



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

# Diritto e società plurale: questioni aperte

*a cura di*

**Natascia Marchei e Stefania Ninatti**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Milano-Bicocca

---

*Direttore:*

Loredana Garlati

*Comitato editoriale:*

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

# Diritto e società plurale: questioni aperte

*a cura di*

Natascia Marchei e Stefania Ninatti



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0574-2

ISBN/EAN 979-12-211-8075-6 (ebook - pdf)

*Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.*

*L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

# INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE	
<i>Natascia Marchei e Stefania Ninatti</i>	IX
ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI E ATTIVITÀ ECONOMICHE DI RILIEVO TRANSFRONTALIERO. LO STATO DELL'ARTE DELL'ART. 17.1 TFUE FRA TRATTAMENTI NAZIONALI DI FAVORE E MERCATO INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA	
<i>Andrea Cesarini</i>	
1. Introduzione. Di nuovo intorno al consolidarsi di un “diritto ecclesiastico europeo”	1
2. Il caso <i>Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR c. Bildungsdirektion für Vorarlberg</i> (C-372/21). Breve riassunto della vertenza e dei quesiti pregiudiziali	4
3. La complessa vicenda interpretativa del primo paragrafo dell'art. 17 TFUE: da argine assoluto alla competenza dell'Unione europea a canone espressivo di un interesse (anche eurounitario) suscettibile di un bilanciamento ragionevole e proporzionato	11
4. I termini del bilanciamento e i loro criteri di composizione. La disciplina nazionale di riconoscimento degli enti esponenziali delle confessioni religiose e la sua sindacabilità (implicitamente ammessa) alla stregua delle norme del mercato interno dell'Unione europea	15
5. Conclusioni	21

LA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE  
TRA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA  
DELLE ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA  
E PROTEZIONE DEI DIRITTI DEL LAVORATORE

*Alessandro Cupri*

- |  |    |
|--|----|
| 1. La nozione di “organizzazione di tendenza”: l'appartenenza religiosa quale requisito essenziale e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa        | 25 |
| 2. Rapporti di lavoro e organizzazioni di tendenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: uno sguardo d'insieme                             | 30 |
| 3. ( <i>Segue</i> ) le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il (labile) confine tra obbligo di lealtà ideologica e discriminazione del dipendente | 35 |
| 4. La tutela religiosa delle organizzazioni di tendenza tra luci e ombre nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali: quale bilanciamento?                       | 40 |

LA TURCHIA POST-GOLPE  
ALLA PROVA DEL PLURALISMO: IL CASO KAVALA

*Marco Galimberti*

- |  |    |
|--|----|
| 1. Introduzione  | 45 |
| 2. Cronaca di un'odissea giudiziaria annunciata                        | 47 |
| 3. Il caso Kavala nel contesto: esiste ancora un giudice a Strasburgo? | 52 |
| 4. <i>Quo vadis</i> , Ankara?  | 56 |

I TEMPI DELL'EMERSIONE.  
OVVERO DELLA COMPLESSA RELAZIONE  
TRA MIGRANTI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

*Luca Galli*

- |   |    |
|---|----|
| 1. Pluralismo e amministrazione: un'introduzione  | 59 |
| 2. Quale termine per i procedimenti di emersione?   | 61 |
| 3. Certezza nel tempo dell'azione amministrativa e pubblici interessi   | 65 |
| 4. ( <i>Segue</i> ) certezza nel tempo dell'azione amministrativa e interessi privati                           | 68 |
| 5. Collaborazione mancata o colpevolizzazione ingiusta: brevi conclusioni sui rapporti migranti-amministrazione | 73 |

LA STERILIZZAZIONE FORZATA DELLE DONNE ROM:  
INTERSEZIONI SENZA VOCE DAVANTI ALLA CORTE EDU

*Giovanna Gilleri*

1. Introduzione	79
2. Un divieto internazionalmente sancito	85
3. Tre casi simili a Strasburgo	90
4. Quello che c'è	93
5. Quello che manca	96
6. Conclusione	101

LA REVOCA DELLA CITTADINANZA  
FRA SICUREZZA NAZIONALE  
E TUTELA DEL PLURALISMO

*Chiara Graziani*

1. Introduzione	103
2. Il caso <i>Begum</i> dinanzi le corti britanniche	106
2.1. La disciplina britannica della revoca della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale	106
2.2. I fatti e l' <i>iter</i> processuale del caso <i>Begum</i>	108
3. La revoca della cittadinanza in prospettiva comparata	112
4. La revoca della cittadinanza e il pluralismo: le principali sfide	114

VECCHI E NUOVI CONFLITTI DI LEALTÀ:  
INEDITE FORME DI PLURALISMO PER IL MINORE  
NELLA CRISI FAMILIARE

*Alessandro Negri*

1. Introduzione: la (paradossale) attuale irrilevanza giuridica dei classici conflitti di lealtà	117
2. Una nuova (impropria) concezione di conflitto di lealtà: il minore nella crisi familiare	122
3. L'ascolto del minore alla luce della riforma c.d. Cartabia; conclusioni sul rinnovato protagonismo del conflitto di lealtà	128



IL TRATTAMENTO GIURIDICO  
DEL DOCENTE DI RELIGIONE NEI SISTEMI REGIONALI  
DI PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI

*Tania Pagotto*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. La libertà religiosa: terreno elettivo di <i>jurisprudential cross-fertilization</i> | 135 |
| 2. Parola alla Corte ADU: il caso <i>Pavez Pavez vs. Chile</i> (2022)                   | 139 |
| 3. Parola alla Corte EDU: il caso <i>Fernández Martínez vs. Spain</i> (2014)            | 146 |
| 4. Limiti e opportunità delle contaminazioni tra sistemi                                | 151 |

AZIONE PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.  
L'OBBLIGO DI SVOLGERE INVESTIGAZIONI EFFETTIVE  
E LA PERSECUZIONE DEGLI "HATE CRIMES"

*Luca Pressacco*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale                          | 155 |
| 2. L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo | 158 |
| 3. Investigazioni effettive e divieto di discriminazione  | 162 |
| 4. La questione dell'onere della prova  | 166 |
| 5. Notazioni conclusive   | 168 |

I DIRITTI POLITICI DELLE MINORANZE  
ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE

*Edin Skrebo*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Diritti elettorali e minoranze: alcune coordinate generali   | 171 |
| 2. Il diritto elettorale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e nei suoi Protocolli | 176 |
| 3. Diritto elettorale e minoranze nella giurisprudenza della Corte EDU: alcuni casi emblematici   | 183 |
| 3.1. <i>Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina</i>  | 183 |
| 3.2. <i>Podkolzina c. Lettonia</i>  | 186 |
| 3.3. <i>Tănase c. Moldavia</i>  | 189 |
| 3.4. <i>Bakirdzi e E. C. c. Ungheria</i>  | 194 |
| 4. Conclusioni  | 197 |

pag.

IL DIRITTO ALLO STUDIO TRA OBIETTIVI  
DI INTEGRAZIONE EUROPEA E DISCREZIONALITÀ STATALE.  
IL CASO DELLA SEGREGAZIONE SCOLASTICA

*Nadia Spadaro*

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Il pluralismo come ideale costitutivo delle democrazie occidentali e il ruolo cruciale dell'istruzione nella sua realizzazione | 201 |
| 2. La prospettiva sovranazionale sul diritto all'istruzione   | 204 |
| 3. ... e sul divieto di discriminazione   | 206 |
| 4. La segregazione scolastica in Europa   | 209 |
| 5. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di segregazione scolastica   | 212 |
| 6. Il caso <i>Szolcsan c. Ungheria</i>  | 215 |
| 7. Considerazioni conclusive  | 216 |



## PREFAZIONE

Il volume *Diritto e società plurale: questioni aperte* nasce nell'ambito del Progetto "Diritto e società plurale – Law and Pluralism" che ha consentito al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca l'inserimento tra i 15 Dipartimenti giuridici nazionali qualificati come eccellenti dal MIUR per gli anni 2017-2022.

Tra le numerose attività previste nel progetto e realizzate dal Dipartimento, nel quinquennio di riferimento, si inserisce la creazione dell'"Osservatorio di diritto e società plurale" ([www.lawpluralism.unimib.it](http://www.lawpluralism.unimib.it)) che è nato come una banca dati della giurisprudenza europea e nazionale sui temi del pluralismo politico, etnico, religioso e culturale.

In poco tempo, grazie all'entusiasmo e alla creatività di un gruppo di giovani studiosi – assegnisti, dottorandi e giovani ricercatori – guidati da alcuni docenti del Dipartimento, l'Osservatorio ha gradualmente assunto una nuova veste, si è arricchito di contenuti originali e di obiettivi inediti fino a diventare il nucleo propulsivo di un vero e proprio gruppo di ricerca che ha realizzato molteplici iniziative.

Questo volume è uno dei risultati di questa ricerca e raccoglie i lavori di alcuni di questi giovani studiosi.

Tutti i contributi, partendo da una o più pronunce giurisprudenziali e, quindi, da situazioni anche molto lontane tra loro, hanno affrontato il macrotema della gestione delle differenze politiche, etniche, religiose e culturali con l'obiettivo di interpretare i possibili o probabili conflitti nell'ottica della costruzione di società plurali e, quindi, inclusive.

Non a caso, proprio per dare enfasi a questo obiettivo ambizioso, il sito dell'Osservatorio si apre con una citazione particolarmente eloquente: "Quando perdiamo il diritto di essere differenti, perdiamo il privilegio di essere liberi" (Charles E. Hughes).

La ricerca della libertà e dell'eguaglianza nella diversità è, dunque, il filo rosso che lega tutti questi contributi, pervasi dalla convinzione che il pluralismo sia un bene da difendere sempre e comunque.

*Le Curatrici*



# AZIONE PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. L'OBBLIGO DI SVOLGERE INVESTIGAZIONI EFFETTIVE E LA PERSECUZIONE DEGLI “HATE CRIMES”

*Luca Pressacco*

SOMMARIO: 1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale. – 2. L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – 3. Investigazioni effettive e divieto di discriminazione. – 4. La questione dell'onere della prova. – 5. Notazioni conclusive.

## *1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale*

Com'è noto, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo si è realizzata una significativa evoluzione a proposito della funzione che la materia penale svolge per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Questo mutamento è dovuto soprattutto all'emersione, accanto ai tradizionali “obblighi negativi” – consistenti nel dovere per gli apparati statali di astenersi dal commettere atti direttamente lesivi delle garanzie sancite dalla Convenzione europea –, dei cosiddetti “obblighi positivi”, che prefigurano altrettanti doveri di intervento delle autorità pubbliche in funzione di tutela dei diritti medesimi, affinché siano rimossi gli ostacoli che ne impediscono il pieno godimento<sup>1</sup>.

La Corte di Strasburgo ha delineato, in particolare, due tipologie di intervento che gli Stati contraenti sono tenuti a effettuare in virtù del dettato pattizio, chiarendo che i suddetti “obblighi positivi” operano sia nella dimen-

---

<sup>1</sup>Per una panoramica generale sul tema, v. l'ampia trattazione svolta da F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, p. 75 ss. Una discussione approfondita intorno ai fondamenti politici e giuridici dei cosiddetti “obblighi positivi” si può trovare in D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londra-New York, 2012, p. 14 ss.

sione “sostanziale” (preventiva), sia nella dimensione “procedurale” (repressiva)<sup>2</sup>.

Sul primo versante, gli Stati contraenti sono vincolati a predisporre un sistema normativo idoneo a prevenire le offese ai diritti fondamentali, anche mediante l'introduzione di fattispecie incriminatrici adeguate, qualora le sanzioni penali appaiano come le uniche realmente efficaci e dissuasive, in considerazione sia del rango dei beni giuridici coinvolti, sia delle specifiche modalità dell'offesa arrecata ai primi<sup>3</sup>.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, quando sorge il sospetto che un'offesa siffatta si sia realizzata, le autorità competenti sono obbligate a svolgere un'indagine effettiva per ricostruire gli eventi di cui si ipotizza l'illiceità penale, al fine di individuare e perseguire i soggetti che ne siano eventualmente responsabili<sup>4</sup>.

Il presente contributo è dedicato specificamente all'analisi di quest'ultimo vincolo procedurale, il cui significato non è sfuggito alla dottrina più avvertita, che ne ha colto immediatamente le implicazioni sistematiche, considerate sotto diverse angolazioni visuali.

In una prospettiva orientata alla cooperazione tra gli Stati che aderiscono al

<sup>2</sup> Per una chiara esposizione della distinzione in esame, nell'ambito della letteratura più recente, v. M.M. SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, pp. 470-474.

<sup>3</sup> Al riguardo, v. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 61: “L'adempimento di tali obblighi positivi incombe su tutte le articolazioni dei poteri statali, e dunque – per quanto di sua competenza – anche sul potere legislativo, che è tenuto a conformare la legislazione vigente in modo da offrire una tutela effettiva (sul versante preventivo e su quello repressivo) ai diritti di fonte CEDU: se necessario, attraverso l'emanazione di apposite norme incriminatrici a tutela di essi. In effetti – fermo restando che, in linea di principio, la scelta su quali strumenti sanzionatori adottare per la tutela dei diritti fondamentali rientra nella discrezionalità di ogni singolo Stato – la Corte europea ha in varie occasioni ritenuto che lo Stato resistente avesse violato i propri obblighi positivi di tutela del diritto di volta in volta in questione omettendo di predisporre (adeguate) sanzioni di carattere penale per la violazione del diritto medesimo. Il che si traduce, in pratica, nell'affermazione di un obbligo di incriminazione a carico dello Stato relativamente a tale violazione” (corsivi dell'Autore).

<sup>4</sup> Sul fondamento di tale obbligo procedurale positivo, cfr. L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed “equità processuale”. Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, p. 106: “La tutela di beni giuridici particolarmente delicati, elevabili al rango di diritti dell'uomo, presuppone infatti la presenza nel sistema interno non solo di idonee norme incriminatrici, ma anche di appropriati ed efficienti meccanismi di accertamento dei reati. La concreta impossibilità di perseguire e punire il ‘reo’ può altrimenti determinare una lesione dei diritti umani delle vittime. Più precisamente, tale lesione ricorre ogni qualvolta le autorità investigative di fatto non provvedano diligentemente a svolgere indagini celeri, effettive e imparziali in relazione a fatti criminali che abbiano comportato il pregiudizio di diritti essenziali”. Per ulteriori approfondimenti sul punto, v. *infra*, par. 2.

Consiglio d'Europa, si è sottolineato che, in tal modo, sono state estese le forme di controllo internazionale "in merito alle attività inerenti all'amministrazione della giustizia penale, pur senza porre formalmente in discussione la discrezionalità statale nell'esercizio della potestà punitiva"<sup>5</sup>.

Nella riflessione processualistica, invece, si è posto in evidenza come l'obbligo di svolgere indagini effettive circa le violazioni dei diritti fondamentali della persona non sia diretto soltanto a garantire una protezione efficace dei beni giuridici oggetto di tutela<sup>6</sup>, bensì anche il principio di eguaglianza di fronte agli organi di giustizia. La norma internazionale in questione, pertanto, svolge – *mutatis mutandis* – una funzione analoga a quella propria dell'art. 112 Cost. che, nell'ordinamento giuridico italiano, sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>7</sup>. D'altra parte, essa non è priva di ricadute nemmeno per gli ordinamenti processuali ispirati all'opposto principio della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, poiché impedisce che la libertà riconosciuta agli organi requirenti possa spingersi fino al punto di rinunciare (più o meno surrettiziamente) alla persecuzione delle violazioni più significative dei diritti fondamentali riconosciuti dal dettato pattizio<sup>8</sup>.

Se, come si è anticipato, l'obbligo di svolgere indagini effettive in ordine alle gravi violazioni dei diritti fondamentali costituisce un approdo ormai consolidato nella giurisprudenza europea, in questa sede preme sottolineare alcuni sviluppi recenti, che si innestano coerentemente su questo orientamento ermeneutico, precisandone taluni profili. Il contributo si sofferma sull'approccio propugnato dalla Corte di Strasburgo nei confronti dei crimini ispirati dall'odio e dal pregiudizio (cosiddetti "*hate crimes*") e, in special modo, sul ruolo che – in tale

---

<sup>5</sup>In questa direzione, v. ancora F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., p. 272.

<sup>6</sup>Sul punto, v. M. CHIAVARIO, *Il «diritto al processo» delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 946, il quale osservava che, da questo punto di vista, "l'inadeguatezza delle indagini penali diventa una specie di 'sintomo' del mancato rispetto dei beni e degli interessi, di natura 'sostanziale', protetti da quelle disposizioni".

<sup>7</sup>In tal senso, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 21 ss. Nella medesima direzione, si esprime anche F. CASSIBBA, sub *Art. 3 Cedu*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, pp. 119 e 123.

<sup>8</sup>Non sembra, dunque, scorretto affermare che pure le norme internazionali, così come individuate e ricostruite dalle Corti che ne sono le interpreti autentiche, contribuiscono a quel progressivo movimento di ibridazione tra sistemi processuali ispirati, rispettivamente, al paradigma della legalità e a quello della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale. Nei primi, infatti, si assiste alla codificazione di istituti che aumentano gli spazi di discrezionalità (tecnica) riservata alla pubblica accusa; nei secondi, invece, si osserva la predisposizione di meccanismi di cautela e controllo, volti a limitare l'arbitrio (politico) di cui godono tradizionalmente gli organi requirenti. Al riguardo, v. già quanto osservava L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1752 ss.



ambito – viene riservato alla tematica dell'azione penale, concepita non solo come un istituto tipico del diritto processuale, bensì anche quale fattore di promozione dei diritti fondamentali in una società democratica di tipo pluralista.

A tal fine si procederà come segue. In primo luogo, saranno esposte le caratteristiche e i contenuti specifici dell'obbligo di svolgere investigazioni effettive, così come configurato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (§ 2). Successivamente, saranno delineati gli sviluppi più recenti della giurisprudenza europea, ponendo in relazione l'obbligo di svolgere investigazioni effettive con il divieto di discriminazione, sancito dall'art. 14 CEDU (§ 3). Infine, si affronterà la questione specifica concernente l'onere della prova sul movente discriminatorio delle condotte lesive dei diritti fondamentali (§ 4), per giungere, infine, a svolgere alcune brevi considerazioni conclusive (§ 5).

Prima di proseguire nella trattazione, corre l'obbligo di effettuare un'ultima premessa di carattere metodologico. Poiché il presente contributo trae origine dalle ricerche effettuate dallo scrivente nell'ambito dell'Osservatorio di Diritto e società plurale dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, l'attenzione sarà rivolta specialmente alla giurisprudenza europea concernente le discriminazioni di carattere etnico e religioso, in coerenza con le linee direttrici dell'Osservatorio medesimo. Per esigenze di sintesi e delimitazione dell'indagine, le disparità di trattamento fondate sul genere o sull'orientamento sessuale delle vittime rimangono, invece, estranee alla presente trattazione, sebbene anch'esse siano astrattamente riconducibili alla tutela del pluralismo *lato sensu* inteso.

## 2. *L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Al fine di individuare con precisione il significato e la portata che l'obbligo di svolgere investigazioni effettive sulle violazioni dei diritti umani ha assunto nella giurisprudenza europea, sembra opportuno rammentare gli arresti iniziali (*leading cases*) da cui l'orientamento in esame ha preso le mosse. In quelle statuizioni primigenie, difatti, si trovano le dichiarazioni di principio più chiare, successivamente confermate e sviluppate in una molteplicità di casi, ciascuno dotato di caratteristiche peculiari.

Seguendo questa impostazione, bisogna innanzi tutto considerare la sentenza *McCann c. Regno Unito*, che traeva origine dall'uccisione di alcuni sospetti terroristi nel corso di un'operazione di polizia condotta dalle forze speciali inglesi<sup>9</sup>. In quella occasione, la Corte di Strasburgo, pur senza giungere a una condanna dello Stato convenuto sotto questo profilo specifico, affermò recisamente il

---

<sup>9</sup>Corte EDU, 27 settembre 1995, *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, su ricorso n. 18984/91.

principio secondo cui "a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities"<sup>10</sup>. Date queste premesse, inoltre, consegue logicamente che l'obbligo di tutelare il diritto alla vita (art. 2 CEDU) comporta altresì che vi debba essere "some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State"<sup>11</sup>.

Le argomentazioni enunciate nella sentenza *McCann* in relazione alla tutela del diritto alla vita furono riprese a distanza di qualche anno dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel noto caso *Assenov c. Bulgaria*, che riguardava alcune ipotesi di maltrattamenti perpetrati dagli agenti di polizia ai danni, fra gli altri, di un soggetto in stato di custodia<sup>12</sup>. Sebbene non fosse possibile ricondurre con certezza le lesioni riportate dal ricorrente alle condotte poste in essere dagli agenti delle forze dell'ordine, lo Stato convenuto fu comunque condannato per la violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 CEDU. I giudici di Strasburgo, infatti, sancirono il principio per cui: "where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention', requires by implication that there should be an effective official investigation"<sup>13</sup>.

Come si può intuire, le pronunce cui si è accennato hanno dato luogo a un modulo argomentativo di portata generale, suscettibile di estensione analogica in relazione a tutti i diritti fondamentali sanciti dalle cosiddette "disposizioni normative" della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali. Le applicazioni più frequenti, tuttavia, rimangono quelle concernenti la tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e il divieto di tortura (art. 3 CEDU), sui quali la giurisprudenza europea ha dovuto soffermarsi in molteplici occasioni. Nel corso del tempo, infatti, la Corte di Strasburgo ha elaborato un vero e proprio "decalogo", precisando in modo via via più analitico i criteri sulla base dei quali occorre valutare l'effettività dell'indagine e, di conseguenza, stabilire se gli *standard* imposti dal dettato pattizio siano stati soddisfatti o meno<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> *McCann et autres c. Royaume-Uni*, cit., par. 161.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Affaire Assenov et autres c. Bulgarie*, su ricorso n. 24760/94.

<sup>13</sup> *Assenov et autres c. Bulgarie*, cit., par. 102.

<sup>14</sup> Per gli opportuni approfondimenti di natura bibliografica e giurisprudenziale, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. F. CASSIBBA, sub *Art. 3 Cedu*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 124 ss.; S. LONATI, A. NASCIBENI, *La pena e il divieto di tortura*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*,

In via preliminare, è necessario ancora precisare che l'obbligo procedurale di cui si discorre è stato ripetutamente definito come un'obbligazione di mezzi (in opposizione, come di consueto, alle obbligazioni di risultato). Bisogna, tuttavia, intendersi precisamente sul significato che tale qualificazione assume nel contesto in esame. A ben vedere, infatti, essa non risulta fondata – come di primo acchito si potrebbe arguire – sulla individuazione di un obiettivo che gli Stati contraenti rimangono liberi di perseguire discrezionalmente, vale a dire con le forme e i mezzi che ritengono più opportuni, tenuto conto delle esigenze tipiche dei rispettivi ordinamenti giuridici. Essa, invece, “appare imperniata sul carattere più o meno aleatorio della possibilità di accertare le responsabilità individuali e garantire la punizione degli autori di violazioni dei diritti dell'uomo”<sup>15</sup>. Si tratta, dunque, di un concetto definito “*per relationem*” rispetto all'obiettivo ideale, costituito dalla completa ricostruzione dei fatti controversi, dall'accertamento in giudizio delle responsabilità corrispondenti e dalla conseguente punizione dei soggetti riconosciuti come colpevoli all'esito del giudizio penale. Poiché questo risultato non può essere sempre conseguito nella pratica, l'obbligo che grava sugli Stati contraenti ha un oggetto diverso e più limitato: le autorità competenti, infatti, debbono attuare tutte le misure ragionevoli per raccogliere e porre in sicurezza le prove, compiendo un serio tentativo di verificare che cosa sia realmente accaduto. Esse, inoltre, debbono rendere decisioni pienamente ragionate, imparziali e obiettive, senza trascurare elementi che potrebbero assumere rilievo per una comprensione esauriente delle circostanze in cui si sono verificate le violazioni del dettato pattizio.

Venendo, ora, ai singoli criteri cui viene ancorata l'effettività delle indagini, le autorità nazionali deputate allo svolgimento dell'inchiesta (nonché, eventualmente, all'esercizio dell'azione penale) debbono anzitutto osservare un canone cronologico di speditezza. Esse, infatti, devono intervenire tempestivamente, così da rendere più agevole l'individuazione delle fonti di prova, preservando – al contempo – la fiducia dell'opinione pubblica nel rispetto della legalità e nella celere persecuzione dei reati.

---

Milano, 2023, p. 280 ss.; M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 345 ss.; L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed “equità processuale”*. Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, cit., p. 109 ss. Tra i primi contributi in dottrina a descrivere in modo sistematico i criteri di effettività dell'indagine, così come delineati dalla Corte di Strasburgo, v. A. MOWBRAY, *Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights*, in 51 ICLQ (2002), p. 437.

<sup>15</sup> Così, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., p. 172, il quale osserva che “la norma primaria che prevede l'obbligo positivo procedurale [di svolgere investigazioni effettive nelle ipotesi di gravi violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dal dettato pattizio] non sancisce l'obbligo di assicurare l'identificazione e la punizione dei colpevoli, poiché non appare possibile in linea generale imporre agli Stati di raggiungere tale risultato in qualunque situazione concreta” (*ibidem*).

Per quanto concerne gli aspetti istituzionali (i quali, come si può intuire, costituiscono il presupposto indispensabile per il corretto adempimento degli obblighi procedurali), le indagini debbono essere condotte da organi che siano effettivamente indipendenti e imparziali, di modo che l'esito dell'inchiesta non sia posto a repentaglio da eventuali conflitti di interesse o interferenze corporative. Per quanto riguarda il profilo soggettivo dell'indipendenza, tale requisito si estende sia alla magistratura inquirente, sia alle forze dell'ordine, nonché ai loro consulenti, la cui opera può risultare decisiva per valutare correttamente determinati elementi di prova. L'indipendenza, peraltro, non deve essere garantita soltanto sul piano normativo – con riguardo, per esempio, ai vincoli di subordinazione gerarchica tra i diversi uffici coinvolti nelle investigazioni – ma anche a livello operativo, assicurando ai diversi attori coinvolti un'effettiva autonomia nell'espletamento delle proprie funzioni.

Ancora: benché, ovviamente, non sia possibile predeterminare in astratto quali siano le specifiche tecniche investigative che debbono essere impiegate in una particolare vicenda giudiziaria, l'azione degli organi inquirenti deve comunque ispirarsi alla fondamentale esigenza di completezza delle indagini, la quale, a sua volta, deve essere rapportata all'obiettivo di individuare i soggetti responsabili dei reati per cui si procede. Ciò richiede che siano compiuti tutti gli sforzi ragionevoli per giungere a una ricostruzione attendibile dei fatti controversi. Nello specifico, devono essere auditi almeno i soggetti accusati di aver commesso i reati per cui si procede e quelli indicati come testimoni oculari, nonché i pubblici ufficiali presenti sul luogo o nell'immediatezza dei fatti. Infine, in determinate circostanze la completezza investigativa richiede che siano svolti anche accertamenti di carattere tecnico-scientifico (come, ad esempio, l'esame autoptico nei casi in cui dalle condotte ipotizzate sia conseguito l'evento morte).

Per concludere questa rapida rassegna sulle condizioni di effettività delle indagini, queste ultime devono essere caratterizzate da un adeguato livello di trasparenza e di pubblicità, in coerenza con le esigenze tipiche di una società democratica. Ciò comporta il riconoscimento di idonei diritti partecipativi a favore delle vittime dei reati per cui si procede e, qualora ciò si rendesse necessario, anche dei loro prossimi congiunti. Tali soggetti, infatti, devono avere l'occasione di prendere parte al procedimento sin dalla fase delle indagini preliminari, anche al fine di potersi costituire in giudizio per domandare il risarcimento dei danni conseguenti al reato. Di conseguenza, deve essergli garantita la possibilità di interloquire in ogni momento con l'autorità procedente, producendo memorie o indicando elementi di natura probatoria, soprattutto in vista delle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale. Infine, compatibilmente con le esigenze di segretezza tipiche della fase preliminare al processo, essi devono avere accesso al fascicolo delle indagini, per conoscere gli atti compiuti dalle autorità inquirenti e determinarsi, di conseguenza, in ordine all'esercizio dei propri diritti partecipativi.

Da questa illustrazione sommaria si evince lo sforzo compiuto dalla Corte di Strasburgo per identificare dei parametri che, da un lato, abbiano portata generale e trascendano le singole vicende giudiziarie; dall'altro lato, siano anche sufficientemente precisi, in modo da orientare le condotte degli organi inquirenti e dei soggetti coinvolti a vario titolo nello svolgimento delle indagini preliminari (senza, comunque, interferire direttamente con gli istituti e con le prassi del diritto processuale nazionale). Ogni Stato contraente, insomma, rimane libero di organizzare i propri apparati repressivi nel modo più conforme alle proprie esigenze e tradizioni giuridiche, purché le inchieste condotte sul suo territorio soddisfino determinati *standard* internazionali, considerati necessari per tutelare adeguatamente i diritti fondamentali della persona.

### 3. *Investigazioni effettive e divieto di discriminazione*

È venuto adesso il momento di considerare gli sviluppi più recenti dell'orientamento giurisprudenziale in esame di cui, nel paragrafo precedente, sono stati delineati i tratti fondamentali. Come si è anticipato all'esordio, gli approdi cui si intende fare riferimento rivestono interesse in questa sede perché riguardano il ruolo promozionale del diritto e, in particolare, del diritto penale, rispetto ai valori fondamentali di una società democratica di tipo pluralista.

Gli orientamenti giurisprudenziali che vengono ora in rilievo si sono consolidati nell'ultima decade e costituiscono una declinazione specifica dell'obbligo di svolgere investigazioni effettive nell'ambito dei cosiddetti *hate crimes*, vale a dire tutti quegli atti di violenza perpetrati nei confronti di determinati soggetti a causa della loro appartenenza (vera o presunta) a un determinato gruppo sociale, identificato sulla base dell'etnia, della religione, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere o di particolari condizioni fisiche o psichiche. Già da questa definizione di massima, appare evidente come tali delitti costituiscano la manifestazione tangibile di un atteggiamento discriminatorio da parte dei soggetti (pubblici o privati) che se ne rendono responsabili. Ciò che si intende porre in luce è la peculiare combinazione che, nella prospettiva giuridica, è nata dalla congiunzione tra l'obbligo procedurale di svolgere investigazioni effettive e il divieto di discriminazione, costringendo diversi Stati contraenti a considerare seriamente il fenomeno dei crimini d'odio e ad agire in modo risoluto per contrastarne le manifestazioni più eclatanti.

In sintesi, anticipando ciò che si dirà in seguito, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha progressivamente affermato il principio secondo cui, qualora emerga il sospetto che una determinata condotta lesiva dei diritti fondamentali sia stata cagionata da un atteggiamento discriminatorio, le autorità competenti hanno l'obbligo supplementare di investigare per fare luce sul movente ipotizzato, al fine di perseguire l'illecito in questione come un crimine ispirato dall'odio

o dal pregiudizio. In mancanza di tali approfondimenti, l'investigazione condotta dalle autorità nazionali non può essere considerata "effettiva" e, di conseguenza, tali *défaillance* conducono potenzialmente alla responsabilità internazionale dello Stato per la violazione dei suoi obblighi positivi di tutela. Virtualmente, e portando alle estreme conseguenze l'orientamento in esame, ciò potrebbe verificarsi anche se i soggetti responsabili siano stati correttamente individuati e sottoposti a processo – poniamo, addirittura, condannati – per un reato "comune" che, tuttavia, non rispecchia l'autentico disvalore delle condotte discriminatorie in una società democratica di tipo pluralista<sup>16</sup>.

Dopo una lunga serie di tentativi infruttuosi, la prima pronuncia in cui questa impostazione giuridica è stata accolta senza remore dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo è stata la sentenza *Turan Cakir c. Belgio*. Il caso in esame riguardava i maltrattamenti perpetrati da alcuni agenti di polizia nei confronti di un soggetto posto in stato di arresto<sup>17</sup>. Il ricorrente aveva proposto tempestivamente una denuncia assai dettagliata e, sebbene vi fossero evidenze mediche dei maltrattamenti subiti nel corso della detenzione, nei confronti degli agenti coinvolti era stata emessa una sentenza di non luogo a procedere per la sopravvenuta prescrizione dei reati, già nella fase preliminare antecedente al giudizio. Riconoscendo la responsabilità dello Stato belga per la violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU, la Corte di Strasburgo ha affermato quanto segue: "lorsqu'elles enquêtent sur des incidents violents, les autorités de l'Etat ont de surcroît l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements"<sup>18</sup>. In altre parole, in presenza di un'allegazione verosimile circa episodi violenti connotati da una matrice razzista, le autorità inquirenti debbono compiere sforzi ragionevoli per verificare la fondatezza della *notitia criminis*, pena la violazione del divieto di discriminazione per non aver compiuto un'investigazione effettiva. Le medesime autorità, inoltre, debbono rendere decisioni pienamente giustificate e imparziali, "sans omettre des faits douteux révélateurs d'un acte de violence motivé par des considérations de race"<sup>19</sup>.

A distanza di qualche tempo, questa linea di ragionamento è stata riproposta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *B.S. c. Spagna*. La pronuncia riguardava il caso di una donna di origine africana, esercente la prostituzione, la quale era

---

<sup>16</sup> Questo modulo argomentativo, ovviamente, potrebbe trovare applicazione in riferimento a qualsiasi forma di discriminazione fondata, per esempio, sulla provenienza etnica, sulla fede professata, sugli orientamenti sessuali oppure, ancora, sul genere delle vittime. Al riguardo, v. però l'avvertenza metodologica formulata *supra*, § 1.

<sup>17</sup> Corte EDU, 10 marzo 2009, *Affaire Turan Cakir c. Belgique*, su ricorso n. 44256/06.

<sup>18</sup> *Affaire Turan Cakir c. Belgique*, cit., par. 77.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

stata ripetutamente sottoposta a controlli da parte degli agenti di polizia e denunciava di aver subito abusi e vessazioni da parte dei soggetti coinvolti nelle operazioni in questione<sup>20</sup>. Anche in tale vicenda, il procedimento penale interno si era risolto con una pronuncia di non luogo a procedere da parte del giudice istruttore. Quest'ultima si fondava esclusivamente sul rapporto del commissariato di polizia cui appartenevano gli agenti coinvolti, mentre nelle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale non erano state nemmeno menzionate le allegazioni della ricorrente sugli atteggiamenti di tenore razzista degli agenti nel corso dei controlli contestati. Di conseguenza, la Corte europea concluse che non erano stati effettuati sforzi idonei a verificare cosa fosse realmente accaduto, né se il movente razziale avesse avuto effettivamente un'incidenza causale sui maltrattamenti denunciati dalla vittima. Si confermava, dunque, l'idea di un collegamento stringente tra l'obbligo di svolgere indagini effettive e il divieto di discriminazione su base etnica.

In seguito a queste pioneristiche pronunce, l'orientamento in esame ha trovato conferme sempre più frequenti, consolidando il principio secondo cui, indagando sui crimini violenti, come gli omicidi e i maltrattamenti, le autorità statali hanno il dovere supplementare di adottare tutte le misure ragionevoli per smascherare qualsiasi movente razzista e stabilire se l'odio o il pregiudizio etnico abbiano avuto un ruolo determinante nella dinamica degli eventi posti a fondamento del ricorso<sup>21</sup>.

D'altra parte, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di soffermarsi ulteriormente sulle ragioni di fondo poste a sostegno della propria impostazione, precisando che le aggressioni con sospette connotazioni razziste richiedono che le indagini siano condotte con particolare vigore, tenendo conto della necessità di riaffermare costantemente la condanna del razzismo da parte della società, al fine di mantenere la fiducia delle minoranze nella capacità delle autorità statali di proteggerle dalla minaccia della violenza determinata dal pregiudizio etnico<sup>22</sup>.

Per quanto riguarda i profili operativi, l'effettività dell'indagine potrebbe richiedere, ad esempio, che i soggetti accusati di aver compiuto aggressioni razziste siano interrogati sul loro atteggiamento generale nei confronti del gruppo etnico di appartenenza delle vittime, oppure che le autorità inquirenti compiano

---

<sup>20</sup> Corte EDU, 24 luglio 2012, *B.S. c. Espagne*, su ricorso 47159/08.

<sup>21</sup> Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 23 ottobre 2012, *Affaire Yotova c. Bulgarie*, su ricorso 43606/04; Corte EDU, 11 marzo 2014, *Affaire Abdu c. Bulgarie*, su ricorso 26827/08; Corte EDU, 28 marzo 2017, *Case of Grigoryan e Sergeyeva vs. Ukraine*, su ricorso 63409/14; Corte EDU, 28 marzo 2017, *Case of Škorjanec vs. Croatia*, su ricorso 25536/14; Corte EDU, 31 ottobre 2017, *Case of M.F. vs. Hungary*, su ricorso 45855/12; Corte EDU, 1° settembre 2020, *Case of R.R. e R.D. vs. Slovakia*, su ricorso 20649/18.

<sup>22</sup> In tal senso, v. Corte EDU, 20 ottobre 2015, *Case of Balázs vs. Hungary*, su ricorso 15529/12, par. 52.

gli sforzi necessari per appurare se i medesimi soggetti avevano già preso parte in precedenza ad azioni con connotazioni razziste; oppure, ancora, se essi coltivavano simpatie verso ideologie estremiste<sup>23</sup>.

Considerata la portata generale delle affermazioni cardine dell'orientamento in esame, non stupisce che i medesimi principi abbiano trovato applicazione anche al di fuori del contesto specifico della discriminazione razziale, nel quale essi sono stati originariamente concepiti. Ciò si è puntualmente verificato con la pronuncia *Milanović c. Serbia*, concernente le ripetute aggressioni subite dal *leader* di una comunità indù stanziata nel Paese balcanico<sup>24</sup>. In tale occasione, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha condannato lo Stato convenuto sia per non aver intrapreso le misure necessarie a prevenire le violenze in questione, sia per non aver adottato le misure investigative necessarie per individuare i soggetti (privati) responsabili degli atti intimidatori. Ebbene, in tale contesto, la Corte di Strasburgo ha osservato quanto segue: "treating religiously motivated violence and brutality on an equal footing with cases that have no such overtones would be turning a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights"<sup>25</sup>. Di conseguenza, è stata riconosciuta – oltre alla violazione dell'art. 3 CEDU – anche la violazione dell'art. 14 CEDU, confermando che le notizie di reato in cui vengono segnalate condotte discriminatorie non possono essere trattate alla stregua di reati "comuni".

Un caso analogo si presentò nuovamente a breve distanza temporale con la sentenza *Begheluri e altri c. Georgia*. Nel caso di specie, si trattava delle violenze fisiche e verbali perpetrate in modo sistematico da agenti di polizia e da soggetti privati (gruppi di estremisti ortodossi) ai danni della comunità dei Testimoni di Geova, così che la libertà di culto dei soggetti appartenenti alla medesima comunità era posta seriamente a repentaglio<sup>26</sup>. Pure in tale occasione, la Corte di Strasburgo stigmatizzò l'inerzia delle autorità georgiane, affermando che l'incapacità degli organi competenti di indagare efficacemente sugli episodi di violenza denunciati dai Testimoni di Geova dimostrava ampiamente la tolleranza dei pubblici poteri verso quelle forme di violenza, cagionando una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con gli artt. 3 e 9 CEDU<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Gli esempi sono tratti da Corte EDU, 21 dicembre 2017, *Affaire Gjirkondji et Autres c. Grèce*, su ricorso 17249/10, par. 138. Nel caso di specie, peraltro, è stata accertata la violazione dell'art. 2 CEDU sotto il duplice profilo materiale e procedurale, mentre è stata considerata assorbita la questione attinente alla violazione del divieto di discriminazione.

<sup>24</sup> Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Case of Milanović vs. Serbia*, su ricorso 44614/07.

<sup>25</sup> Corte. EDU, *Milanović vs. Serbia*, cit., par. 97.

<sup>26</sup> Corte EDU, 7 ottobre 2014, *Case of Begheluri and Others vs. Georgia*, su ricorso 28490/12.

<sup>27</sup> *Case of Begheluri and Others vs. Georgia*, cit., par. 179.



#### 4. *La questione dell'onere della prova*

La progressiva individuazione di un obbligo generale di svolgere investigazioni effettive sulle gravi violazioni dei diritti fondamentali non deriva soltanto dalla necessità di tutelare efficacemente questi ultimi, ma risponde – ovviamente – anche all'esigenza di favorire l'emersione dei comportamenti lesivi dei diritti medesimi. Difatti, qualora gli Stati contraenti potessero giovare del mancato accertamento delle condotte discriminatorie derivante da inerzie investigative imputabili ai loro stessi organi inquirenti, si produrrebbe evidentemente un esito paradossale. Ciò spiega come mai, da lungo tempo, la Corte europea dei diritti dell'Uomo abbia riconosciuto l'autonomia e – al medesimo tempo – lo stretto collegamento che intercorre tra gli obblighi sostanziali e quelli procedurali, che scaturiscono dagli artt. 2 e 3 CEDU. Così, se per un verso l'obbligo di svolgere investigazioni effettive costituisce un titolo autonomo di responsabilità degli Stati contraenti (indipendente rispetto alle corrispondenti violazioni sostanziali), per altro verso un'allegazione verosimile da parte del ricorrente impone allo Stato convenuto l'onere di dimostrare che la violazione dei diritti fondamentali della vittima non sia imputabile o, comunque, riconducibile all'operato delle autorità pubbliche. Se il Paese convenuto non riesce a soddisfare questo *standard* probatorio, allora esso viene considerato responsabile, sul piano internazionale, per la violazione delle disposizioni normative del dettato pattizio che vengono volta per volta in rilievo.

Com'è agevole intuire, la questione dell'onere della prova si ripropone, *mutatis mutandis*, anche in relazione al divieto di discriminazione che, come si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, si considera violato qualora le autorità nazionali non abbiano indagato con sufficiente determinazione sull'eventuale movente discriminatorio delle condotte illecite. Il problema è che proprio il mancato svolgimento di indagini effettive sul punto rende particolarmente arduo ricostruire gli eventi e comprendere cosa sia realmente accaduto, nonché l'effettiva incidenza della matrice razzista o discriminatoria sulla dinamica degli eventi. Di conseguenza, pure in questa situazione è necessario stabilire su quale parte processuale grava il rischio della mancata prova circa il movente discriminatorio delle condotte denunciate.

La questione, peraltro, è resa ancor più intricata dal fatto che, a fronte di una denuncia di comportamenti razzisti o discriminatori da parte delle forze dell'ordine o di soggetti privati, lo Stato convenuto potrebbe essere chiamato a fornire la prova di un fatto psicologico “negativo”: vale a dire l'assenza, in capo ai soggetti accusati di aver commesso i reati in questione, di una particolare attitudine soggettiva. Il rischio, pertanto, è quello di addossare allo Stato convenuto una sorta di *probatio diabolica*, motivo per cui la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio piuttosto prudente in materia, peraltro non scevro da significative oscillazioni a seconda delle circostanze del caso concreto.

Nel tentativo di conciliare i diversi interessi in gioco, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha stabilito, in primo luogo, che il mancato adempimento dell'obbligo di svolgere indagini effettive in ordine al movente discriminatorio di determinate condotte non determina, di per sé stesso, la violazione dell'art. 14 CEDU<sup>28</sup>.

Inoltre, l'incapacità delle autorità di condurre un'indagine efficace sul presunto movente razzista delle condotte contestate non appare sufficiente, in assenza di ulteriori elementi, a trasferire sullo Stato convenuto l'onere della prova in merito alla presunta violazione dell'art. 14 in combinato disposto con la disposizione normativa che, volta per volta, viene in rilievo. Come si è anticipato, infatti, ciò equivarrebbe a richiedere allo Stato convenuto di dimostrare in ogni caso l'assenza di un particolare atteggiamento soggettivo da parte dei soggetti coinvolti nella singola vicenda<sup>29</sup>.

Secondo la medesima ricostruzione giurisprudenziale, tuttavia, ciò non esclude la possibilità che in taluni casi il Governo convenuto abbia l'onere di confutare l'ipotesi di una condotta discriminatoria e – ove ciò non accada – sia riconosciuta una violazione dell'art. 14 CEDU. La questione, pertanto, diviene quella di individuare con precisione le situazioni in cui si realizza tale inversione dell'onere probatorio. Al riguardo, si precisa che, affinché si realizzi tale effetto, il ricorrente deve fornire un'allegazione *prima facie verosimile*: vale a dire un principio di prova idoneo a dimostrare che, nel caso di specie, si è verificata una discriminazione illegittima. Per quanto riguarda i profili operativi, la Corte di Strasburgo ha chiarito che non vi sono ostacoli procedurali alla ricevibilità delle prove o formule predeterminate per comprendere in che cosa consista un'allegazione verosimile, idonea a trasferire l'onere della prova sullo Stato convenuto<sup>30</sup>. Si può, dunque, solamente procedere caso per caso, tenendo conto di tutti i fattori che possono assumere rilievo nella vicenda giudiziaria concreta.

A titolo esemplificativo, la Corte europea ha avuto modo di precisare come, qualora una denuncia contenga allegazioni specifiche circa l'esistenza di abusi verbali da parte delle forze dell'ordine nei confronti di soggetti appartenenti a una minoranza etnica o di altro tipo, sia necessario effettuare un esame approfondito dei fatti per scoprire un eventuale movente razzista alla base del comportamento discriminatorio denunciato. In mancanza di un'indagine effettiva

---

<sup>28</sup> Corte EDU, Grande Camera, 6 luglio 2005, *Case of Nachova and Others vs. Bulgaria*, su ricorsi nn. 43577/98 e 43579/98 (spec. par. 157).

<sup>29</sup> In particolare, si è osservato che nei sistemi giuridici di molti Paesi, in materia di lavoro o di prestazione di servizi, la prova dell'effetto discriminatorio di una politica o di una decisione consente di prescindere dalla dimostrazione del movente della condotta impugnata, ma tale approccio non potrebbe essere semplicemente trasposto nei casi in cui si asserisce che un atto di violenza sia stato indotto dal pregiudizio razziale: *Case of Nachova and Others vs. Bulgaria*, cit., par. 157.

<sup>30</sup> Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Case of Mižigárová vs. Slovakia*, su ricorso n. 74832/01, par. 116.

sul punto, idonea a confutare tale allegazione, si verifica una violazione del divieto di discriminazione sotto il profilo procedurale<sup>31</sup>. In una diversa occasione, invece, si è affermato che – in assenza di ulteriori riscontri – la semplice esistenza di prove indipendenti (come, per esempio, i *report* pubblicati da organizzazioni internazionali o non governative particolarmente qualificate) che attestano un problema di razzismo sistemico non sarebbe sufficiente per imporre alle autorità pubbliche la verifica di un ipotetico movente razzista delle condotte impuginate<sup>32</sup>.

### 5. Notazioni conclusive

Il percorso che si è rapidamente delineato testimonia la crescente attenzione manifestata dalla Corte di Strasburgo nei confronti del ruolo che il diritto penale può svolgere nell'ambito di una società democratica per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si tratta, come si è avuto modo di vedere, di un percorso ermeneutico intrapreso con notevole prudenza, in modo da imporre gradualmente agli Stati contraenti dei vincoli via via più stringenti nella materia in esame.

In una prima fase, la Corte di Strasburgo ha esteso la teoria degli obblighi positivi impliciti alla materia penale, ricavando dalle disposizioni (procedurali o normative) del dettato pattizio un obbligo generalizzato di svolgere investigazioni effettive in ordine alle violazioni dei diritti fondamentali.

A questa prima fase, ne è seguita una seconda – oggetto di approfondimento nel presente contributo – in cui l'attenzione si è concentrata pure sui rapporti che intercorrono tra l'obbligo di svolgere investigazioni effettive e il movente discriminatorio delle condotte lesive dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, la Corte europea si è sforzata di definire con chiarezza il legame tra l'art. 14 CEDU e le disposizioni normative che tutelano i singoli diritti fondamentali. Come prevedibile, nel medesimo frangente è emersa pure la problematica specifica attinente alla distribuzione dell'onere della prova, vale a dire sulla parte processuale (il ricorrente oppure lo Stato convenuto) che sopporta il rischio del mancato accertamento (in termini positivi o negativi) della effettiva incidenza del movente discriminatorio nella dinamica dei fatti controversi. In altre parole: *cui prodest* nel caso in cui la prova del movente discriminatorio sia ritenuta insufficiente o contraddittoria?

Al di là delle singole questioni tecniche, bisogna precisare che l'insistenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sugli obblighi procedurali positivi non

---

<sup>31</sup> Corte EDU, 13 dicembre 2005, *Case of Bekos and Koutropoulos vs. Greece*, su ricorso n. 15250/02, par. 74.

<sup>32</sup> *Case of Mižigárová vs. Slovakia*, cit., par. 117.

pare in contrasto con la natura sussidiaria del sistema internazionale di tutela dei diritti fondamentali, anzi – entro certi limiti – ne costituisce uno sviluppo coerente. Le autorità nazionali, invero, conservano il potere-dovere di intervenire tempestivamente per porre fine alle violazioni del dettato pattizio e perseguire i soggetti (pubblici o privati) responsabili di esse. Se, tuttavia, esse non sono in grado di adempiere a tale compito, per inerzia ovvero per complicità, allora l'intervento della Corte di Strasburgo non appare ultroneo, né destituito di fondamento giuridico. Tale intervento, si ricordi, è diretto all'accertamento degli estremi necessari per configurare la responsabilità dello Stato convenuto sul piano internazionale, mentre non genera – ovviamente – alcun effetto in ordine alla responsabilità penale dei singoli individui coinvolti.

Certo, non si può ignorare che questa evoluzione, connotata da un notevole tasso di creatività ermeneutica, può suscitare opposte reazioni, a seconda delle angolazioni visuali dalle quali essa viene osservata. In particolare, per quanto interessa in questa sede, alcuni saranno inclini a vedervi il sintomo di un benefico progresso nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, mentre altri vi scorgeranno il segno di una deriva repressiva e illiberale della giurisprudenza europea. Quest'ultima posizione è certamente più diffusa fra gli studiosi del diritto e del processo penale, i quali sono inclini a considerare le disposizioni contenute nei Patti internazionali sui diritti dell'Uomo come altrettanti limiti al potere punitivo statale e, di conseguenza, osservano con un certo stupore gli obblighi di incriminazione e di persecuzione penale progressivamente enucleati dalla Corte europea.

Non è detto che questa divergenza di vedute possa essere integralmente superata. È necessario, però, sforzarsi di capire le ragioni altrui e cercare di oltrepassare le visuali troppo anguste per riflettere la complessità delle dinamiche giuridiche. Secondo l'opinione di chi scrive, per comprendere appieno l'evoluzione della giurisprudenza europea nella materia in esame, occorre tenere presente il ruolo che svolge la Corte di Strasburgo nella definizione di un ordine pubblico europeo. Non si può dimenticare, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'Uomo agisce, in ultima, istanza per la conservazione e la promozione della pace sul continente. Tale obiettivo fondamentale viene perseguito, a sua volta, mediante alcuni obiettivi intermedi, che ne facilitano il raggiungimento, vale a dire la tutela dei diritti umani, della democrazia e della *rule of law*<sup>33</sup>. In questa prospettiva, si comprende meglio l'opera di contrasto nei confronti delle discriminazioni di carattere etnico o religioso, propugnata dalla Corte di Strasburgo anche mediante l'imposizione di obblighi di incriminazione e di persecuzione penale sempre più stringenti e articolati in capo agli Stati contraenti. Come gli storici insegnano, infatti, le discriminazioni di carattere etnico o reli-

---

<sup>33</sup> Sul punto, v. D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, cit., p. 15.

gioso tra i cittadini rappresentano “il virus mortale della democrazia”<sup>34</sup>. L’esperienza del Novecento, invero, ha dolorosamente dimostrato che le comunità etniche e religiose che agiscono quali blocchi contrapposti non rappresentano una base fondativa idonea alla costruzione e al mantenimento di un sistema politico democratico, ma possono soltanto ingenerare “instabilità e guerra civile, a meno che uno dei gruppi contendenti o qualche autorità esterna non sia forte abbastanza da stabilire il proprio non democratico dominio”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> In questi termini si esprime E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991* (1994), tr. it., Milano, 1997, p. 168.

<sup>35</sup> Così, ancora, E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, cit., p. 169.