte degli Stati, tale da consentirle di collocare il *focus* del proprio impegno nell'individuazione delle violazioni più gravi e frequenti, dei problemi sistemici e strutturali e delle importanti questioni di interpretazione ed applicazione della CEDU[65].

In una seconda parte, la Dichiarazione ribadisce e valorizza l'esercizio della funzione giurisdizionale svolto dalla Corte di Strasburgo, benché ancora una volta si combini il riferimento all'attività di risoluzione di controversie individuali con un richiamo alla sua "supervisione" circa l'attuazione della CEDU da parte degli Stati[66].

---

[62] Cfr. il Punto 2 (*Principle of non-discrimination*, Article 14): «*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention is subject to the principle of non-discrimination*».

[63] Come enunciato nei Punti 4 e 5 (*Subsidiarity / Margin of appreciation*): «4. *The Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level. National authorities, which are, in principle, better placed than an international court to evaluate local needs and conditions, enjoy a margin of appreciation when implementing the Convention at the national level, subject to the supervisory jurisdiction of the Court. The continuing further development of the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation by the Court in its jurisprudence is to be welcomed. 5. In accordance with the principle of subsidiarity and the concept of the margin of appreciation, there may be a range of different but legitimate solutions when applying certain Convention provisions, each of which could be compatible with the Convention depending on the context. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so*».

[64] Si veda il Punto 6 (*Effective remedies*, Art. 13): «*A central element of the principle of subsidiarity is the right to an effective remedy under Article 13 of the Convention. It is important that the States Parties provide domestic remedies, where necessary with suspensive effect, which operate effectively and fairly and provide a proper and timely examination of the issue of risk, in accordance with the Convention and in light of the Court's case law*».

[65] In tal senso si esprimono i Punti 7 e 8 (*Shared responsibility*): «7. *The notion of shared responsibility between the States Parties, the Court and the Committee of Ministers, along with the Parliamentary Assembly and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, is important to ensure the proper functioning of the Convention system. In this spirit of shared responsibility, it is crucial that the States Parties and the Court fulfil their respective roles, and that each fully respects the role of the other.* 8. *The roles of the Council of Europe Commissioner for Human Rights and of national human rights institutions and civil society organisations in monitoring compliance with the Convention and the Court's judgments are also to be recognised. 9. The Committee of Ministers underlines the need to secure an effective, focused and balanced Convention system, where the States Parties effectively implement the Convention at national level, and where the Court can focus its efforts on identifying serious or widespread violations, systemic and structural problems, and important questions of interpretation and application of the Convention*».

[66] Si vedano in tal senso soprattutto i Punti 10 e 11 (*Role of the Court*, Art. 19) e 14 (*Right of individual application*, Art. 34): «10. *The Committee of Ministers recalls the important achievements of the Court through its judgments and decisions in supervising compliance with the Convention and defending the values underpinning the Council of Europe.* 11. *The Court acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national*

Inoltre, si richiama l'attribuzione alla Corte della titolarità esclusiva della funzione interpretativa della Convenzione, secondo i criteri del diritto internazionale pubblico – forse posto in alternativa a dinamiche prossime al diritto costituzionale – e si ripete il mantra ripetitivamente utilizzato dalla Corte stessa per caratterizzare un'interpretazione di tipo evolutivo da radicare alle sfide nuove quali delineate dagli Stati.

In tale contesto, la Dichiarazione valorizza la chiarezza e la coerenza della giurisprudenza, a vantaggio sia dei giudici nazionali, sia degli eventuali ricorrenti e rappresenta la posizione del Comitato dei Ministri in favore di un'interpretazione "attenta ed equilibrata"[67]. In ogni modo, si ribadisce l'obbligo degli Stati contraenti circa la puntuale esecuzione delle decisioni della Corte «in tutti i casi nei quali essi sono parti», forse per attenuare l'efficacia di fatto *erga omnes* delle sentenze di Strasburgo[68].

Dopo i temi trattati nelle prime due parti introduttive della nostra divisione ideale del testo della Dichiarazione, l'attenzione del documento si sposta, in terzo luogo, sulla materia cruciale dell'immigrazione e, in questo ambito, sui temi dell'espulsione degli irregolari e della configurazione della fattispecie della proibizione della tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione.

Anche in questo contesto, la Dichiarazione procede con la medesima tecnica espositiva che accompagna, da un lato, una reiterata continuità dell'impegno degli Stati a rispettare la Convenzione e, esplicitamente, i diritti degli immigrati che, in maggioranza, non costituiscono un problema e, dall'altro, la conferma dell'ipotesi di un giudizio circa la mancata corrispondenza della Convenzione stessa con l'attualità dei problemi legati all'immigrazione, a fronte della sovranità degli Stati quanto all'elaborazione ed attuazione delle proprie politiche dell'immigrazione e alla selezione dell'accesso nel territorio nazionale (ovviamente, si precisa, in conformità con la CEDU). Anche in questo caso è presente un elemento di retorica populista, in tanto in quanto si insinua la possibilità di un calo della fiducia pubblica nel sistema della

level and may deal with a case only after all domestic remedies have been exhausted. It does not act as a court of fourth instance" […] 14. *The Committee of Ministers reaffirms the States Parties' strong attachment to the right of individual application to the Court as a cornerstone of the system for protecting the rights and freedoms set forth in the Convention*».

[67] Cfr. il testo dei Punti 12 e 13 (*Jurisdiction of the Court / Interpretation*, Art. 32): «12. *The Court authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Convention is interpreted as a living instrument, giving appropriate consideration to present-day conditions, which ensures its applicability in response to novel challenges*. 13. *It is important that the judgments of the Court are clear and consistent. This promotes legal certainty, helps national courts apply the Convention more precisely, and helps potential applicants assess whether they have a well-founded application. The Committee of Ministers expresses its continued appreciation for the Court's efforts to ensure the clarity and consistency of its case law and that the interpretation of the Convention proceeds in a careful and balanced manner*».

[68] Così il Punto 15 ("*Execution of judgments*", Art. 46): «*The full, effective and prompt execution of the Court's judgments and the effective supervision of that process are of fundamental importance to ensuring the long-term sustainability, integrity and credibility of the Convention system. The Committee of Ministers reaffirms the States Parties' unconditional obligation to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties*».

CEDU (dunque, è da ritenere, tanto nelle norme quanto nella loro applicazione da parte della Corte)[69].

La Dichiarazione focalizza i problemi generali legati all'espulsione e all'estradizione e incoraggia gli Stati ad elaborare una disciplina specifica conforme ai diritti previsti dalla Convenzione, anche con riguardo ai suoi articoli 3 (divieto di sottoposizione a tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare)[70].

Per quanto concerne l'art. 3 (che, ricordiamo, viene espressamente qualificato come intangibile anche in situazioni di emergenza ex art. 15 CEDU), la Dichiarazione – dopo aver asserito che il livello minimo perché si abbia un trattamento inumano o degradante è relativo e dipende dalle circostanze del caso – esprime la preoccupazione del Comitato dei Ministri circa la possibilità che la tutela giurisdizionale contro un'estradizione che, nel Paese di destinazione possa produrre la sottoposizione a pene inumane o degradanti, si traduca in una sostanziale impunità per crimini commessi, risultato che dovrebbe essere evitato, in conformità con la CEDU[71].

---

[69] Si vedano in proposito, sotto il titolo generale di «*Specific migration-related issues*" i Punti dal 16 al 19: «16. *There are significant, complex, migration-related challenges in various member States which were either unforeseen at the time the Convention was drafted or have evolved significantly since then. The failure to address these challenges adequately may weaken public confidence in the Convention system*. 17. *The majority of migrants residing legally in the States Parties contribute positively to the receiving societies. Migrants' fundamental rights and freedoms must be respected and protected in accordance with the principle of non-discrimination*. 18. *States Parties have the undeniable sovereign right to decide on and control foreign nationals' entry into and residence in their territory. They have the right to establish their own immigration policies, potentially in the context of bilateral or regional co-operation, and pursue immigration control as a public interest. However, these rights must be exercised in accordance with the provisions of the Convention*. 19. *It is an obligation and a necessity for States Parties to protect their borders in compliance with Convention guarantees, which may include putting arrangements in place at their borders designed to allow access to their national territory only to persons who fulfil the relevant legal requirements*».

[70] Si vedano i Punti 20 e 21 ("*Expulsion & extradition*"): «20. *The inability to expel or extradite an individual convicted or charged with a serious offence can lead to significant challenges for States, including in relation to their fundamental duty to guarantee the right to everyone within their jurisdiction to live in peace, freedom and security, notably by protecting public safety and national security and preventing disorder and crime*. 21. *The States Parties are encouraged to develop and clarify domestic frameworks ensuring the effective and context-specific application of the relevant Convention rights, including Articles 3 and 8, in cases involving expulsion and extradition*».

[71] Così si esprimono i Punti dal 22 al 24: «22. *It must be emphasised that the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment under Article 3 of the Convention is absolute. It permits no derogation, contains no exceptions, and allows for no legitimate interference*. 23. *The absolute prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment reflects that it relates to the most serious forms of ill-treatment. The minimum level of severity of ill-treatment that constitutes inhuman or degrading treatment or punishment must therefore remain high and constant, and be clearly and consistently applied at all levels, avoiding unnecessary constraints on decisions to extradite, or to expel foreign nationals. The assessment of the minimum level of severity of ill-treatment that constitutes inhuman or degrading treatment or punishment is relative and depends on all the circumstances of the case*. 24. *The Committee of Ministers is concerned that, as recognised by the Court, where a person cannot be extradited to face trial or serve a penal sentence for a serious offence, this may give rise to impunity, allowing a person to evade justice in a country in which they have committed an offence, simply by virtue of having left that country. All possible steps must therefore be taken to avoid this, consistent with Convention obligations*».

In questo ambito, si procede ad una serie di precisazioni destinate ad incidere in senso restrittivo della garanzia ed espansivo dei margini di conformità dei provvedimenti di estradizione con la CEDU. Ad esempio, le deficienze del sistema sanitario del Paese di destinazione non possono essere fatte rientrare nel divieto di cui all'art. 3[72]. Altrettanto si precisa per quanto concerne la valutazione – ai fini dell'art. 3 – dell'impatto di un cumulo di fattori sociali ed economici ma non di uno soltanto di questi ultimi sulla condizione dell'espulso, circostanza che richiede un inquadramento che possa orientare la verifica da parte di tribunali e autorità nazionali[73].

Un ulteriore richiamo all'opportunità di un orientamento per questi ultimi circa l'atteggiamento della Corte EDU viene espresso con riguardo a provvedimenti di espulsione o estradizione verso Stati che rivendichino una lunga storia di rispetto per la democrazia, i diritti dell'uomo e il principio di *rule of law*, in sintonia, del resto, con la giurisprudenza di Strasburgo[74]. In tale prospettiva, la Dichiarazione riconosce che si possa dare credito ad assicurazioni diplomatiche provenienti – è da intendersi – dagli Stati di destinazione[75].

È significativo osservare – anche in vista dell'invito finale a rafforzare il dialogo fra giudici – come la Dichiarazione si rivolga, in realtà, anche a tribunali e autorità nazionali al fine di dare concretezza al principio della responsabilità condivisa[76].

L'ulteriore tema destinatario di un approfondimento specifico concerne l'espulsione, anche sotto il profilo del rischio di incidere sul rispetto della vita privata e familiare dell'immigrato, atteso che il provvedimento lesivo è subordinato al rispetto

---

[72] Si veda in proposito il Punto 25: «*Where an individual is being expelled or extradited, the quality of accessible healthcare in the receiving State should only give rise to a real risk of treatment contrary to Article 3 in very exceptional circumstances described in the Court's case law. There is no obligation for the returning State to alleviate the disparities between its own healthcare system and the level of treatment existing in the receiving State*».

[73] Questo il testo del Punto 26: «*Where an individual is being expelled, the domestic courts and authorities in this context may benefit from further guidance on how to assess a range of individual socio-economic factors under Article 3 that may have a negative impact on that individual's situation, but do not each in isolation amount to inhuman or degrading treatment, and on the role the general socioeconomic situation in the receiving country plays in that assessment*». Altrettanto si precisa per quanto concerne le condizioni di detenzione nello Stato di destinazione, come indicato nel Punto 27 («*Domestic courts and authorities may benefit from further guidance specifically on how cumulative circumstances in detention may, taken together, amount to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention, in violation of Article 3*»).

[74] Su veda il Punto 28: «*The Court has rarely found that there would be a violation of Article 3 if an applicant were to be expelled or extradited to a State which had a long history of respect for democracy, human rights and the rule of law. The Convention does not purport to be a means of requiring the States Parties to impose Convention standards on other States*».

[75] Così si precisa nel Punto 30: «*Recourse to diplomatic assurances may obviate a risk of violation of Article 3 following expulsion or extradition*».

[76] In materia si rinvia al Punto 29: «*In light of the foregoing, caution should be exercised when applying case law of the Court, including by the domestic courts, concerning the situation in a State Party when assessing whether the expulsion or extradition of an individual to a non-State Party would violate a State's obligations under Article 3 of the Convention. In particular, domestic courts and authorities, when assessing whether conditions in a non-State Party, such as detention conditions or access to socio-economic support, may amount to a violation of Convention rights, may benefit from further guidance on how to apply judgments of the Court concerning conditions in States Parties*».

della legge, deve essere necessario in una società democratica ed essere finalizzato al perseguimento di un obiettivo legittimo, come specificato all'art. 8 CEDU, che – giova osservare – non è sottratto agli effetti sospensivi di una dichiarazione di emergenza *ex* art. 15 CEDU. A maggior ragione, di conseguenza, occorre individuare un giusto equilibrio fra i diritti individuali e i rilevanti interessi pubblici di difesa della libertà e della sicurezza degli Stati contraenti[77].

La Dichiarazione richiama ancora una volta il rapporto di sussidiarietà fra il sistema CEDU e il ruolo degli Stati, le cui autorità, in linea di principio, sono competenti e si trovano in una posizione migliore di quella di una corte internazionale per valutare le situazioni locali e operare il giudizio di equilibrio, alla luce dei criteri contenuti nella giurisprudenza della Corte che riconosce la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento da parte delle autorità nazionali e soprattutto delle rispettive giurisdizioni[78].

All'interno di tale rapporto di sussidiarietà, un giudizio di ri-equilibrio fra giurisprudenza convenzionale e nazionale richiede una forte motivazione e, in particolare, la Corte di Strasburgo, qualora intervenga sulle giurisdizioni nazionali, deve palesare la conoscenza delle specificità e delle tradizioni del sistema nazionale coinvolto e «fornire una piena e chiara spiegazione delle proprie ragioni»[79]. In altre parole, secondo la Dichiarazione, il principio di sussidiarietà comporterebbe un'inversione dell'onere di motivazione a carico della Corte EDU.

La parte della Dichiarazione dedicata ai contenuti del fenomeno dell'immigrazione viene completata con riferimento a due ordini di considerazioni che danno evidenza alle dinamiche di evoluzione del fenomeno stesso: in primo luogo,

---

[77] Il testo del Punto 31 precisa: «*Article 8 allows public authorities to expel a foreign national from their territory even though such a measure may interfere with their right to respect for private and family life, so long as such interference is in accordance with the law and necessary in a democratic society in pursuit of a legitimate aim. Legitimate aims that may justify interference are national security, public safety or the economic well-being of the country, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others. The right balance must be struck between individual rights and interests and the weighty public interests of defending freedom and security in the societies of the States Parties*».

[78] Così si esprime il Punto 32: «*The Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level. National authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. It is primarily for the national authorities to carry out the balancing exercise, in light of the criteria stemming from the Court's case law, and assess whether there are relevant and sufficient reasons for expelling a foreign national that may pose a threat to public order and national security from their territory, including the weight they attach to the nature and seriousness of the crime committed by them. In matters relating to national security, the Court has noted that national authorities enjoy a wide margin of appreciation and that significant weight must be attached to the judgment of the domestic authorities, and especially of the national courts, which are better placed to assess relevant evidence*».

[79] Questo il testo della sollecitazione di cui al Punto 33: «*According to the case law of the Court, where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts. If the Court finds that there are strong reasons to substitute its assessment for that of national authorities, it is important that the Court makes clear its awareness of the particularities of national legal systems and traditions, including for example the extent to which the length of a sentence of imprisonment reflects the seriousness of an offence, and fully and clearly explains its reasons*».

l'esperienza degli "arrivi di massa", che rappresenta una seria minaccia per gli Stati di primo approdo per mare, come la Corte stessa ha riconosciuto, oltre che un pericolo per la vita stessa degli immigrati irregolari e dei richiedenti asilo. Questa situazione richiede attività coordinate per la prevenzione dei trasferimenti irregolari e si citano gli *standards* del Consiglio d'Europa[80].

Il secondo sviluppo del fenomeno che viene evocato è quello della "strumentalizzazione" dei movimenti migratori da parte di Stati ostili allo scopo di provocare cause di instabilità di Stati e democrazie europee. La rilevanza di questa nuova minaccia del contesto geopolitico e di sicurezza si riflette – oltre che sull'origine di crisi umanitarie nel cui ambito gli immigranti irregolari sono le vittime – sul rischio di compromettere il sostegno per il sistema CEDU e la sua integrità. La realtà della strumentalizzazione da parte di Stati ostili contrappone la tutela generale dei diritti delle persone e la protezione dei confini nazionali e della sicurezza e dell'ordine pubblico ed evoca necessariamente il concetto di "democrazia capace di difendere sé stessa", quale elaborato dalla Corte di Strasburgo[81].

In tal senso, la Corte ribadisce che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle realtà odierne e della necessità di essere applicato in risposta alle sfide presenti. La CEDU, infatti, non opera in un vuoto e il peculiare contesto deve essere tenuto presente nella fase della valutazione della conformità dell'azione degli Stati alle obbligazioni scaturenti dalla CEDU[82].

---

[80] Si vedano in proposito i Punti dal 34 al 36 della Dichiarazione: «34. *The arrival of large numbers of migrants represents a complex and evolving challenge for frontline States, including to their sovereign right to protect national borders and decide who legally enters the territory and their fundamental responsibility to ensure national security and public safety. Irregular arrivals by sea represent a major risk of life for irregular migrants and a significant reduction in irregular maritime crossings may result in a reduction in the loss of lives at sea.* 35. *States Parties must respond to such situations in conformity with their Convention obligations. The Court has acknowledged that frontline States experience considerable difficulties in coping with increasing influxes of migrants and asylum seekers and has expressly recognised the burden and pressure this places on them.* 36. *There is a need to step up operational co-operation to prevent irregular migration and promote returns and to strengthen national measures and international co-operation against the human trafficking and migrant smuggling networks involved in mass arrivals. Council of Europe standards in this area*».

[81] Si veda il testo del Punto 37 («*Instrumentalisation of migration may be taken to refer to situations where migratory movements, including unlawful border crossings, are deliberately facilitated, encouraged or exploited by a hostile State or other actor, in some cases involving the use of force, with the aim of exerting pressure on, destabilising or undermining another State and European democracies. It can be seen as a new contemporary phenomenon which has emerged in a specific geopolitical and security context, posing particular challenges for territorial integrity and national security, and risks undermining support for and the integrity of the Convention system*») e del Punto 38: «*The Committee of Ministers notes with concern that instances of instrumentalisation by a hostile State or other actor may result in acute humanitarian crises, leaving migrants stranded at borders where they may be at significant risk of becoming victims of violence, exploitation, trafficking, smuggling, or inhuman or degrading treatment, without adequate protection or assistance. Migrants involved in instrumentalised migratory movements are entitled to respect for and protection of their rights under the Convention and other European and international law, subject to limitations permitted under the Convention and other European and international law. The conduct of the individuals involved in attempts to irregularly cross the State border may be relevant in assessing the State's compliance with certain Convention obligations*».

[82] Si vedano i seguenti Punti del testo: «39. *Instrumentalisation of migration creates challenges with respect to States Parties' fundamental duty to protect everyone within their jurisdiction, to protect their borders and to maintain*

La ricostruzione delle criticità del contesto che derivano dallo sviluppo dei fenomeni dell'immigrazione irregolare e della ricerca di asilo conduce la Dichiarazione a sollecitare gli Stati a porre in essere processi decisionali corretti, chiari, predicibili e tempestivi, idonei a permettere tanto un'efficace applicazione di decisioni legittime quanto l'accesso a rimedi efficaci e al controllo giurisdizionale[83]. Si forniscono altresì suggerimenti per la gestione di alti numeri di richieste di asilo o di casi di immigrazione affidati a procedure sia ordinarie che accelerate, senza pregiudizio per il principio generale di un procedimento decisionale di natura individuale[84].

La quarta parte della Dichiarazione sulla quale si riferisce concerne la prospettazione di orientamenti per il futuro, fondati sulla comunicazione di nuove impostazioni per superare con equilibrio i problemi enunciati.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di profili di gestione innovativi, si afferma che l'adozione di proprie politiche di governo dell'immigrazione, inclusive di forme di cooperazione con Stati terzi, rientra nella disponibilità degli Stati contraenti a condizione che sia garantita la continuità del proprio adempimento delle obbligazioni previste dalla Convenzione[85]. In particolare, si riconosce che gli Stati più esposti ad arrivi di massa possano applicare prassi innovative finalizzate al governo e potenzialmente alla prevenzione dell'immigrazione irregolare. Diversi Stati contraenti hanno individuato forme di gestione delle domande di protezione internazionale presso Stati terzi, presso "*return hubs*" collocati in Stati terzi e attraverso la collaborazione con i Paesi di transito. Si riconosce quanto sia importante assicurare

national security and public order. The concept of "democracy capable of defending itself," as developed in the case law of the Court, may be relevant when States Parties face instrumentalisation of migration. A hostile State or other actor cannot be allowed to undermine European democracies and the values on which the Convention is founded and to abuse the system that it was established to protect»; e «40. *The Convention is a living instrument: it is interpreted in the light of present-day realities and remains applicable in response to novel challenges. It does not operate in a vacuum: when assessing the compliance of State authorities with their obligations, the concrete context in which they act forms part of the overall assessment required under the Convention. The States Parties look forward to receiving guidance from the Court regarding the application of the Convention in this context*».

[83] Così, irenicamente, dice il Punto 41: «*Member States are encouraged to ensure that migration-related decision-making processes are fair, clear, predictable and timely, enabling the effective enforcement of lawful decisions while ensuring access to effective remedies and judicial oversight in accordance with the Convention. Situations of mass irregular arrivals create challenges for national asylum systems, including decision-making processes on claims for international protection*».

[84] Si vedano in tema i Punti da 42 a 44: «42. *In this connection, the 2009 Committee of Ministers' Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, as may be applied for example to clearly well-founded or clearly unfounded cases, may be recalled.* 43. *The use of country information and guidance, such as that relating to the situation of particular groups of people in a country, may facilitate the more efficient consideration of large volumes of asylum applications, whether in normal or accelerated procedures, without prejudice to the general principle of individualised decision-making.* 44. *Further intergovernmental co-operation and guidance may be needed on how large volumes of decisions in migration cases, whether in normal or exceptional circumstances, can be taken efficiently, fairly and consistently with Convention obligations*».

[85] Così prospettato, in via generale, nel Punto 45: «*States Parties may establish their own immigration policies, which may include co-operation with third countries, provided that they continue to fulfil their Convention obligations*».

procedure corrette ed efficienti per il rientro di chi non si trovi in situazioni che richiedano la protezione internazionale[86].

Le asserzioni conclusive della quinta ed ultima parte che abbiamo individuato nel testo della Dichiarazione combinano il riconoscimento della criticità assunta dal fenomeno di massa dell'immigrazione irregolare e delle richieste di asilo con il conseguente impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulla gestione del fenomeno stesso.

La Dichiarazione esprime un orientamento che offre alcuni suggerimenti – anche molto concreti – sul funzionamento del sistema CEDU e che possiede, a nostro giudizio, un significativo valore sistematico sul rapporto fra politica e giurisdizione. Più che ribadire la validità del sistema CEDU di per sé, infatti, la Dichiarazione pone l'accento sull'importanza di rafforzare la fiducia pubblica in quest'ultimo, muovendo dall'implicito assunto per il quale il sistema CEDU possa essere percepito come un ostacolo alla gestione del fenomeno migratorio in tutti i suoi aspetti. Sotto questo profilo, la Dichiarazione, a nostro giudizio, avalla una visione populista delle dinamiche in corso. Per salvare il sistema di garanzia giurisdizionale presso la pubblica opinione, in altre parole, occorre che l'ambito di intervento di quello stesso sistema venga ristretto.

L'enfasi del messaggio contenuto nella Dichiarazione viene collocata sul dialogo aperto fra i principali soggetti del sistema, quale la Corte di Strasburgo e gli Stati contraenti, finalizzato ad una migliore comprensione del rispettivo ruolo nel dare attuazione alla rispettiva responsabilità condivisa nell'applicazione della Convenzione[87].

La Dichiarazione precisa alcune modalità attraverso le quali potenziare tale dialogo: ad esempio, attraverso un'intensificazione della partecipazione in qualità di terzi interessati ai procedimenti in corso di fronte alla Corte di Strasburgo che, si osserva, quest'ultima ha apprezzabilmente favorito nei casi di fronte alla *Grand Chamber*. Gli Stati sono sollecitati a coordinarsi in tale direzione per rafforzare la propria capacità di incidere quando si tratti di affrontare la soluzione di questioni di principio[88].

---

[86] Cfr. i Punti 46 e 47: «46. *It is important that States, including those that are exposed to mass arrivals, can pursue new approaches to address and potentially deter irregular migration. Amongst the forms of new approaches that have been envisaged by several member States are processing requests for international protection in a third country, third country "return hubs", and co-operation with countries of transit*. 47. *It is important to ensure fair and efficient procedures for the return of persons found not to be in need of international protection*».

[87] Sul rilievo del dialogo, in via generale e preliminare, si veda il Punto 48: «*It is important to maintain open, informed and constructive dialogue and communication on the functioning of the Convention system in a manner that strengthens public confidence in the protection of human rights, upholds the rule of law, and enhances trust in the Convention framework as a whole. The ongoing open dialogues between the Court and States Parties as a means of developing an enhanced understanding of their respective roles in carrying out their shared responsibility for applying the Convention are to be welcomed and encouraged*».

[88] In argomento si veda il Punto 49: «*An important way for the States Parties to engage in a dialogue with the Court is through third-party interventions. The States Parties, as well as other stakeholders, are encouraged to*

Ricordiamo che l'intervento di terzi è previsto in favore sia di Stati contraenti che di soggetti della società civile organizzata e può rivelarsi anche molto incisivo al fine della verifica dell'esistenza (o meno) di uno specifico "consenso europeo" in rapporto all'interpretazione condivisa anche di singole disposizioni della Convenzione. Il risultato di tale verifica si traduce nel riconoscimento dell'idoneità del "consenso europeo" ad escludere la responsabilità dello Stato convenuto per violazione della CEDU[89].

Oltre a riferirsi congiuntamente agli Stati contraenti e alla Corte di Strasburgo per favorire un dialogo costruttivo fra gli stessi, la Dichiarazione si rivolge anche a ciascuno dei soggetti istituzionali rilevanti in questa sede.

In primo luogo, dunque, essa indirizza alla Corte la raccomandazione – connessa a quanto già previsto dall'art. 43.2 CEDU in relazione all'interpretazione di questioni gravi di importanza generale – di assicurare l'intervento della *Grand Chamber*, anche al fine di agevolare il dialogo sullo sviluppo della giurisprudenza. A tal fine, la raccomandazione si estende ad un invito alla Corte ad adattare la procedura in modo da consentire a tutti gli Stati contraenti di richiedere il coinvolgimento della *Grand Chamber*[90].

In secondo luogo, la Dichiarazione considera il ruolo delle istituzioni giudiziarie degli Stati contraenti: si sollecitano questi ultimi a procedere alla ratifica del Protocollo 16 – il cui meccanismo operativo consente ai giudici nazionali di ottenere un orientamento preventivo da parte della Corte di Strasburgo – al fine di favorire l'interazione fra la Corte EDU e gli organi nazionali e di rafforzare l'attuazione della

participate in relevant proceedings before the Court, stating their views and positions, which can provide a means for strengthening the authority and effectiveness of the Convention system. It is to be welcomed that the Court has taken steps to increase third-party interventions, in particular in cases before the Grand Chamber, by giving notice in a timely manner of upcoming cases that could raise questions of principle, and ensuring that the questions to the parties are published at an early stage. The States Parties are encouraged further to increase co-ordination and co-operation on third-party interventions, including by building the necessary capacity to do so, and the systematic communication amongst Government Agents on cases of potential interest for other States Parties is to be welcomed».

[89] Cfr. in proposito l'art. 36 CEDU ("*Third party intervention*"): «*1. In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, a High Contracting Party one of whose nationals is an applicant shall have the right to submit written comments and to take part in hearings. 2. The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings. 3. In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, the Council of Europe Commissioner for Human Rights may submit written comments and take part in hearings*».

[90] Per la raccomandazione si veda il Punto 50: «*By determining serious questions affecting the interpretation of the Convention and serious issues of general importance, the Grand Chamber plays a central role in ensuring transparency and facilitating dialogue on the development of the case law. The Committee of Ministers reiterates the invitation to the Court to adapt its procedures to make it possible for other States Parties to indicate their support for the referral of a case to the Grand Chamber when relevant, which may be useful for drawing the attention of the Court to the existence of a serious issue of general importance within the meaning of Article 43(2) of the Convention*».

Convenzione in conformità al principio di sussidiarietà[91]. Al medesimo fine, le alte Corti nazionali sono invitate ad aderire al circuito della Rete delle Corti Superiori[92].

Si tratta, dunque, di curare in modo particolare l'investimento sull'interazione fra le giurisdizioni – convenzionale e nazionali – e sul coinvolgimento delle autorità amministrative degli Stati attraverso un opportuno potenziamento della conoscenza del sistema CEDU[93]. L'obiettivo è di assicurare tale interazione anche facendo in modo che un'interpretazione della CEDU orientata ad un equilibrio fra i diritti dei ricorrenti e gli interessi delle società di accoglienza sia adeguatamente prospettata già da parte degli Stati parte del giudizio, con l'ausilio della presentazione delle specificità dei rispettivi ordinamenti giuridici[94] delle quali la Corte di Strasburgo – espressamente invitata a farlo – possa tenere conto[95].

Al di là degli inviti, dei suggerimenti e delle raccomandazioni strettamente legate all'impegno della Corte EDU, degli Stati contraenti e delle rispettive autorità giurisdizionali, politiche ed amministrative, la Dichiarazione fa riferimento al sistema del Consiglio d'Europa quale sede del dialogo fra gli Stati membri per affrontare le sfide poste dal fenomeno migratorio: il Segretario Generale è investito del compito di fornire sostegno a tutte quelle attività che possano rafforzare l'applicazione della Convenzione da parte nazionale, la formazione delle capacità e la collaborazione fra gli Stati membri e tutti i soggetti interessati. La risultante interazione nel contesto intergovernativo contempla lo scambio delle buone prassi relative alle procedure

[91] Così si prevede nel Punto 52: «*States Parties are encouraged to consider ratifying Protocol No. 16 to the Convention to provide a possible avenue for the national courts to seek guidance of the Court on questions of principle concerning the interpretation and application of the Convention, which may further enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity*».

[92] Si veda il Punto 51: «*Those highest courts and tribunals of the States Parties that have not yet done so are encouraged to consider joining the Superior Courts Network*».

[93] L'invito è così formulato nei Punti 53 («*Member States are invited to invest in targeted capacity-building for judges, prosecutors and relevant administrative authorities, including through systematic use of the Court's case law guides and other publicly available materials*») e 54 («*Domestic authorities may benefit from further guidance on how to evaluate the significance of the context of the specific case underlying a judgment of the Court when applying principles taken from specific judgments of the Court*».

[94] Il rilievo del contesto interattivo è posto in evidenza dal Punto 55: «*The Court's process-based review, as a manifestation of the principle of subsidiarity, depends upon domestic courts articulating clearly in their judgments the application of relevant Convention standards to the facts of a case, including, where relevant, an adequate balancing between the rights of the applicant and the interests of society. In this regard, it is therefore important that governments are clearly presenting to the Court relevant considerations, including specific features of their national legal systems and legal traditions, so that the Court can appropriately address the circumstances of each case*».

[95] Si veda in proposito il Punto 56: «*A valuable dialogue takes place through their judgments between national courts and the Court as to the interpretation and application of the Convention. The Court is encouraged to take note of the manner in which its case law has been applied at national level, and the openness shown by the Court to consider, in light of that dialogue, its interpretation of the Convention, is to be welcomed*».

relative a immigrazione ed espulsione nell'ambito della Convenzione e in base alla rispettiva giurisprudenza[96].

4. La tensione fra interpretazione e politica nel sistema CEDU.

La Dichiarazione di Chisinau del Comitato dei Ministri operante nel sistema della CEDU – preceduta e stimolata da una Lettera aperta sottoscritta da nove Stati contraenti – rappresenta una reazione degli Stati alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in quanto i diritti fondamentali degli individui interessati risultino incisi dalle politiche dei governi nazionali per la gestione dei fenomeni dell'immigrazione clandestina e delle richieste di asilo.

L'interesse scientifico per i due atti politici qui richiamati ed analizzati ha origine – nel quadro delle dinamiche di costituzionalizzazione del diritto internazionale – nella loro idoneità a trasferire nel contesto della giurisdizione internazionale del sistema CEDU una tensione fisiologica fra la dimensione politica propria della funzione legislativa e l'esperienza giurisdizionale di applicazione ed interpretazione delle fonti quale tipicamente presente negli ordinamenti costituzionali fondati sui principi di separazione e *checks and balances* dei poteri. Infatti, nonostante la loro distinzione strutturale, l'organizzazione della giurisdizione retta dalle fonti del diritto internazionale risente di un alto livello di mutuazione di tratti connotativi ricavati dalle fonti del diritto costituzionale di Stati "*like-minded*"[97], membri del Consiglio d'Europa, per quanto concerne l'indipendenza dei giudici e degli organi. Si può notare, anzi, una forte accentuazione di quest'ultimo aspetto nella esplicita dissociazione fra il ruolo del singolo magistrato e lo Stato membro che ne ha proposto l'elezione da parte dell'Assemblea parlamentare[98].

---

[96] Il riferimento al sistema del Consiglio d'Europa è contenuto nei Punti conclusivi: in tal senso il Punto 57 («*The Council of Europe provides a forum for dialogue among member States to address the challenges relating to migration. The Committee of Ministers therefore invites the Secretary General, within available resources, to support activities aimed at strengthening national implementation, capacity-building, and co-operation among member States and other stakeholders in line with this Declaration. It also expresses the wish to facilitate exchanges of good practice among member States on Convention compliant migration and expulsion procedures and reflect, as appropriate, on procedural and institutional lessons arising from cases related to migration*») e il Punto 58 («*The appropriate intergovernmental body should be mandated to conduct further work on sharing best practices and exploring new ways to enhance communication about the Convention system, to promote a better understanding of the Court's jurisprudence, to prevent and counter misinformation about the Court's case law, and to make effective use of third-party interventions and co-operation among Government Agents*»).

[97] La significativa espressione è impiegata nel Preambolo della Convenzione («*The Governments signatory hereto, being members of the Council of Europe* […] *as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*»).

[98] Ricordiamo l'art. 21.3 CEDU in base al quale «*the judges shall sit on the Court in their individual capacity*» (ancora più significativo sembra essere il testo francese il quale dispone che «*les juges siègent à la Cour à titre individuel*»), nonostante l'art. 20 prescriva che «*the Court shall consist of a number of judges equal to that of the High Contracting Parties*».

In base a questa premessa, giova ora ripercorrere nel contesto del sistema CEDU la presenza e gli effetti di quei fattori sistemici – già oggetto di trattazione nell'ambito degli ordinamenti costituzionali – che, eventualmente, rilevino ai fini della qualificazione dei rapporti fra legislazione di origine politica e interpretazione giurisdizionale. Questa operazione ci permetterà di elaborare una valutazione critica dei due documenti sopra richiamati.

(i) In primo luogo, occorre considerare che il fattore della matrice genetica dell'ordinamento ascrivibile alla tradizione giuridica di riferimento non è suscettibile di applicazione immediata nel contesto del diritto internazionale. Nondimeno, riprendendo la lezione di autorevole dottrina, ricordiamo che il metodo convenzionale di produzione di quest'ultimo costituisce una classificazione a sé stante e si distingue tanto da quella fondata sul metodo giurisprudenziale, quanto da quella basata sul metodo politico, benché, nonostante le distinzioni, l'esercizio di entrambi questi due ultimi metodi concorra alla configurazione e allo sviluppo dell'ordinamento internazionale[99]: da un lato, il metodo politico è tipico delle fasi successive di origine ed entrata in vigore della norma internazionale – semplificando, dalla negoziazione alla ratifica e all'ordine di esecuzione – ed è ulteriormente qualificato sia dal criterio dell'unanimità quale requisito della sua efficacia sia dal regime di responsabilità internazionale in caso di sua violazione; laddove il metodo giurisprudenziale, dall'altro lato, svolge il ruolo corrispondente all'ordinaria funzione giurisdizionale, a maggior ragione se, oltre alle relazioni fra gli Stati, gli organi *de quibus* siano chiamati a risolvere controversie che, anche solo indirettamente, riguardino pure i diritti fondamentali degli individui[100].

Il fenomeno della tensione fra politica e interpretazione si propone, di conseguenza, anche nel contesto dell'ordinamento giuridico internazionale e, nella fattispecie, della CEDU e interessa in modo eguale e omogeneo tutti gli Stati contraenti, al di là della rispettiva tradizione giuridica. Esso, nondimeno, non solo rimane estraneo alle criticità derivanti dalla presenza formale di norme di *higher law*, ma presenta la particolare circostanza di fungere esso stesso, con modalità varie, da fonte sovraordinata rispetto al diritto degli Stati[101]. Nel sistema CEDU, inoltre, l'esecuzione

[99] Sul metodo convenzionale quale dato connotativo del diritto internazionale cfr. A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Milano, 1998, p. 95 s. p. 329 ss.

[100] In proposito, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 348 (e nella sentenza "gemella" n. 349) del 2007 ha precisato che «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa» (Punto 4.6 del Considerato in diritto).

[101] Il rapporto fra la CEDU e il diritto interno è variabile: in Austria essa ha l'efficacia della norma costituzionale, nel Regno Unito essa è stata incorporata nell'ordinamento (ad opera del *Human Rights Act* del 1998) e consente al giudice di notificare al Parlamento una *declaration of incompatibilty* di un atto legislativo o amministrativo rispetto alla CEDU, in Germania essa è fonte ausiliaria per l'interpretazione della Costituzione federale, negli ordinamenti scandinavi e nei Paesi Bassi, dove non esiste un controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, i giudici devono o possono disapplicare le leggi in contrasto

delle decisioni della Corte è essa stessa contenuto di un obbligo specifico, dotata – nel caso di mancato rispetto – di una potenziale sanzione affidata alla definizione da parte di un organo politico[102].

Se, dunque, non può farsi riferimento ad una gerarchia formale cui la CEDU possa ritenersi subordinata – a differenza di quanto a suo tempo rilevato con riguardo agli ordinamenti statuali (forniti o meno della disponibilità del *judicial review*) –, non potrebbe non riconoscersi che la CEDU non opera in un *vacuum* normativo e l'assenza di un ordine gerarchico nell'ordinamento giuridico internazionale non esclude il significato del riferimento ad una implicita affermazione di un rapporto di compatibilità e di strumentalità selettiva che il Preambolo della stessa CEDU opera nei confronti della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dell'ONU[103].

Si può osservare, altresì e con maggiore forza argomentativa, che il sistema CEDU è parte integrante e qualificata del quadro istituito dallo Statuto del Consiglio d'Europa e si trova pertanto a vivere un rapporto interattivo sostanziale con il patrimonio normativo ed assiologico che anima quel contesto. In questo ambito, una menzione particolare – *ratione materiae* – merita di essere espressa al ricco ed articolato contributo alla configurazione di un diritto europeo offerto dalla Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto (la Commissione di Venezia)[104]: anche in questo contesto, il diritto prevale sulla fonte positiva.

Queste ultime indicazioni si riflettono sul rilievo della titolarità esclusiva della funzione interpretativa della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo e, di conseguenza, sull'esistenza di margini significativi nel cui ambito la Corte stessa è in grado di individuare limiti non esplicitati all'efficacia uniformante del testo della

---

con la CEDU, in Italia essa ha il rango di norma interposta, subordinata alla Costituzione e sovraordinata alla legge ordinaria.

[102] Ricordiamo che l'art. 46 della CEDU ("*Binding force and execution of judgments*") prevede che «*1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties […] 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case*»).

[103] Si vedano infatti i relativi Considerando: «*Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948; Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared; Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms* […] ; *Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration* […]».

[104] In proposito si veda S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford and New York, 2020.

CEDU[105]. Il rilievo determinante del formante giurisprudenziale nel sistema CEDU – coerente con la natura stessa della funzione e, *mutatis mutandis*, simmetrico rispetto alle esperienze statuali – è confermato dal riconoscimento proveniente dagli organi di giustizia costituzionale italiano[106] e tedesco[107].

In questa prospettiva, può osservarsi che i limiti identificati in via interpretativa dalla Corte EDU vengono a svolgere il ruolo di equivalente funzionale di norme di *higher law* di origine giurisprudenziale, dotate dell'efficacia del precedente giudiziario.

L'osservazione conferma, del resto, la natura stessa della funzione di ogni organo giurisdizionale in ordine all'interpretazione delle disposizioni al fine di individuare sia la norma vigente ed applicabile alla controversia concreta, sia i suoi eventuali limiti.

È interessante osservare come, in tal senso, la Corte EDU abbia operato in modo del tutto significativo ed emblematico della configurazione interstatuale del sistema ed abbia, infatti, ricavato due serie di limiti strettamente legati all'esperienza normativa degli Stati contraenti. Il riferimento è a due parametri ermeneutici di origine giurisprudenziale quali il "margine nazionale di apprezzamento" e l'assenza di un "consenso europeo" in tema di definizione condivisa di taluni dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU.

Per quanto concerne il primo, ricordiamo che le sue origini sono correttamente qualificabili e qualificate come manifestazione di *self-restraint* elaborata dalla Corte stessa. Questa circostanza contribuisce a spiegare perché, in proposito, non possa parlarsi propriamente di una "dottrina" – come normalmente avviene – in quanto tuttora mancante di una propria elaborazione sistematica: il parametro del margine nazionale di apprezzamento soffre, infatti, sia di un'ampia latitudine di applicazione, ben percepibile *ratione materiae* (ad es., margini più stretti in ordine ai diritti civili e

---

[105] Si veda l'art. 32 CEDU ("*Jurisdiction of the Court*"): «*The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47*».

[106] Si veda la sentenza n. 348 della Corte costituzionale ("punto 4.6 del Considerato in diritto): «Poiché *le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo*, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia» (il corsivo è aggiunto).

[107] Si veda *Order of the Second Senate of 14 October 2004* (2 BvR 1481/04), in particolare il Punto 29 («*The authorities and courts of the Federal Republic of Germany are obliged, under certain conditions, to take account of the European Convention on Human Rights as interpreted by the ECHR in making their decisions*») e il Punto 32 «*The text of the Convention and the case-law of the European Court of Human Rights serve, on the level of constitutional law, as guides to interpretation in determining the content and scope of fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law*».

margini più estesi in tema di temi sensibili dal punto di vista etico e religioso), sia di un'auto-riduzione di tipo strutturale connessa al riconoscimento, da parte della Corte stessa, della maggiore idoneità di un organo giurisdizionale nazionale a conoscere di talune controversie[108].

Il secondo parametro ermeneutico evocato – l'accertata assenza di un "consenso europeo" – rappresenta una valutazione circa l'ammissibilità di interpretazioni diverse, da parte delle autorità degli Stati, della medesima disposizione della Convenzione, con una dinamica di tendenziale coincidenza fra l'esistenza di un consenso europeo e la conseguente assenza di un margine nazionale di apprezzamento, e viceversa. È interessante sottolineare come la ricerca dell'eventuale consenso europeo venga svolta dalla Corte con una ricognizione comparata delle esperienze costituzionali estesa a tutti gli Stati contraenti, volta ad individuare, ad esempio, l'efficacia interpretativa di soluzioni intermedie[109] nonché a riconoscere anche il rilievo delle dinamiche evolutive in corso[110].

In entrambi i casi, è agevole riconoscere come, nell'esercizio della sua funzione, la Corte di Strasburgo abbia di propria iniziativa dimostrato una notevole sensibilità verso l'esigenza di individuare aree di equilibrio fra l'uniformità europea e le diversità nazionali, individuando due parametri ermeneutici collegati alle diverse identità costituzionali degli Stati contraenti quali limiti di sistema all'efficacia dell'applicazione uniforme della Convenzione.

(ii) Un secondo ordine di fattori sistemici che incidono sulla relazione intercorrente fra gli indirizzi politici della legislazione e l'interpretazione giurisdizionale

---

[108] Ricordiamo, in proposito, che la Convenzione prescrive (art. 26.4) che «*there shall sit as an ex officio member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the High Contracting Party concerned. If there is none or if that judge is unable to sit, a person chosen by the President of the Court from a list submitted in advance by that Party shall sit in the capacity of judge*»; e limita le occasioni nelle quali il collegio giudicante possa non ricomprendere il giudice eletto in relazione a un'Alta Parte contraente: «*when sitting as a single judge, a judge shall not examine any application against the High Contracting Party in respect of which that judge has been elected*» (art. 26.3).

[109] In tal senso, ad esempio, si consideri come la Corte abbia individuato la figura dell'unione civile – nella diversità delle sue configurazioni di diritto positivo – quale soluzione per il riconoscimento giuridico delle forme familiari fra persone dello stesso sesso sulla quale esiste un sufficiente consenso europeo, a differenza di quanto avviene con la previsione di una disciplina del matrimonio paritario in ordine alla quale un consenso europeo non esiste (ancora). Diversamente, la mancanza di qualsivoglia riconoscimento viene reputata in contrasto con l'art. 8 CEDU ("*Right to respect for private and family life*"). Si veda il ragionamento della Corte EDU, a titolo indicativo, nei casi *Schalk and Kopf v. Austria* (2010), *Vallianatos and Others v. Greece* (2013), *Oliari and Others v. Italy* (2015).

[110] Si consideri il caso *Mazurek v. France* (2000) nel quale, in rapporto alla tutela del principio di eguaglianza dei figli di relazioni adulterine, «*the Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions* […] *Today the member States of the Council of Europe attach great importance to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights*» (Punto 49); e «*the Court notes, contrary to the Government's assertions* […] *a distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children. It cannot ignore such a tendency in its – necessarily dynamic – interpretation of the relevant provisions of the Convention*» (Punto 52).

è da rinvenire nella predisposizione, da parte del legislatore, di norme sull'interpretazione[111].

Nella Convenzione non è dato rinvenire alcuna esplicita prescrizione d'ordine interpretativo[112], come, al contrario, sono state significativamente scritte nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, fra l'approvazione del testo in sede di Conferenza Intergovernativa di Nizza nel 2000 e la sua deliberazione finale a Lisbona nel 2007[113].

La ragione dell'innovazione, adottata dall'Ufficio di Presidenza ("*Praesidium*") della Convenzione (e non da quest'ultima) è presumibilmente da ricondurre alla natura sovrannazionale del diritto dell'Unione a differenza della natura di diritto internazionale della CEDU. Del resto, lo stesso Ufficio di Presidenza ha anche adottato un corpo di Spiegazioni della Carta – articolo per articolo – alla quale ha dato

[111] Ovviamente di ben diversa natura sono i singoli limiti che le disposizioni prevedono in rapporto alla definizione dei vari diritti enunciati, che sono – essi stessi – soggetti ad interpretazione, tanto se configurati come limiti puntuali, quanto se, invece, sono congegnati attraverso norme di chiusura formulate con criteri generali il cui preciso contenuto sia suscettibile di precisazione interpretativa (ad es., si consideri il testo dell'art. 9.2 CEDU ("*Freedom of thought, conscience and religion*"): «*Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*».

[112] Un limite indiretto può essere individuato quando il testo della Convenzione richiama il diritto degli Stati, come ad es. fa l'art. 12 ("*Right to marry*"): «*Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right*».

[113] In particolare, la stessa rubrica dell'art. 52 è stata modificata in tal senso (dall'originario «Portata dei diritti garantiti» all'attuale «Portata e interpretazione dei diritti e dei principi»). Citiamo ancora tre esempi, il primo (art. 52.2), prescritto nella prospettiva di privilegiare il diritto positivo del testo («I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti»); il secondo, posto con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU (art. 52.3: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»), mentre il terzo (art. 52.4) è relativo al diritto degli Stati membri («Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»).

grande visibilità[114] e cui, nondimeno, non ha espressamente conferito efficacia normativa vincolante[115].

Un passo formale nella direzione di un intervento innovativo della Convenzione sull'interpretazione del testo è da rinvenire nella previsione di un riferimento esplicito al criterio del margine nazionale di apprezzamento nel Preambolo della Convenzione stessa, introdotto con il Protocollo n. 15 del 2013 ed entrato in vigore nel 2021. Esso recita: «*Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*»[116].

Da ultimo, facciamo riferimento alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969, in vigore dal 1980), nel cui Preambolo, fra l'altro, si legge che «*affirming that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law*», con indiretto riferimento alla sfera del diritto ("*justice*") e al principio di legalità ("*international law*"). Anche in questa occasione, il legislatore politico internazionale (gli Stati contraenti) introduce nel testo della fonte pattizia un corpo di norme sull'interpretazione, che sono certamente applicabili anche alla CEDU, come più volte riconosciuto dalla stessa Corte.

---

[114] Le Spiegazioni, infatti, sono menzionate sia nel Preambolo della Carta («In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea»); sia nel testo dell'art. 6.2 del Trattato sull'Unione Europea di Lisbona («I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»).

[115] Così precisa la premessa delle Spiegazioni stesse: «Le presenti spiegazioni erano state elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono ora state aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. *Benché non abbiano di per sé status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta*» (il corsivo è aggiunto).

[116] Nel Commentario del Protocollo si afferma: «*The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation*» (Punto 9).

Si veda la Sezione 3 ("*Interpretation of treaties*") della Parte III ("*Observance, application and interpretation of treaties*") con riferimento particolare all'art. 31 ("*General rule of interpretation*")[117] e all'art. 32 ("*Supplementary means of interpretation*")[118].

I parametri ermeneutici indicati fanno riferimento alla buona fede, ad un criterio oggettivo o letterale e logico-sistematico («*the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context*») e ad un criterio soggettivo o teleologico («*object and purpose*», ossia l'intento delle parti). La Convenzione di Vienna è, inoltre, molto accurata nel precisare le fonti cui l'interprete è obbligato a ricorrere («*shall be interpreted*», «*shall comprise*», «*shall be taken into account*») fra le quali, oltre al Preambolo e ai testi Annessi, ulteriori accordi intercorsi fra le Parti in relazione al trattato, nel cui contesto, ai fini rilevanti in questa sede, si collocano accordi o prassi successivi alla conclusione dell'atto pattizio e concernenti l'interpretazione di un trattato e l'applicazione di sue disposizioni.

La precisazione ci sembra utile per poter qualificare virtualmente la Dichiarazione di Chisinau quale fonte di un accordo di fatto indirizzato ad influenzare l'interpretazione e l'applicazione della CEDU.

Peraltro, se il ricorso alla Dichiarazione si configura come obbligatorio, occorre anche avvertire che il testo debba essere tenuto in conto (*taken into account*) – e dunque se ne dovrebbe dare conto nella motivazione di una sentenza della Corte EDU – pur sempre in senso sistematico («*together with the context*») e in conformità con la *general rule of interpretation*, e pur sempre ricordando che la finalità principale della Convenzione si conferma essere la tutela dei diritti fondamentali degli individui dalle violazioni della CEDU poste in essere dagli Stati contraenti.

La Convenzione di Vienna include anche altre fonti di riferimento eventuale o facoltativo («*recourse may be had*») ai fini dell'interpretazione di un trattato, fra le quali sono menzionati i lavori preparatori e le circostanze della sua conclusione: queste ultime possono diventare rilevanti in tanto in quanto esse siano state superate dal corso degli eventi (come affermato con vigore dalla Lettera aperta) e sollecitino, di conseguenza, un adattamento dell'approccio interpretativo.

---

[117] Questo è il testo: «*1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty* shall comprise*, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There* shall *be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning* shall be *given to a term if it is established that the parties so intended*».

[118] Il cui testo stabilisce che «*recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; (b) or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable*».

La Corte EDU ha riconosciuto l'applicabilità della Convenzione di Vienna nell'interpretazione della Convenzione EDU e, tuttavia, ha anche sottolineato l'eccezionalità di quest'ultima. In proposito, si è osservato che «*the 'special character' of the Convention can thus be summed up as the following: in the interpretation of the ECHR, the restrictive approach to state obligations is abandoned in favour of understanding duties objectively, and in accordance with its 'object and purpose' effective interpretation is to be applied. Furthermore, the Court perceives the Convention 'as a constitutional instrument of European public order (ordre public) adding a constitutionalist vision to its role in the European legal space*»[119].

(iii) Un ulteriore fattore destinato ad influire sull'interpretazione della CEDU e sulle relative rivendicazioni da parte degli Stati è rappresentato dalla specialità delle circostanze storiche ed ambientali che caratterizzano le controversie concrete poste all'attenzione della Corte di Strasburgo e che si riflettono sull'applicazione della CEDU. Già in precedenza si è richiamata la realtà dei regimi normativi derogatori previsti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati contraenti e ammessi e disciplinati anche nel sistema CEDU dall'art. 15 della Convenzione.

La giurisprudenza della Corte in proposito si è ispirata ad un orientamento prevalente di equilibrio fra la tutela dei diritti individuali e il riconoscimento condizionato e motivato della conformità convenzionale degli atti di limitazione e repressione degli Stati[120]. In altre parole, il richiamo dell'art. 15 CEDU da parte degli Stati si è tradotto tanto in una validazione dei regimi derogatori in nome del margine nazionale di apprezzamento – e dunque della *better position* dei governi nazionali nella valutazione – circa la loro necessità nelle circostanze date, quanto in una verifica dell'osservanza dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nella determinazione di atti e provvedimenti da parte degli Stati[121], nonché dei limiti materiali[122] e procedurali – quale la previa e tempestiva comunicazione al Segretario Generale[123]– prescritti dall'art. 15 CEDU.

Anche questo ambito, pertanto, conferma una tendenziale omologazione della tutela convenzionale dei diritti fondamentali con i caratteri definitori del

---

[119] Così in E. Polgári, *The Role of the Vienna Rules in the Interpretation of the ECHR A Normative Basis or a Source of Inspiration?,* in *Erasmus Law Review*, 2021, p. 86, cui si rinvia per un'articolata trattazione del rilievo della Convenzione di Vienna nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

[120] Si rinvia in proposito a F. Donati – P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea – A. Spadaro – M. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.

[121] Si prescrive, infatti, che l'adozione degli atti restrittivi sia circoscritta «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda».

[122] Si precisa che non sono ammissibili deroghe alla disposizione di cui agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 par. 1 (divieto di riduzione in schiavitù) e 7 CEDU (principio del *nulla poena sine lege*).

[123] Le condizioni di opponibilità dell'art. 15 sono connesse ad obblighi di comunicazione al Segretario Generale che garantiscano l'integrale pubblicità ("nel modo più completo"), la motivazione, la durata degli atti in parola.

corrispondente fenomeno negli ordinamenti costituzionali statuali. La circostanza conferma la sua rilevanza nella prospettiva – più volte evidenziata – della dinamica di costituzionalizzazione del diritto del sistema CEDU e, in particolare, del suo formante giurisprudenziale.

5. Rilievi finali

L'adozione di due documenti politici di critica della giurisprudenza della Corte EDU in tema di immigrazione e di asilo si presta a sollecitare, in questo ambito ordinamentale, una riflessione sull'interazione fra direzione politica attraverso la legislazione e applicazione giurisdizionale, previa interpretazione, di quella legislazione. Occorre anche precisare la specificità del contesto interattivo nel quale la fonte legislativa *de qua* è costituita dalle norme sui diritti fondamentali poste dalla CEDU di natura materialmente costituzionale. Tale interazione si svolge nel contesto di un'organizzazione stabile fondata su fonti di diritto internazionale – la CEDU – che hanno istituito un organo di natura giurisdizionale – la Corte EDU – la cui giurisprudenza è destinata a produrre effetti vincolanti per gli Stati membri di quel sistema. Si tratta di un assetto di giurisdizione meta-sovrana che, nel corso della storia dello Stato-nazione, si conferma essere ancora originale ed innovativo e, pertanto, idoneo a provocare contrasti e resistenze.

L'indipendenza e la terzietà dei giudici di quella Corte rispetto agli interessi delle parti delle controversie loro sottoposte riproducono un quadro di rapporti tipico della funzione giurisdizionale di ordinamenti costituzionali che condividono la medesima matrice liberaldemocratica (secondo il carattere della *like-mindedness*) e rappresentano la premessa strutturale perché l'applicazione previa interpretazione da parte dell'organo giurisdizionale possa non coincidere con l'interesse di una delle parti contrapposte nel giudizio, segnatamente uno degli Stati contraenti, potenzialmente destinato ad essere riconosciuto aver violato la Convenzione. Tali osservazioni valgono con riguardo tanto alle controversie fra Stati (art. 33 CEDU, "*Inter-State cases*"), quanto, e a maggior ragione, a quelle individuali (art. 34 CEDU, "*Individual applications*").

Si tratta di uno scenario contenzioso di natura internazionale sostanzialmente non dissimile da quello che si presenterebbe se esso si connotasse con i caratteri di un ordinamento statuale, fatta eccezione per l'identità statuale di (almeno) una delle Parti. Non vi sono dati strutturali che incidano in modo chiaro ed evidente sulla simmetria dei due scenari – statuale interno e interstatuale – e questa circostanza suggerisce di impostare la riflessione in argomento facendo ricorso a categorie e parametri di valutazione tendenzialmente omogenei, anche in ragione della condivisione della natura costituzionale degli interessi coinvolti – i diritti fondamentali degli individui – e della funzionalità dell'indipendenza del giudice rispetto alla tutela di questi ultimi.

Nondimeno, occorre rilevare che, in questo contesto, alla dialettica tradizionale fra politica e giurisdizione si aggiunge quella fra sovranità degli Stati e giurisdizione

internazionale. Il contesto si arricchisce, di conseguenza, di una dimensione di intensa politicità che, benché non riflessa dal quadro normativo formale, è destinata ad incidere su di esso in misura varia, che risente – verosimilmente, come già suggerito – della portata ancora in parte innovativa del fenomeno della giurisdizione internazionale dei diritti dell'uomo. Si tratta, infatti, di una duplice sfida alla sovranità tanto interna che internazionale dello Stato nazione, non sorretta da una fonte costitutiva di un assetto di tipo gerarchico.

L'analisi giuridica, di conseguenza, deve mediare fra le esigenze del metodo che le sono proprie e quelle della sensibilità per la realtà delle sovranità statuali, che non sembrano inclini a rinunciare, da un lato, alla celebrazione dichiarativa della virtù liberale – e della sua immagine – e, dall'altro, alla rivendicazione realistica dell'esercizio del potere.

Queste note di inquadramento introduttivo ci consentono ora di procedere schematicamente ad alcuni rilievi finali in conclusione di un lungo ragionamento, che – deliberatamente – non ha trascurato il richiamo testuale degli atti politici considerati.

(i) I due documenti politici qui considerati sono una Dichiarazione adottata per consenso da parte del Comitato dei Ministri istituito nel sistema CEDU (2026), preceduta da una Lettera aperta sottoscritta da nove Stati contraenti che l'hanno promossa (2025). L'evidente rapporto di causa ed effetto tra i due – benché la Dichiarazione non faccia alcuna menzione della prima – si qualifica come una palese conferma della condivisione di fondo delle istanze rappresentate dalla Lettera aperta. Allo stesso tempo, occorre segnalare come, al tono politicamente più aggressivo di quest'ultima, la Dichiarazione abbia sostituito uno stile diplomaticamente più equilibrato, prudentemente ripetitivo di indicazioni e raccomandazioni già più volte espresse in sedi analoghe, tecnicamente propositivo e istituzionalmente attento alle esigenze di mediazione fra gli Stati contraenti e la Corte di Strasburgo (non a caso il testo era stato preparato ad opera dello *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, su mandato del Comitato dei Ministri).

Il fatto stesso che si tratti, dunque, del risultato di un'opera di mediazione implica che la Dichiarazione abbia formalizzato la realtà politica di una priorità condivisa da parte degli Stati contraenti quanto all'aspirazione ad una gestione del fenomeno migratorio e delle richieste di asilo senza l'impatto contrario dell'intervento della Corte EDU. Del resto, non può ignorarsi che ci si trova di fronte ad un atto intrinsecamente politico, preparato in sede tecnica ma di natura intergovernativa e adottato da un organo politico.

Inoltre, deve ancora notarsi come – tanto nella Lettera aperta quanto nella Dichiarazione di Chisinau – si ometta, anche solo a titolo esemplificativo, ogni riferimento puntuale alle decisioni della Corte in materia: evidentemente, vi è un implicito richiamo delle corrispondenti motivazioni di parte presentate in sede di procedimento giudiziario e, in quella sede, risultate soccombenti. In altre parole, la parte perdente imputa l'esito negativo alla deliberazione dell'arbitro, senza farsi carico del merito della sua motivazione.

Ancora: si invoca la difficoltà di governo del fenomeno migratorio ma si tace sull'omessa adozione di atti interni di qualificazione formale di quelle difficoltà con i connotati di un'emergenza che consenta l'opposizione processuale dell'art. 15 della CEDU e delle correlate esenzioni dalla puntuale applicazione delle disposizioni della Convenzione. Da parte degli Stati si rivendica la fruizione di un assetto di applicazione della CEDU di portata restrittiva o addirittura derogatoria, senza però l'assunzione dell'onere di ricorrere sovranamente e responsabilmente ad una dichiarazione di emergenza. Si investe, piuttosto, sull'incorporazione di un assetto di emergenza di fatto all'interno delle nozioni di margine nazionale di apprezzamento e di posizione preferenziale (il parametro della "*better position*") degli organi di governo nazionali.

Si tratta di rilievi critici che, nondimeno, non possono non tener conto del fatto che il fenomeno cui essi si rivolgono è riconducibile ad una dinamica ormai consolidata: occorre osservare, infatti, che la Dichiarazione di Chisinau si pone concettualmente del tutto in linea con il cosiddetto Processo di Interlaken, avviato nel 2010 con la relativa Dichiarazione, al fine di inquadrare le modalità di gestione del crescente altissimo aumento quantitativo delle controversie giacenti presso la Corte, idoneo a compromettere il valore della tempestività delle sue decisioni.[124] Il richiamo alla sussidiarietà e alla responsabilità condivisa nell'applicazione della CEDU, in altre parole, nasce nella prospettiva di ausilio della Corte e del sistema CEDU e non al fine di elaborare una strategia di contenimento del ruolo della Corte e di ridimensionamento del sistema CEDU.

A partire da quell'evento e da quella prospettiva più circoscritta, infatti, vi è stata una successione di incontri ad alto livello con relativi documenti conclusivi che, con linguaggio felpato e toni equilibrati, hanno manifestato un crescendo di perplessità – se non di vera e propria ostilità – nei confronti della Corte di Strasburgo e del suo asserito *judicial activism*[125].

---

[124] Per una raccolta degli atti rilevanti cfr. il documento del Consiglio d'Europa, *The Interlaken Process. Measures taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2020.

[125] Si tratta delle Dichiarazioni di Izmir (2011), di Brighton (2012), di Bruxelles (2015), di Copenhagen (2018), di Reykjavik (2023). È stato osservato, con riguardo alla Dichiarazione di Copenhagen, che «cresce il numero di ordinamenti che *resistono* alla giurisprudenza della Corte EDU […] e che spingono per soluzioni politiche ufficiali a favore di un *contenimento* del suo ruolo» e si è parlato, in proposito, di «rivendicazioni nazionalistiche» che hanno generato «un insidioso terreno di scontro», in D. Tega, *Politica e Corte EDU dopo la Conferenza di Copenaghen*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 715 ss. Più di recente, a commento della riunione al vertice di Reykjavik, si è ricordato che «*another idea that has been mooted is to amend the Convention for some, but not all states. This implies a proposal for an additional protocol to the ECHR (or an "interpretation protocol" as it has also been referred to) that is optional for states and has the intention of restricting the Court's interpretation of existing Convention rights in cases involving those states. This would lead to the Court having to interpret the same provision differently for different states, even in similar cases. This would be unprecedented and would be highly problematic because it would lead to exactly the type of legal uncertainty and contradictions that states themselves have always sought to avoid. It would also undermine the objective of achieving "greater unity", under the Statute on which the CoE is based*», da A. Donald – A. Forde, *Reinforce, Reform or Rupture? The Future of the European Convention on Human Rights*, in www.ejiltalk.org, October 29, 2025.

Nel testo delle corrispondenti Dichiarazioni, gli Stati, pur reiterando il perdurante sostegno alle finalità della CEDU e il continuo apprezzamento per l'attività della Corte, attraverso una marcata enfasi sul principio di sussidiarietà, sulla responsabilità condivisa quanto all'attuazione della CEDU, sulla dilatazione della portata del margine nazionale di apprezzamento (non a caso formalizzato nel testo del Preambolo) hanno progressivamente inteso trasferire il baricentro della tutela dei diritti dalla sfera europea a quella nazionale[126].

In altre parole, il sospetto è che al processo di europeizzazione della tutela dei diritti fondamentali generato nella fase della rinascita liberale del continente nella seconda parte del secolo scorso possa succedere un processo inverso di ri-nazionalizzazione nell'attuale fase di regressione democratica e di declino del principio di *rule of law*.

Potrebbe essere significativo leggere criticamente e realisticamente l'incremento di centralità e pervasività del criterio del margine nazionale di apprezzamento in giustapposizione all'assetto prescelto dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'ASEAN (2012), secondo il quale «*All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds*» (Punto 7 dei Principi generali). Sembra interessante notare una tendenziale convergenza fra due assetti di enunciazione e garanzia dei diritti fondamentali che hanno istituito – o meno – un organo giurisdizionale per la soluzione di controversie individuali.

(ii) È dunque indispensabile collocare i due atti politici qui considerati – la Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau – sullo sfondo di un processo che vede riaffermarsi la duplice contrapposizione fra la centralità europea e le sovranità statuali, da un lato, e l'interpretazione giurisdizionale e l'interferenza della politica, dall'altro.

La concezione della *ratio* della funzione giurisdizionale manifestata da tale contrapposizione sembra essere, più che l'interpretazione indipendente delle disposizioni normative e di applicazione del diritto, quella di un'interpretazione guidata delle prime e di puntuale esecuzione degli indirizzi politici espressi – con maggiore o minore precisione – attraverso le fonti positive. Una concezione degli organi giurisdizionali quali "statisti giudiziari", i quali si fanno carico delle esigenze di merito del sistema e si rivelano sensibili alle priorità di una democrazia che si difende e, in questo ambito, all'ipotesi dell'abuso del diritto individuale[127]. In proposito, è

[126] Sui vari e complessi aspetti di tale dinamica si rinvia a O. M. Arnardottir – A. Buyse (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking relations between the ECHR, EU, and national legal orders*, London, 2016.

[127] Utile richiamare in argomento l'art. 17 CEDU ("*Prohibition of abuse of rights*"): «*Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention*».

opportuno ricordare che la Corte di Strasburgo ha dimostrato di non essere insensibile anche a questa circostanza ma senza rinunciare all'applicazione di parametri di verifica rigorosi[128].

La prospettiva del pericolo di strumentalizzazione del fenomeno migratorio da parte di Stati ostili è presente nella Dichiarazione di Chisinau – benché enunciata con toni piuttosto sommessi e in qualche modo marginale – e dunque occorre riconoscere che essa deve essere tenuta in seria considerazione in sede di governo di tale pericolo per la sicurezza (che, peraltro, deve essere distinto dai casi individuali di cui si occupa la Corte). Paradossalmente, la concezione di "giudici statisti" sopra indicata viene delineata nel testo stesso della Dichiarazione quando si afferma che «*the States Parties look forward to receiving guidance from the Court regarding the application of the Convention in this context*» (Punto 40).

Al di là dei rilievi critici qui formulati, è evidente che una valutazione completa degli effetti della Dichiarazione di Chisinau deve essere affidata al seguito che le sue indicazioni e raccomandazioni riceveranno, sia per quanto concerne l'effettiva applicazione della CEDU da parte dei giudici nazionali che, ad esempio, con riguardo alla concretizzazione dell'intervento coordinato da parte degli Stati in qualità di terzi nei procedimenti in materia di fronte alla Corte, anche al fine di consolidare l'emersione di un significativo consenso europeo all'adozione di criteri restrittivi[129].

Ma, con tutta evidenza, la valutazione più autorevole della portata della Dichiarazione non potrebbe provenire che, implicitamente, attraverso la futura giurisprudenza di settore della Corte di Strasburgo stessa[130].

---

[128] Si è osservato che «[…] *the ECtHR reiterated that democracy constitutes a fundamental element of the "European public order." Given the clear connection between the Convention and democracy, no one should be permitted to invoke its provisions to undermine or destroy the ideals and values of a democratic society. Consequently, to ensure the stability and effectiveness of a democratic system, a state may need to take specific measures to protect itself. However, whenever a state intends to invoke the principle of "a democracy capable of defending itself" to justify interference with individual rights, it must carefully assess the scope and consequences of the proposed measures*», in V. Soneca, *Rodina and Borisova v. Latvia And The Principle Of Self-Defending Democracy: Introduction, in VerfBlog,* 2025/8/06.

[129] La prospettiva è approfondita in M. Ávila Currás, *From dialogue to strategy in migration cases: Third-party interventions by states as a risky patch to a systemic tension*, in *Strasbourg Observers*, August 19, 2025.

[130] Nondimeno, è stato scritto che «*focusing solely on the text of the Declaration, there is no reason for the Court to change its migration case law*», in L. R. Glas – K. Istrefi – A. Buyse – C. Heri, *Open-Minded or Open-Ended? The Chișinău Declaration on the ECHR and Migration,* in *EHRC Blog,* May 15, 2026, p. 12.

***

Abstract: The article examines the tension between judicial interpretation and political decision-making within the ECHR system, focusing on the Open Letter signed by nine States in 2025 and the 2026 Chisinau Declaration. It reconstructs the criticism directed at the case law of the European Court of Human Rights concerning migration and asylum and considers the role of subsidiarity, the national margin of appreciation and the rules of treaty interpretation. Although both documents formally reaffirm the Court's independence, they reveal an attempt by the States to influence the interpretation of the Convention and to shift the centre of gravity of human rights protection back to the national level.

Keywords: European Convention on Human Rights - European Court of Human Rights - treaty interpretation - migration and asylum - margin of appreciation - judicial independence - Chisinau Declaration.

***

Roberto Toniatti – Professore emerito di diritto costituzionale comparato, Università di Trento (roberto.toniatti@unitn.it)