



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE  
XXXVI CICLO

*La tutela dell'identità  
nel diritto internazionale*

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/13

**Dottoranda**

Francesca Cerulli

**Supervisore**

Prof.ssa Laura Magi

**Coordinatrice**

Prof.ssa Maria Luisa Vallauri



# INDICE

## INTRODUZIONE

1.	La rilevanza di uno studio sulla tutela dell'identità nel diritto internazionale	11
2.	Metodologia della ricerca	13
2.1	Oggetto della ricerca e delimitazione del campo di analisi	13
2.2.	Metodo di ricerca	17
2.3	Piano dell'indagine	19

## PARTE PRIMA

### LA TUTELA DELL'IDENTITÀ DEI GRUPPI E DEI LORO MEMBRI

#### CAPITOLO I

##### ALL'ORIGINE DELLA TUTELA DELL'IDENTITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: LA PROTEZIONE DELLE MINORANZE

###### Sezione I

###### *Le prime forme di tutela dell'identità nel diritto internazionale e il regime istituito tra le due guerre*

1.	Gli albori della tutela internazionale dell'identità tra XVII e XIX secolo: dalle minoranze religiose alle minoranze nazionali	28
2.	Il regime internazionale di protezione dell'identità delle minoranze tra le due guerre: caratteri generali	33
2.1	Il contenuto sostanziale delle norme primarie dei trattati sulle minoranze	38
2.2	Il contenuto delle norme secondarie nei trattati sulle minoranze e adottate dalla SdN	40
2.3	Il ruolo della Corte permanente di giustizia internazionale	44
2.4	La fine del sistema	49

3.	Il secondo dopoguerra e l'irrelevanza della questione minoritaria	51
4.	Luci e ombre delle prime forme di tutela dell'identità	56

## Sezione II

### *La protezione dell'identità culturale dei gruppi nel secondo dopoguerra: Convenzione genocidio e sviluppi successivi nel diritto internazionale penale*

5.	La tutela dell'identità culturale dei gruppi ad opera della Convenzione sul genocidio	59
5.1	Gruppi protetti come gruppi portatori di una propria identità distintiva	63
5.2	La mancata inclusione del genocidio culturale nella Convenzione sul genocidio	67
5.3	La distruzione dell'identità culturale di un gruppo come elemento di prova dell'intento genocidario	72
6.	La tutela dell'identità dei gruppi attraverso i crimini contro l'umanità	77
6.1	Il crimine di persecuzione	77
6.2	Attacchi al patrimonio identitario e crimine di persecuzione.	80
7.	Riflessioni conclusive sul legame tra genocidio, genocidio culturale, persecuzione e la protezione dell'identità culturale dei gruppi	84

## CAPITOLO II

### LA TUTELA DELL'IDENTITÀ CULTURALE DEI MEMBRI DELLE MINORANZE NEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI

#### Sezione I

##### *Trattati conclusi a livello universale*

1.	L'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici	90
1.1	Il concetto di minoranza	92
	1.1.2 Appartenenza al gruppo	97
1.2	Connessione tra la dimensione individuale e collettiva della tutela dell'identità.	99
	1.2.1 La tutela dell'identità del gruppo come possibile limite al diritto del singolo a godere della propria cultura minoritari	100
1.3.	Identità culturale e protezione degli stili di vita tradizionali	102

1.3.1	Limiti allo sfruttamento delle risorse necessarie per le attività tradizionali e obbligo di garantire l'effettiva partecipazione al processo decisionale	105
1.4	La tutela dell'identità linguistica e religiosa	109
2.	La tutela dell'identità del minore indigeno o appartenente a minoranze nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza	114
2.1	Gli obblighi degli Stati a tutela dell'identità culturale dei minori indigeni o appartenenti a minoranze	118
3.	Gli avanzamenti registrati nella tutela dell'identità culturale dei membri delle minoranze grazie all'attività interpretativa dei meccanismi di controllo dei trattati sui diritti umani: una sintesi	122

## Sezione II

### *La protezione dell'identità minoritaria nei sistemi regionali di tutela dei diritti umani: la Corte europea dei diritti umani*

4.	Notazioni preliminari	125
5.	I principali strumenti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa a tutela delle minoranze nazionali	128
5.1	Segue: le disposizioni che garantiscono la tutela delle identità minoritarie e il ruolo delle clausole limitative nella Convenzione europea	133
6.	La libertà d'associazione come strumento di tutela dell'identità di gruppi minoritari	136
6.1	La tutela dell'identità di minoranze rappresentate da partiti politici	138
6.2	La tutela dell'identità culturale delle minoranze rappresentate da enti diversi dai partiti	141
6.3	La tutela dell'identità religiosa delle minoranze rappresentate da comunità religiose e Chiese	145
6.4	Una sintesi: il ruolo dell'articolo 11 nella tutela dell'identità delle minoranze	148
7.	Simboli religiosi e manifestazione individuale dell'identità religiosa dei membri delle minoranze	150
7.1	L'uso del velo nelle scuole e nelle università pubbliche: il ruolo del principio di laicità dello Stato	152
7.2	Il divieto di indossare simboli religiosi in luoghi pubblici	158
7.3.	Il superamento di una visione essenzialista del velo	162
7.4	Un pluralismo selettivo	163
8.	La tutela dell'identità dei membri delle minoranze attraverso il rispetto della vita	

privata	164
8.1 La protezione dello stile di vita tradizionale	164
8.1.1 La visione stereotipata dell'identità rom e il suo superamento	171
8.2 L'autodefinizione dell'identità etnica: caratteri generali	173
8.3 La giurisprudenza della Corte sull'autoidentificazione etnica	176
9. Divieto di discriminazione e tutela dell'identità delle minoranze	182
9.1 L'obbligo di trattamento differenziato	186
10. La protezione dell'identità culturale nel sistema europeo di tutela dei diritti umani: una sintesi	189

### Sezione III

*La protezione dell'identità minoritaria nei sistemi regionali  
di tutela dei diritti umani: la Corte interamericana dei diritti umani*

11. Osservazioni introduttive	195
11.1 Dimensione collettiva e dinamismo dell'identità culturale	195
11.2 Base normativa e criteri interpretativi	199
12. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso il diritto di proprietà	204
12.1 Interpretazione sistemica dell'obbligo di garantire il diritto alla proprietà comunitaria delle terre ancestrali	207
12.2 Gli obblighi degli Stati	211
13. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso altre disposizioni della Convenzione	214
13.1 Il diritto alla vita	214
13.2 Il diritto alla partecipazione politica	215
13.3 Il diritto a ricevere un trattamento umano	217
13.4 L'identità culturale come "diritto matrice"	219
14. Il diritto all'identità culturale quale diritto autonomo	220
15. Un bilancio della tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni nel sistema interamericano	225

PARTE SECONDA  
LA TUTELA DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE

CAPITOLO III

LA TUTELA DELL'IDENTITÀ BIOLOGICA E GENETICA

- |   |     |
|---|-----|
| 1. La nuova era della genetica e le ricadute in termini di identità personale | 231 |
| 2. Il diritto a conoscere le proprie origini: un "interesse vitale"           | 234 |

Sezione I

*Trattati conclusi a livello universale*

- |  |     |
|--|-----|
| 3. Il diritto a conoscere le origini biologiche nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza | 239 |
| 3.1 Una nozione ampia di "genitore"  | 241 |
| 3.2 Come e quando garantire l'accesso alle informazioni  | 242 |
| 3.3 Un diritto assoluto nella prassi del Comitato su parti anonimi e baby boxes                                | 245 |

Sezione II

*La protezione dell'identità biologica  
nei sistemi regionali di tutela dei diritti umani*

- |   |     |
|---|-----|
| 4. Il diritto a conoscere le proprie origini nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani | 251 |
| 4.1 L'articolo 8 come strumento per tutelare l'identità biologica                                       | 251 |
| 4.2 Giurisprudenza sull'accertamento di paternità   | 254 |
| 4.2.1 La tutela del diritto all'identità biologica  | 254 |
| 4.2.2 La ricerca di un equo bilanciamento   | 257 |
| 4.3 Le nascite anonime  | 261 |
| 4.3.1 La pluralità degli interessi pubblici e privati confliggenti                                      | 263 |
| 5. La Corte interamericana e il diritto all'identità nei casi di sparizioni forzate                     | 266 |
| 5.1 Il contenuto del diritto all'identità   | 268 |
| 5.2 La ricostruzione del diritto all'identità nella giurisprudenza della Corte interamericana           | 270 |

6. La protezione internazionale e regionale del diritto a conoscere le proprie origini: una sintesi	273
---	-----

### Sezione III

#### *L'impatto di innovazioni tecnologiche sul diritto all'identità*

7. Rivoluzione riproduttiva: quali ricadute sull'identità dei concepiti?	277
7.1 Donazioni anonime: pro e contro e la diversità della prassi in Europa	278
7.1.1 Analisi alla luce della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza	282
7.1.2 Corte europea e donazione di gameti	285
7.2 La gestazione per altri e il problema di una pluralità di legami identitari	288
7.2.1 La tutela del legame biologico con il padre in quanto componente centrale dell'identità del minore nato da surroga di maternità	291
7.2.2 Riconoscimento del legame con la madre intenzionale	296
a) in assenza di connessione genetica: adozione del figlio biologico del coniuge	296
b) in presenza di connessione genetica: adozione del figlio del coniuge	298
7.2.3 Assenza di connessione genetica con entrambi i genitori	301
7.3 Priorità dei legami genetici vs tutela dell'identità del minore	306
8. Manipolazione genetica: quali implicazioni per l'identità individuale e collettiva?	311
8.1 Un'introduzione	311
8.2 Il quadro normativo a livello internazionale	314
8.3 È necessaria una nuova regolamentazione internazionale della HGGE? Proposte di revisione e limiti alla luce della tutela internazionale dei diritti umani	318
8.3.1 Ricerca di base e preclinica	319
8.3.2 Difficoltà a stabilire in maniera netta una differenza tra trattamento e miglioramento	320
8.3.3 Dimensione individuale e collettiva dell'identità genetica: limiti all'editing	321



## CAPITOLO IV

### L'IDENTITÀ DI GENERE E L'ORIENTAMENTO SESSUALE

1. Introduzione	325
-----------------	-----

#### Sezione I

##### *La categoria del genere nel diritto internazionale*

2. Sesso e genere nel diritto internazionale tra asimmetria e dualismo radicato	333
3. I principi di Yogyakarta	339
4. La tutela dell'identità di genere da parte dei meccanismi di controllo delle Nazioni Unite	345
4.1 Depatologizzazione delle identità <i>gender-variant</i>	347
4.2 Riconoscimento legale del genere	348
4.3 Limiti: essenzialismo e visione euro-centrica dell'identità	350

#### Sezione II

##### *La tutela dell'identità di genere ad opera delle corti regionali*

5. La Corte europea dei diritti dell'uomo	353
5.1 La prima fase: negazione del diritto al riconoscimento legale del genere	353
5.2 La svolta parziale del 2002 e le questioni rimaste aperte	362
5.3 La seconda fase: patologizzazione delle identità trans, finanziamento e accesso all'operazione di riconversione dei caratteri sessuali	367
5.4 Terza fase: tutela dell'identità transgender e parziale revisione dei requisiti per il riconoscimento legale	372
5.5 Possibile applicazione del concetto di gruppo vulnerabile	377
6. La Corte interamericana e la primazia del modello basato sull'autodeterminazione individuale	384
7. La tutela dell'identità di genere nel diritto internazionale: una sintesi	389

### Sezione III

#### *La tutela dell'orientamento sessuale ad opera delle corti regionali*

8. La tutela della familiare di coppie formate da individui dello stesso sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani	393
8.1 L'estensione della nozione di famiglia alle coppie omosessuali: una svolta parziale	395
8.2 L'obbligo di prevedere forme di riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali	400
8.3 Il matrimonio egualitario	410
9. La Corte interamericana e il riconoscimento giuridico di coppie dello stesso sesso	414
9.1 La tutela di una pluralità di modelli di vita familiare	414
9.2 Il diritto umano al matrimonio omosessuale	418
10. La tutela della vita familiare di coppie omosessuali ad opera delle corti regionali: una sintesi	421

### CONCLUSIONI

1. L'origine della tutela dell'identità nel diritto internazionale come risposta al "problema" delle minoranze in Europa	425
2. La protezione dell'identità culturale di gruppi minoritari e dei loro membri	427
a) nei trattati sui diritti umani promossi dalle Nazioni Unite	427
2.1 Segue: b) nei trattati regionali di tutela dei diritti umani	429
2.1.1 La protezione dell'identità culturale ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo	429
2.1.2 La Corte interamericana e la protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni	432
3. La protezione dell'identità biologica e genetica	433
4. La tutela dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale	437
5. Tecniche interpretative	441
6. Quale concezione di identità?	444

BIBLIOGRAFIA	449
--------------	-----





# INTRODUZIONE

## **1. La rilevanza di uno studio sulla tutela dell'identità nel diritto internazionale**

Nel 2018, nel caso *Ramírez Escobar e altri c. Guatemala*<sup>1</sup>, la Corte interamericana dei diritti umani ha rilevato l'esistenza di un vero e proprio diritto all'identità. Per la Corte, la tutela dell'identità dell'individuo costituisce infatti un diritto umano fondamentale, espressione di un interesse collettivo della comunità internazionale nel suo complesso che, come tale, non ammette sospensioni né deroghe<sup>2</sup>. In una giurisprudenza che ha preso le mosse da casi di sparizioni forzate di minori nel continente sud-americano per poi estendersi ad altri settori, come l'identità di genere, la Corte, prima tra i meccanismi di controllo degli accordi internazionali posti a tutela dei diritti umani a compiere tale operazione, ha ricostruito questo diritto complesso. I giudici hanno ritenuto che il diritto all'identità debba essere inteso come l'insieme degli attributi e delle caratteristiche che consentono l'individuazione, nella società, di una persona nella sua unicità. Lo stesso comprende, al proprio interno, una moltitudine di altri diritti, senza però poter essere ridotto o subordinato ad alcuno di essi, costituendo, al contrario, qualcosa di più della somma delle sue singole componenti, che il diritto all'identità trascenderebbe.

La posizione più volte reiterata dalla Corte è che l'identità individuale inizia nel momento del concepimento. Poi si sviluppa dinamicamente in un processo continuo che accompagna l'evoluzione della personalità dell'individuo nel suo rapporto con la società e finisce per ricomprendere svariati elementi: l'identità biologica, il patrimonio culturale, storico, religioso, familiare e sociale, l'identità di genere e l'orientamento sessuale ma anche componenti più statiche, quali i tratti fisici, il nome e la nazionalità<sup>3</sup>. Il diritto all'identità rafforzerebbe, dunque, la protezione dei diritti umani, garantendo che

---

<sup>1</sup> IACHR, *Ramírez Escobar e altri c. Guatemala*, Serie C No. 351, 9 marzo 2018.

<sup>2</sup> Si veda anche: Comitato giuridico interamericano, *Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad*, Risoluzione CJI/doc. 276/07 rev. 1, 10 agosto 2007, par. 12.

<sup>3</sup> IACHR, *Sorelle Serrano Cruz c. El Salvador*, Serie C No. 120, 9 novembre 2004, par. 13: «(...) It is a complex right which, on the one hand has a dynamic aspect linked to the evolution of the personality of the individual, and includes a series of attributes and characteristics that allow each person to be individualized as unique».

l'individuo sia fedelmente rappresentato nella sua proiezione verso il mondo esterno, secondo quella che viene definita la propria «personal truth»<sup>4</sup>.

È questo un singolo esempio, tra i molti possibili, che illustra quanto il concetto di identità sia penetrato, ormai, nel lessico del diritto internazionale dei diritti umani, spingendo in questo caso la Corte interamericana a ravvisare l'esistenza di un diritto autonomo all'identità. Inoltre, l'identità è invocata sempre più spesso quale fondamento per le rivendicazioni di nuovi diritti.

Eppure, l'identità è di per sé un concetto problematico e controverso. Come scriveva infatti Zygmunt Baumann: «to say that modernity led to the “disembedding” of identity, or that it rendered the identity “unencumbered”, is to assert a pleonasm, since at no time did identity “become” a problem; it was a “problem” from its birth – was born as a problem, could exist only as a problem»<sup>5</sup>.

Si tratta, senza dubbio, di un termine il cui significato è profondamente dibattuto e che assume e ha assunto contenuti differenti e a volte in contrasto tra loro a seconda dell'epoca e dell'approccio considerato. L'identità e le rivendicazioni identitarie hanno infatti storicamente agito da potente magnete e divisore all'interno delle società, distinguendo tra un “noi” e un “loro”, soprattutto quando si aveva a che fare con questioni legate all'etnia, alla nazionalità, alla religione, alla cultura e, più di recente, al genere e all'orientamento sessuale. Tanto più che parlare di identità vuol dire spesso parlare, anche e soprattutto in campo giuridico, di esclusione e di discriminazione contro particolari gruppi, tradizionalmente oppressi<sup>6</sup>. Non è, infatti, un caso che, come vedremo, la tutela dell'identità nel diritto internazionale sia sorta in relazione alle esigenze di protezione delle minoranze.

Nonostante le difficoltà e le cautele che un tema così complesso necessariamente impone, va sottolineato che le questioni identitarie giocano ormai un ruolo importante e

---

<sup>4</sup> Ivi, par. 19: «The right to identity reinforces the protection of human rights, protecting each individual against the denigration or violation of his ‘personal truth’. The right to identity, which encompasses the attributes and characteristics that individualize each human being, seeks to ensure that the individual is faithfully represented in his projection towards his social environment and the outside world».

<sup>5</sup> Z. Bauman, ‘From Pilgrim to Tourist – or a Short History of Identity’, in S. Hall and Paul du Gay (a cura di), *Questions of Cultural Identity*, SAGE Publications, New York, 2011, p. 19.

<sup>6</sup> A. Poole, ‘Identity of Meaning’, in G. Walker, S. Leedham-Greem (a cura di), *Identity: The Darwin College Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 14.

sempre più pervasivo nei discorsi politici<sup>7</sup>, morali e, ultimamente, anche giuridici. Ad esempio, Duncan Kennedy ha rinvenuto nel rilievo normativo delle identità un attributo costitutivo della coscienza e dell'esperienza giuridica contemporanea, tanto da individuarlo tra le fondamenta dell'attuale ciclo della terza globalizzazione del diritto<sup>8</sup>. Proprio poiché si tratta di una categoria con la quale oggi è ineludibile il confronto, appare urgente condurre un'analisi dell'estensione della tutela dell'identità dell'individuo, in quanto tale e in quanto membro di gruppi minoritari, nella prospettiva del diritto internazionale.

## 2. Metodologia della ricerca

### 2.1 Oggetto della ricerca e delimitazione del campo di analisi

Questo studio si pone l'obiettivo di colmare una lacuna nella dottrina internazionalistica in cui manca un'analisi sistematica circa la capacità del diritto internazionale di garantire la tutela dell'identità. Si tratta, infatti, di un aspetto che fino ad oggi è stato investigato poco e solo in maniera settoriale<sup>9</sup>, ma che appare di grande rilevanza se si concorda sul fatto che negli ultimi decenni i diritti umani sono diventati *il* linguaggio delle battaglie per l'identità<sup>10</sup>. Del resto, come evidenziato da Samuel Moyn,

---

<sup>7</sup> Non si può ignorare il dibattito sviluppato dai politologi intorno alle dinamiche identitarie. Si vedano, a titolo di esempio: M. Lilla, *The Once and Future Liberal: After Identity Politics*, HarperCollins, New York, 2018; L. McNay, *Against Recognition*, Polity Press, Cambridge, 2008; R. Brubaker, F. Cooper, 'Beyond "Identity"', in *Theory and Society*, Vol. 29, 2000, pp. 1-47; S. Hekman, 'Identity Crises: Identity, Identity Politics, and Beyond', in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 2(1), 1999, pp. 3-26; K. A. Appiah, *The Lies That Bind: Rethinking Identity*, Liverlight Publishing, New York, 2018; L. McNay, 'Feminism and Post-identity Politics: The Problem of Agency', in *Constellations*, Vol. 17, 2010, p. 512.

<sup>8</sup> D. Kennedy, 'Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000', in D. M. Trubek e A. Santos (a cura di), *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 66-71.

<sup>9</sup> Fanno eccezione i lavori di Jill Marshall sul tema che hanno come focus principale la Corte europea dei diritti dell'uomo: J. Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2009; J. Marshall, *Personal Identity and the European Court of Human Rights*, Routledge, Londra, 2022; e, in chiave di filosofia del diritto, quelli di Costas Douzinas, come ad esempio: C. Douzinas, 'Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights?', in *Journal of Law and Society*, Vol. 29(3), 2002, pp. 379-405; C. Douzinas, *Human Rights and The Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge, London, 2007.

<sup>10</sup> U. Soirila, 'Smothered to (Un)death: On Identity and the European Court of Human Rights as an Administrator of Human Life', in *Social Identities*, Vol. 21, No. 4, 2015, p. 345. Vedi anche: P. Gordon Lauren, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2003, p. 21.

i diritti umani sono stati costretti ad assumere la grande missione politica di fornire «a global framework for the achievement of freedom and identity»<sup>11</sup>.

La ricerca mira, dunque, a esplorare le diverse tappe dell'evoluzione della protezione dell'identità nell'ambito del diritto internazionale, con un particolare focus sui diritti umani, analizzando come le convenzioni internazionali, anche per come interpretate dai tribunali internazionali, abbiano progressivamente riconosciuto e salvaguardato la diversità e l'integrità delle identità. In tal modo, si intende contribuire al dibattito accademico e giuridico, fornendo un quadro approfondito delle dinamiche che hanno influenzato la tutela dell'identità dell'individuo in quanto tale e in quanto membro di un gruppo minoritario sul piano dell'ordinamento internazionale e discutendo dei limiti che la sua protezione ha conosciuto, al fine di comprenderne le motivazioni e valutare se sia possibile prospettare nuove soluzioni normative o giurisprudenziali, adeguate al loro superamento.

L'identità, con la sua ricchezza di sfaccettature, si presenta come un campo vasto e articolato che, nel contesto del diritto internazionale, ha conosciuto un progressivo sviluppo nel riconoscimento e nella salvaguardia dei diversi profili che la compongono. Proprio in considerazione della pluralità delle dimensioni dell'identità che sono emerse nella prassi applicativa e interpretativa dei trattati in materia di tutela dei diritti umani, è stato necessario compiere una scelta fra le tante declinazioni dell'identità da analizzare, scelta che ha condotto a concentrare l'analisi sugli aspetti dell'identità culturale, dell'identità biologica, dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale.

Due motivi hanno giustificato questa scelta.

Anzitutto lo studio non poteva che prendere avvio dall'analisi della protezione offerta nell'ordinamento internazionale all'identità culturale poiché essa ha costituito, come sarà illustrato nel lavoro, la prima dimensione in relazione alla quale si è sviluppata una coscienza e una tutela a livello internazionale. È infatti possibile individuare facilmente nel sistema istituito a cavallo tra le due guerre a tutela delle minoranze nazionali europee la prima forma di protezione internazionale dell'identità. Il primo interrogativo cui tenta di rispondere questo studio è dunque se questo esperimento abbia costituito un caso

---

<sup>11</sup> S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2012, p. 9.



isolato o abbia, in qualche modo, rappresentato un modello per le successive forme di salvaguardia dell'identità culturale.

In secondo luogo, la scelta di concentrare l'analisi sulla tutela dell'identità biologica, sull'identità di genere e l'orientamento sessuale è dovuta alla decisione di privilegiare l'analisi delle problematiche giuridiche connesse a una nozione *dinamica* di identità. Dal dibattito non solo giuridico, ma anche filosofico sul tema dell'identità, emerge infatti, come sarà chiarito a breve, il confronto fra due concezioni dell'identità, una *dinamica*, in cui è l'individuo a scegliere gli elementi identitari da cui vuole essere rappresentato e che risente del contesto in cui l'individuo è immerso – concezione che si manifesta quando vengono in rilievo le dimensioni dell'identità culturale, biologica e di genere – e una *statica*, rappresentata dall'insieme delle caratteristiche che rendono una persona identificabile dall'esterno, di cui possono essere considerati prerogative fondamentali il diritto alla registrazione al momento della nascita, il diritto al nome, il diritto alla nazionalità.

È però con riferimento alla concezione *dinamica* dell'identità che sono emersi interrogativi etici e poi giuridici molto rilevanti, e che le esigenze di protezione maturate in tempi recenti si sono imposte con forza nel dibattito scientifico.

Per quanto riguarda l'identità biologica, gli sviluppi nel campo della genetica, iniziati alla fine degli anni '90, hanno facilitato la possibilità di ricostruire, tramite il DNA, la propria identità e moltiplicato le tecniche di riproduzione assistita, come la donazione di gameti e la maternità surrogata, decretando la sempre maggiore rilevanza del diritto a conoscere le proprie origini e a ottenere informazioni che sono repute di importanza centrale nel processo di costruzione dell'identità personale. Inoltre, tecnologie sempre più sofisticate, come la modifica della linea germinale umana, possono avere ricadute profonde, e parzialmente inesplorate, sull'identità e porsi in contrasto con i diritti umani e la difesa dell'integrità genetica dell'individuo.

Dall'altra parte, il riconoscimento dell'identità di genere sulla base dell'autodeterminazione individuale è un terreno ancora fortemente dibattuto e divisivo. Nella maggior parte degli Stati, gli individui *gender-variant* non hanno accesso a procedure che consentano tale riconoscimento e sono costretti a vivere senza documenti ufficiali che riflettano la loro identità, in un vuoto legale e in un clima di stigma e pregiudizio. Allo stesso modo, a lungo e in larga parte ancora oggi, l'orientamento

sessuale, aspetto centrale dell'identità intima dell'individuo, è stato un elemento che ha ostacolato la possibilità per le coppie di individui *same-sex* di accedere a istituti che consentano un riconoscimento giuridico del rapporto affettivo che li lega, così impendendo la proiezione esterna della loro identità sociale. Appaiono dunque due settori da indagare per verificare qual è il livello di protezione che il diritto internazionale può contribuire a offrire.

Da quanto fin qui detto si è ritenuto opportuno privilegiare, in questo primo studio sull'identità, le dimensioni connesse alla concezione *dinamica* dell'identità, riservando la presa in considerazione delle questioni giuridiche – per la verità meno problematiche – legate alla dimensione *statica* dell'identità a una fase successiva alla stesura della tesi di dottorato, nella prospettiva di un ulteriore approfondimento di questa ricerca.

Si rendono inoltre necessarie due precisazioni ulteriori relative alla “cornice” all'interno della quale questo studio si colloca.

La prima è che, pur dedicando maggiore spazio al tema della tutela dell'identità dell'individuo, esso prenderà avvio e dedicherà attenzione, in relazione alla dimensione culturale, anche alla tutela offerta a gruppi, ed esattamente a gruppi minoritari, di cui l'individuo è membro. Ciò non solo perché, come emergerà dall'analisi, e come appena anticipato, l'esigenza di tutela dell'identità si è affermata storicamente e giuridicamente con riguardo alla tutela delle minoranze, ma anche perché la preservazione delle specificità culturali del gruppo è stata, come sarà illustrato, preconditione stessa per la tutela dell'identità del singolo appartenente al gruppo.

In secondo luogo, si intende chiarire che il concetto di cultura e identità culturale, come del resto molti organismi internazionali hanno fatto, saranno interpretati in senso ampio in modo tale da racchiudere al proprio interno numerose forme di tutela dell'identità del singolo membro e delle minoranze nel loro complesso. Verranno, pertanto, prese in considerazione la tutela, ad opera del diritto internazionale, degli stili di vita e delle attività economiche tradizionali, dell'identità religiosa e delle sue manifestazioni, dell'identità etnica, dell'identità linguistica, della partecipazione nella sfera pubblica dei gruppi minoritari attraverso i loro enti rappresentativi, e, infine, in relazione ai popoli indigeni, della proprietà delle terre ancestrali.

## 2.2. Metodo di ricerca

Se lo scopo della presente ricerca è quello di tentare di fornire una prima sistematizzazione delle risposte elaborate nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani alla protezione dell'identità individuale e, con i limiti sopraccennati, collettiva, ciò non potrà che richiedere l'analisi sistematica delle fonti e della prassi applicativa, approfondendo soprattutto le tecniche interpretative utilizzate dai giudici internazionali per garantirne la protezione. A fronte della quasi assoluta mancanza di disposizioni di trattati internazionali specificamente dedicate alla protezione delle diverse dimensioni dell'identità, si dovrà verificare se e in che misura l'interpretazione estensiva degli accordi internazionali abbia permesso una loro tutela. Si cercherà di determinare, dunque, se le tecniche ermeneutiche elaborate all'interno dei diversi regimi considerati – ad esempio, la dottrina del margine di apprezzamento e il *consensus* nel sistema regionale europeo, il principio *pro homine* o l'interpretazione sistemica delle norme del *corpus iuris* internazionale dei diritti umani nel sistema regionale interamericano – siano riuscite a superare i limiti testuali delle convenzioni poste a tutela dei diritti umani per consentire la protezione delle varie sfaccettature dell'identità.

L'analisi metodica delle fonti e delle sentenze sarà condotta in prospettiva storica e secondo un criterio cronologico, in modo tale da poter cogliere l'evoluzione della tutela offerta dalla protezione internazionale dei diritti umani nel tempo. Si è deciso, inoltre, di non esaminare ciascun regime dei diritti umani singolarmente ma, per ogni dimensione dell'identità indagata, prendere in considerazione e comparare le risposte elaborate a livello regionale dal sistema europeo e interamericano e, laddove rilevanti, a livello universale dai *treaty bodies* delle Nazioni Unite. In questo modo, si potranno esplorare le differenze e le convergenze nei modi in cui tali sistemi affrontano le questioni legate all'identità culturale, biologica, di genere e all'orientamento sessuale. Non si può ignorare infatti che l'elaborazione di modalità differenti in termini di protezione dell'identità è condizionata anche dalla diversità dei contesti socioculturali in cui i sistemi regionali operano, diversità che incide inevitabilmente sull'elaborazione di rivendicazioni identitarie e di istanze di protezione difformi.

Infine, per affrontare un tema quale quello dell'identità, oggetto di numerosissimi studi filosofico-giuridici, si è ritenuto opportuno conoscere i termini generali del dibattito. Da questo sono emersi due approcci antitetici alla comprensione dell'identità, l'approccio

essenzialista e quello post-strutturalista, che offrono visioni contrastanti sull'origine e sulla natura *statica* o *dinamica* di ciò che costituisce il Sé. In estrema sintesi se ne richiamano gli assunti di base perché si cercherà anche di individuare se la protezione offerta dai tribunali internazionali rifletta la sussunzione dell'una o dell'altra visione dell'identità o di nessuna delle due.

La concezione essenzialista dell'identità personale è una prospettiva filosofica che sostiene l'esistenza di un nucleo o essenza immutabile che definisce l'identità di un individuo. In altre parole, secondo questo orientamento, c'è una base stabile e invariabile che rende una persona quella che è, indipendentemente dalle influenze esterne. L'identità è dunque un attributo *statico* dal contenuto intrinseco e determinato che costituisce la "verità", indivisibile e persistente, di una persona, rappresentata come un'entità monologica e chiusa<sup>12</sup>. Anche caratteristiche come la cultura, il genere o l'etnia, che contribuiscono alla determinazione dell'identità dell'individuo, sono viste, in quest'ottica, come costanti che persistono nel tempo.

Al contrario, le visioni post-strutturalista e *queer*<sup>13</sup> – e, nonostante le dovute differenze, quella dei teorici del riconoscimento<sup>14</sup> – concepiscono l'identità come un costrutto sociale, sempre incompleto e in continua trasformazione, che risente dell'interazione con numerose forze, tra cui la cultura, la società, la religione, il sistema di valori dominante, le istituzioni giuridiche<sup>15</sup>. Viene messo in luce l'aspetto *dinamico* e interpersonale dell'identità, che dipende dalle percezioni esterne e dall'interazione con l'Altro, non è una sfera chiusa ma è un'apertura all'alterità, alla differenza, che contribuisce alla sua

---

<sup>12</sup> S. Hall, 'Who Needs Identity?', in S. Hall, P. du Gay (a cura di), *Question of Cultural Identity*, Sage Publication, 1996, 1-17; S. Hall, 'Cultural Identity and Diaspora', in Jonathan Rutherford (a cura di), *Identity: Community, Culture, Difference*, Lawrence & Wishart, Londra, 1990, pp. 223-225; K. Fine, 'Essence and modality: The second philosophical perspectives lecture', in *Philosophical perspectives*, Vol. 8, 1994, pp. 1-16.

<sup>13</sup> M. Griffiths, *Feminisms and the Self: The Web of Identity*, Routledge, London, 1995; J. Butler, *Bodies That Matter*, Routledge, London, 1993

<sup>14</sup> C. Taylor, *The Source of the Self, The Making of the Modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; C. Taylor, *The Ethics of Authenticity*, Harvard University Press, Cambridge, 1992; C. Taylor, 'The Politics of Recognition', in A. Gutmann (a cura di), *Multiculturalism: Examining The politics of recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994; C. Taylor, 'Western Secularity', in C. Calhoun, M. Juergensmeyer, J. VanAntwerpen (a cura di), *Rethinking Secularism*, Oxford University Press, 2011; C. Douzinas, 'Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights?', in *Journal of Law and Society*, Vol. 29(3), 2002; N. Fraser, 'Redistribution or Recognition? Justice in a "Post-Socialist" Age', in *New Left Review*, Vol. 1, 1995; N. Fraser, 'Rethinking Recognition', in *New Left Review*, Vol. 3, 2000; A. Honneth, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, MIT Press, Cambridge, 1996.

<sup>15</sup> S. Benn, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986

definizione<sup>16</sup>. La conseguenza è che l'identità può essere rappresentata, per usare le parole di Rosi Braidotti, come un flusso in divenire, un assemblaggio complesso, fatto di relazioni eterogenee<sup>17</sup>. Pur essendo radicato in un determinato spazio, il soggetto è costantemente impegnato in un processo infinito di trasformazione. Più che di identità sarebbe, dunque, corretto parlare di processi di identificazione, sempre in corso, incompiuti e dipendenti dall'esterno, poiché nessuna identità è data o acquisita una volta per tutte<sup>18</sup>. Ogni identità sarebbe dunque di per sé ambigua e multipla, sempre plurale, variabile, in transito.

Tenendo conto del dibattito appena richiamato, che fa da sfondo all'azione legale a tutela dell'identità, la ricerca si propone anche di verificare se il tipo di protezione offerto dai tribunali internazionali corrisponda o meno, in tutto o in parte, a queste concezioni dell'identità. Nel farlo ci si domanderà se la necessaria astrattezza delle categorie normative e la classificazione dei soggetti in categorie identitarie non sia di per sé incapace di cogliere l'intera ampiezza dell'esperienza umana, finendo con il risultare normativa ed escludente e, dunque, se il diritto internazionale dei diritti umani riesca a garantire la protezione di identità plurali e sempre mutevoli, come descritte dalla teoria post-strutturalista. Quest'ultimo aspetto emergerà in particolare con riferimento alla tutela internazionale dell'identità di genere.

### 2.3 Piano dell'indagine

La ricerca si compone di quattro capitoli, in ognuno dei quali si è cercato di determinare l'ampiezza della protezione che il diritto internazionale è riuscito a garantire alle diverse dimensioni dell'identità.

Il primo capitolo, articolato in due sezioni, si propone di indagare le origini della tutela dell'identità nel diritto internazionale allo scopo di verificare se le prime forme di salvaguardia che, come già anticipato, riguardano le minoranze, abbiano rappresentato un modello da seguire nella protezione dell'identità. A questo fine, dopo una brevissima disamina di alcuni tentativi ancora molto rudimentali di protezione, registrati tra la fine

---

<sup>16</sup> Si vedano: J. Derrida, *Positions*, University of Chicago Press, Chicago, 1981; J. Derrida, *Différance*, in P. Kamuf (a cura di), *A Derrida Reader: Between the Blinds*, Columbia University Press, New York, 1991, pp. 59-79.

<sup>17</sup> R. Braidotti, *The Posthuman*, Polity Press, Cambridge, 2013, p. 214.

<sup>18</sup> É. Balibar, *Politics and the Other Scene*, Verso, London, 2002, pp. 28 e ss.

del XVII e il XIX secolo, ampio spazio verrà dedicato alla ricostruzione del regime di tutela dell'identità delle minoranze e dei loro membri istituito nel Primo dopoguerra e posto sotto la garanzia della Società delle Nazioni. Si indagherà poi se la fine di questo regime, concomitante con gli sviluppi sul piano internazionale successivi al secondo conflitto mondiale, abbiano determinato, e in che misura, un cambio di paradigma nella tutela dell'identità. La seconda sezione, invece, apre all'analisi di un altro settore del diritto internazionale, il diritto internazionale penale, al fine di verificare se la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, adottata nell'immediato Secondo dopoguerra, possa essere considerata uno strumento atto a tutelare, nonostante la deliberata esclusione del genocidio culturale, l'identità dei gruppi protetti. In particolar modo, ci si domanderà se il divieto di genocidio salvaguardi esclusivamente l'esistenza dei gruppi o se rientrano nell'ambito di applicazione del divieto anche misure che, pur non mirando alla distruzione fisica o biologica dei membri del gruppo, ne minino le specificità culturali e identitarie, venendo comunque nei fatti a provocare la scomparsa del gruppo in quanto tale. Una riflessione finale sarà dedicata ad appurare se l'evoluzione dei crimini contro l'umanità e, nello specifico, il crimine di persecuzione consenta il perseguimento di atti di distruzione del patrimonio culturale dei gruppi e, più in generale, di condotte riconducibili alla definizione originaria del genocidio culturale.

Il secondo capitolo, suddiviso in tre sezioni, sarà dedicato, in continuità con il precedente, alla tutela dell'identità culturale dei membri delle minoranze nei trattati sui diritti umani. In particolare, nella prima sezione dedicata ai trattati conclusi a livello universale, verrà esaminato il riemergere, a partire dalla fine degli anni '60, dell'interesse per la tutela dell'identità culturale, religiosa e linguistica dei membri delle minoranze nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e, successivamente, nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Particolare risalto verrà tributato agli avanzamenti registrati grazie all'attività interpretativa dei meccanismi di controllo di tali trattati.

La seconda e la terza sezione saranno dedicate invece al ruolo svolto dai meccanismi di controllo sugli accordi regionali posti a tutela dei diritti umani in relazione alla protezione dell'identità culturale e religiosa delle minoranze e dei loro membri. Nella seconda sezione, verranno affrontati quattro profili principali della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia. Il primo è quello della rivendicazione

dell'identità delle minoranze nella sfera pubblica come preconditione per la realizzazione di società democratiche aperte e inclusive attraverso enti rappresentativi delle stesse: partiti politici, associazioni e comunità religiose. Si vedrà, pertanto, in che misura la libertà di associazione e la valorizzazione del pluralismo, ad opera della Corte, abbiano rappresentato degli strumenti utili per la promozione dell'identità di diversi gruppi minoritari. Il secondo profilo riguarderà, invece, i contorni della tutela dell'identità religiosa, e in particolar modo del diritto di manifestare la propria religione indossando simboli religiosi, dei singoli membri del gruppo minoritario. In terzo luogo, verranno esaminate la modalità in cui la Corte di Strasburgo protegge l'identità culturale degli individui appartenenti a gruppi minoritari attraverso il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In questo caso sono due le dimensioni che verranno in rilievo: la protezione dello stile di vita tradizionale e il diritto all'autodefinizione etnica degli appartenenti a gruppi minoritari. Infine, si analizzerà la giurisprudenza in tema di non discriminazione razziale ed etnica.

La terza sezione del secondo capitolo sarà invece dedicata alla tutela da parte della Corte interamericana dei diritti umani delle specificità identitarie dei popoli indigeni, sottolineando, di volta in volta, la diversità di approcci rispetto alla Corte europea. Ci si interrogherà sull'uso del diritto all'identità culturale come strumento per interpretare varie disposizioni della Convenzione americana, in particolare il diritto di proprietà, il diritto alla vita, alla partecipazione politica e al trattamento umano. Infine, verrà richiamato uno sviluppo recente che prevede la diretta giustiziabilità del diritto all'identità culturale in quanto diritto implicitamente rientrante tra i diritti economici, sociali e culturali protetti dall'art. 26 della Convenzione americana.

Nel terzo capitolo, invece, il focus dell'analisi si sposterà su una diversa dimensione dell'identità, l'identità biologica, in particolare sulle sfide interpretative poste dal diritto alla conoscenza delle proprie origini. Verranno analizzati i principali accordi di diritto internazionale che regolano tale diritto per individuare dei principi guida e dei criteri generali che possano orientare la delicata operazione di bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco – del minore, dei genitori biologici e dello Stato – e condizionare, a fronte di profonde differenze nella regolamentazione a livello nazionale, la sua applicazione. L'analisi riguarderà prevalentemente la prassi del Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e la Corte europea dei diritti umani. Si cercherà di verificare anche se

gli obblighi internazionali degli Stati in relazione a tale diritto incontrino delle differenze significative a seconda del fatto che ci si trovi in presenza dei casi tradizionali di adozione o di nati attraverso tecniche di riproduzione assistita, come la donazione di gameti e la maternità surrogata. Si cercherà dunque di definire se, anche nella giurisprudenza internazionale si stia assistendo a quella che è stata definita una “genetizzazione” dell’identità e, per certi versi, della paternità. Nell’ambito del sistema interamericano, al contrario, la tutela dell’identità biologica è venuta in rilievo in controversie completamente diverse riguardanti casi di sparizioni forzate di minori che saranno richiamate. L’analisi finale sarà poi dedicata a un ulteriore e più recente sviluppo che potenzialmente impatta sull’identità genetica degli individui e della specie umana nel suo complesso, quello della modifica della linea germinale umana, andando a chiarire qual è la regolamentazione attuale e quali gli sviluppi futuri e le possibili ricadute in termini di identità individuale e collettiva.

Infine, il quarto e ultimo capitolo si occuperà di ricostruire l’evoluzione della tutela internazionale dell’identità di genere – in particolar modo del diritto al riconoscimento legale del genere d’elezione – e dell’orientamento sessuale. Ci si domanderà se il paradigma etero-normativo, che identifica ogni individuo come uomo o donna a seconda del sesso assegnato alla nascita, sia stato o meno il paradigma dominante anche nel diritto internazionale e se, e in che misura, abbia condizionato la capacità dello stesso di fornire una tutela effettiva dei diritti degli individui *gender-variant*. A questo fine, il capitolo si occuperà, nella prima sezione, di individuare, sia pur brevemente, la genesi e l’evoluzione della categoria del “genere” nel diritto internazionale dei diritti umani. Verranno poi illustrate le posizioni di diversi meccanismi di controllo e procedure speciali delle Nazioni Unite che, sotto la spinta propulsiva dei Principi di Yogyakarta, nell’ultimo decennio, hanno adottato documenti in cui si contrastano la patologizzazione delle identità trans e hanno sposato un modello basato sull’autodeterminazione individuale. Nella seconda sezione del capitolo, l’analisi si sposterà ancora una volta a livello regionale per verificare se e con quali limiti l’identità di genere di individui *gender-variant* sia garantita dalla Corte europea e dalla Corte interamericana dei diritti umani. Infine, la terza sezione sarà dedicata all’analisi della protezione dell’orientamento sessuale nei sistemi regionali di tutela dei diritti umani, valutando in che misura gli stessi siano riusciti ad assicurare la



salvaguardia di un aspetto centrale dell'identità sociale delle coppie omosessuali, ossia l'accesso a forme di riconoscimento giuridico della propria relazione affettiva.



## PARTE PRIMA

# LA TUTELA DELL'IDENTITA' DEI GRUPPI E DEI LORO MEMBRI



# CAPITOLO I

## ALL'ORIGINE DELLA TUTELA DELL'IDENTITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: LA PROTEZIONE DELLE MINORANZE

Sommario: SEZIONE I – LE PRIME FORME DI TUTELA DELL'IDENTITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E IL REGIME ISTITUITO TRA LE DUE GUERRE – 1. Gli albori della tutela internazionale dell'identità tra XVII e XIX secolo: dalle minoranze religiose alle minoranze nazionali – 2. Il regime internazionale di protezione dell'identità delle minoranze tra le due guerre: caratteri generali – 2.1 Il contenuto sostanziale delle norme primarie dei trattati sulle minoranze – 2.2 Il contenuto delle norme secondarie nei trattati sulle minoranze e adottate dalla SdN – 2.3 Il ruolo della Corte permanente di giustizia internazionale – 2.4 La fine del sistema – 3. Il Secondo dopoguerra e l'irrelevanza della questione minoritaria – 4. Luci e ombre delle prime forme di tutela dell'identità nel diritto internazionale – SEZIONE II – LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ CULTURALE DEI GRUPPI NEL SECONDO DOPOGUERRA: CONVENZIONE GENOCIDIO E SVILUPPI SUCCESSIVI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE – 5. La tutela dell'identità culturale dei gruppi ad opera della Convenzione sul genocidio – 5.1 Gruppi protetti come gruppi portatori di una propria identità distintiva – 5.2 La mancata inclusione del genocidio culturale nella Convenzione sul genocidio – 5.3 La distruzione dell'identità culturale di un gruppo come elemento di prova dell'intento genocidario – 6. La tutela dell'identità dei gruppi attraverso i crimini contro l'umanità – 6.1 Il crimine di persecuzione – 6.2 Attacchi al patrimonio identitario e crimine di persecuzione – 7. Riflessioni conclusive su legame tra genocidio, genocidio culturale e persecuzione e la protezione dell'identità culturale dei gruppi.

### SEZIONE I

#### LE PRIME FORME DI TUTELA DELL'IDENTITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E IL REGIME ISTITUITO TRA LE DUE GUERRE

## **1. Gli albori della tutela internazionale dell'identità tra XVII e XIX secolo: dalle minoranze religiose alle minoranze nazionali**

Nel tentativo di ricostruire le origini della tutela dell'identità nel diritto internazionale è possibile risalire molto indietro nel tempo, addirittura alla fine del XVII secolo. È a partire da quell'epoca, infatti, che furono realizzate le prime forme di protezione dell'identità non del singolo individuo in quanto tale ma in quanto membro di uno specifico gruppo minoritario. Questo perché nel diritto internazionale il problema di difesa dell'identità è sorto in risposta – e, per tutta una prima lunga fase, è stato indissolubilmente legato – alle esigenze di protezione delle minoranze.

Si dovrà attendere il periodo tra le due guerre per assistere a un sistema sofisticato e sistematico di salvaguardia dei gruppi minoritari, ma già quasi tre secoli prima una forma di tutela, sia pur embrionale e parziale, avveniva attraverso la stipula di trattati bilaterali, il cui prerequisito era l'esistenza di un legame di varia natura – in una prima fase esclusivamente di religione, poi anche di nazionalità o cultura – tra la Potenza protettrice e la minoranza protetta che si trovava nei territori di un diverso Stato.

Esula dalle finalità di questo lavoro una ricostruzione dettagliata delle origini storiche della protezione delle minoranze e delle caratteristiche identitarie dei loro membri. Ci si limita a ricordare che, in un'Europa che era stata dilaniata dalle guerre di religione che avevano fatto seguito alla Riforma protestante, le prime forme di tutela internazionale, nel corso del Seicento, riguardarono le minoranze religiose. Si avvertì, infatti, come prioritaria e urgente la protezione di minoranze protestanti in territori cattolici e viceversa<sup>19</sup>.

Le guerre scatenate dalle nuove Potenze – Russia, Prussia e Svezia – ruppero l'equilibrio creato dal Trattato di Westfalia nel 1648, producendo una serie di mutamenti territoriali. In virtù dell'allora ampiamente accettato principio del *cuius regio eius religio*, i Paesi coinvolti avrebbero potuto obbligare i sudditi dei territori annessi ad adottare la religione di Stato. Eppure non fu così e, per evitare nuove ostilità, nei trattati di pace

---

<sup>19</sup> Per una ricostruzione dell'origine storica della protezione delle minoranze, soprattutto religiose, si rimanda ad: A. Balogh, *La protection internationale des minorités*, Les éditions internationales, Parigi, 1930, pp. 23-25; H. Bagley, *General Principles and Problems in the Protection of Minorities: A Political Study*, Georg Geneve, Imprimeries populaires, 1950, pp. 65 ss; L. Dei Sabelli, *Nazioni e minoranze etniche*, Zanichelli, Bologna, 1929, p. 230 ss; A. Hobza, 'Questions de droit international concernant les religions', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1924, p. 376. ss

firmati nella seconda metà del XVII secolo non fu infrequente inserire delle clausole protettive per effetto delle quali le Parti si impegnavano a proteggere l'identità religiosa delle minoranze. Il primo esempio di questa nuova prassi fu rappresentato dal Trattato di Oliva del 1660 con cui la Svezia – che acquisiva alcune regioni cattoliche appartenute alla Prussia e alla Polonia – si impegnavano a rispettare la fede religiosa dei nuovi sudditi e a garantir loro la libertà di religione e il libero esercizio del culto<sup>20</sup>. Similmente, con il Trattato di Nijmegen del 1678 tra Francia e Olanda, quest'ultima assumeva l'obbligo di garantire la libertà di religione alla minoranza cattolica stanziata nei territori ceduti dalla Francia<sup>21</sup>.

Accanto agli accordi tra Stati europei, nello stesso periodo furono adottati anche numerosi trattati tra le varie Potenze continentali, che di volta in volta aspiravano a ergersi a protettrici della cristianità, e l'Impero ottomano. Questi si andarono ad affiancare al regime delle capitolazioni – che non è possibile analizzare in questa sede e che comunque riguardava gli stranieri e non gli appartenenti a minoranze aventi la nazionalità dello Stato con cui veniva stipulato l'accordo<sup>22</sup>. Particolarmente attive, anche a causa della prossimità geografica, furono Austria e Russia che miravano, attraverso accordi volti a tutelare l'identità religiosa delle minoranze cristiane, a espandere i propri confini

---

<sup>20</sup> Si vedano in particolare gli artt. 3 e 4 del Trattato citati da M. Toscano, *Le minoranze di razza, lingua e religione nel diritto internazionale*, Torino, CEDAM, 1931, p. 13 ss.

<sup>21</sup> Effetti simili ebbe il Trattato di Ryswick del 1697 concluso tra le stesse parti o il Trattato di pace tra Francia e Gran Bretagna del 1713 con cui la Francia cedeva la Baia di Hudson e l'Acadia, il cui art. 14 disponeva: «Those who choose to stay and remain under the domination of Great Britain must be able to enjoy the exercise of the Roman Catholic religion».

Allo stesso modo, il Trattato di Nystadt del 1721 tra la Svezia e la Russia obbligava quest'ultima a rispettare nelle regioni annesse l'esercizio della religione evangelica e del culto ortodosso. Si vedano gli articoli riprodotti in C. Parry, 'The Consolidated Treaty Series with Index 1648-1919', in J. P. Grant, J. C. Barker (a cura di), *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 340 ss.

Si veda F. L. Israel, *Major Peace Treaties of Modern History, 1648-1967*, New York, Chelsea House Publishers, 1967, pp. 10-50; F. Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion. Étude de droit des gens*, Dalloz, Parigi, 1922, p. 78 ss.

<sup>22</sup> Il regime delle capitolazioni, di cui il Trattato del 1740 tra Francia e Impero ottomano delineò i tratti principali, serviva a regolare le condizioni di residenza sul territorio dell'Impero ottomano di cittadini dello Stato europeo con cui veniva concluso l'accordo. Prevedevano una serie di garanzie, tra cui il divieto di espulsione senza il consenso del console; la libertà di pratica del culto cristiano; la libertà di scambio con esenzione dal pagamento di dazi; il divieto di rappresaglie e, in caso di controversie con altri cittadini europei, la sottoposizione alla giurisdizione del console. Si trattava di privilegi concessi agli europei senza reciprocità. Le capitolazioni furono denunciate dalla Turchia nel settembre del 1914, prima della dichiarazione dello stato di guerra e furono definitivamente abolite con il Trattato di Losanna del 1923.

Si veda A. Cassese, M. Frulli (a cura di), *Diritto internazionale*, Il Mulino, 2021, p. 44. Per approfondimenti si veda anche A. H. De Groot, 'The Historical Development of the Capitulatory Regime in the Ottoman Middle East from the Fifteenth to the Nineteenth Centuries', in *Oriente moderno*, 2003, pp. 575-604.

indebolendo la coesione interna dell'Impero<sup>23</sup>. Così, ad esempio, il Trattato austro-ottomano del 1615 garantiva «a ceux qui professent être le peuple de Jésus Christ et qui obéissent au Pape»<sup>24</sup> di poter edificare chiese nei territori dell'Impero ottomano, professare la propria religione, in privato e in pubblico, e riunirsi in assemblea.

Una differenza significativa tra gli strumenti intra-cristiani e quelli tra potenze europee e Impero ottomano è che nei primi la protezione riguardava solo gruppi minoritari presenti nei territori effettivamente ceduti tramite l'accordo in questione, mentre i secondi erano di più ampia portata, prevedendo l'obbligo di protezione delle minoranze presenti in tutto l'Impero<sup>25</sup>. Una spiegazione è da rinvenire nel fatto che le clausole sulla protezione delle minoranze erano in realtà in contrasto con l'idea consolidata nei Paesi europei che il rapporto con i sudditi fosse una questione di dominio riservato degli Stati e, quindi, più difficili da accettare perché considerati un'intrusione nella propria sovranità. Al contrario, nell'Impero ottomano il sistema tradizionale dei *Millet*<sup>26</sup> era profondamente radicato e dal XVI secolo in poi diverse comunità religiose minoritarie godevano di ampie autonomie in materia religiosa e civile, potendo controllare l'educazione, le tasse, i registri di stato civile<sup>27</sup>.

Dal XIX secolo in poi si registrò un cambiamento nell'approccio internazionale alla tutela dell'identità delle minoranze. Quattro delle caratteristiche principali di questa nuova fase si riscontreranno anche nel sistema successivo alla Prima guerra mondiale. In particolar modo, se prima le clausole finalizzate a proteggere le minoranze si rinvenivano quasi esclusivamente in trattati bilaterali, il mezzo privilegiato di tutela divennero gli accordi multilaterali<sup>28</sup>. In secondo luogo, a partire dal Congresso di Vienna del 1815, che si poneva l'obiettivo di ricostruire un nuovo ordine dopo la sconfitta di Napoleone, non

---

<sup>23</sup> P. Simone, *La tutela internazionale delle minoranze nella sua evoluzione storica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002, p. 17 ss.

<sup>24</sup> Disposizioni simili furono previste anche dal Trattato di Koutchouk-Kainardi del 1774 e da quello di Adrianopoli del 1820 siglati dalla Russia. Il Trattato di Carlowitz del 1699 attribuiva invece all'ambasciatore polacco il potere di sottoporre al governo qualsiasi richiesta inerente a questioni religiose.

<sup>25</sup> P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 25.

<sup>26</sup> Sul Sistema dei Millet si veda: G. M. Quer, 'Pluralismo e diritti delle minoranze. Il sistema del Millet', in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 18, 2010, pp. 257-284; L. Caprara, 'Pluralismo religioso e multiculturalismo nell'Impero ottomano: il sistema dei Millet', in *Vita e pensiero*, 2018, pp. 531-549.

<sup>27</sup> J.A. Laponce, *The Protection of Minorities*, University of California Press, Berkeley, 1960, p. 80 ss; A. N. Mandelstam, 'La Société des Nations et les puissances devant le problème arménien', in *Revue générale de droit international public*, 1922, p. 304.

<sup>28</sup> C. A. Macartney, *National States and National Minorities*, Russel and Russel, New York, 1968, p. 187.



solo le clausole dei trattati che proteggevano i gruppi minoritari divennero più dettagliate, ma vennero estese a collettività diverse dalle sole minoranze religiose, ossia alle minoranze etniche e nazionali. Tale passaggio fu facilitato dall'emersione, dopo la Rivoluzione francese, del principio di nazionalità come criterio che avrebbe dovuto guidare la costruzione degli Stati. Inoltre, divenne sempre più impellente la necessità di assicurare forme di tutela alle minoranze presenti nei quattro grandi Imperi plurinazionali, estremamente frammentati al proprio interno. Così, ad esempio, l'art. 1 dell'Atto finale del Congresso di Vienna, firmato da Austria, Francia, Gran Bretagna, Portogallo, Prussia, Russia e Svezia, fu la prima clausola posta a salvaguardia dell'identità di una minoranza nazionale. Infatti, a fronte dello smembramento della Polonia, l'Atto impose obblighi volti a tutelare i polacchi<sup>29</sup> che, come gruppo nazionale, avrebbero dovuto ottenere da Russia, Austria e Prussia, propri rappresentanti nelle istituzioni e garanzie volte a preservarne le specificità nazionali<sup>30</sup>.

In terzo luogo, le garanzie iniziarono ad estendersi al di là dell'aspetto religioso, ricomprendendo l'uguaglianza dei diritti civili e politici ma anche profili connessi con la protezione dell'identità delle minoranze, come la tutela delle tradizioni, delle proprietà e degli istituti educativi<sup>31</sup>. Nel corso dell'Ottocento, infatti, non si ritenne più sufficiente evitare forme di discriminazione delle minoranze ma venne considerato opportuno preservarne le specificità culturali con una serie di garanzie che Francesco Salerno descrive come complesse e articolate<sup>32</sup>. Ne fu un esempio l'art. 2 della Convenzione di Costantinopoli del 1879 tra l'Austro-Ungheria e la Turchia riguardante l'occupazione

---

<sup>29</sup> M. Hurst, *Key Treaties for the Great Powers, 1814-1914*, David and Charles, Exeter, 1972, p. 45: «The Polish subjects of the High Contracting Parties shall be given institutions which guarantee the preservation of their nationality and which shall assume such political form as each of the governments to which they are subject shall deem appropriate». Accanto a tali garanzie veniva previsto anche il diritto all'uso del polacco accanto al tedesco. Si veda anche C. Webster, *The Congress of Vienna: 1814-1815*, G. Bell & Sons Ltd., Londra, 1950, p. 158.

<sup>30</sup> Se il testo non specificava il contenuto degli obblighi di protezione, alcuni Bagley e Modeen ritengono che vada interpretato come una garanzia posta a salvaguardia dell'identità culturale della minoranza polacca. Si veda a questo proposito: H. Bagley, *General Principles and Problems in the Protection of Minorities*, op. cit., p. 66; T. Modeen, *The International Protection of National Minorities in Europe*, Abo Akademi, 1969, p. 48.

<sup>31</sup> F. Capotorti, Relatore Speciale della Sottocommissione ONU per la lotta contro le misure discriminatorie e la protezione delle minoranze, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', United Nations, New York 1979, UN Doc. E/CN4/Sub2/384/Rev. p. 2.

<sup>32</sup> F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 70 ss.; A. Fenet, G. Soulier, *Minorités, État et société*, in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, Parigi, 1989, p. 50.

delle province della Bosnia e dell'Erzegovina, in cui le autorità austriache si impegnarono a rispettare la libertà religiosa, le tradizioni, la libertà di insegnamento nelle scuole minoritarie e le proprietà della minoranza musulmana presente in detti territori.

Infine, un'ulteriore caratteristica di questa fase, rispetto alla quale si può individuare una linea di continuità con gli sviluppi successivi, è che gli obblighi di protezione delle minoranze stanziati all'interno dei confini statali gravarono esclusivamente sui Paesi dell'Europa centro-orientale. La questione delle minoranze fu avvertita infatti come un problema il cui centro gravitazionale era costituito da questa area geografica.

Un esempio di questa tendenza è rappresentato dal Trattato di Berlino del 1878 concluso tra Germania, Austria, Ungheria, Francia, Gran Bretagna, Italia, Russia e Turchia<sup>33</sup>. Nell'accordo, il riconoscimento dell'indipendenza dei nuovi Stati balcanici – il Montenegro (art. 16), la Serbia (art. 17), la Bulgaria (art. 44) e la Romania (art. 49) – fu subordinato al rispetto di una serie di disposizioni sulla non discriminazione e la libertà di culto e, laddove erano presenti comunità etniche turche o greche, al rispetto dei diritti civili e politici di tali gruppi i cui interessi dovevano essere debitamente tenuti in considerazione anche per le elezioni<sup>34</sup>.

La presenza di una moltitudine di trattati che contenevano disposizioni simili dimostra che sicuramente le minoranze e la tutela della loro identità vennero percepite come una fonte di preoccupazione per gli Stati europei già nel corso dell'Ottocento e che, dunque, esiste una lunga tradizione e una prassi ricorrente in tal senso nel diritto internazionale<sup>35</sup>.

Tuttavia, tale sistema di protezione delle minoranze, basato sui trattati conclusi dalle grandi Potenze, si rivelò inadeguato. Avrebbe potuto funzionare più efficacemente se le stesse avessero agito di concerto e non ciascuna sulla base dei propri interessi politici. Si trattava, ad ogni modo, di un regime rudimentale, incapace di fornire una protezione effettiva alle minoranze a causa anche dell'estrema vaghezza delle disposizioni contenute negli accordi. Inoltre, la principale carenza di tali trattati risiedeva nella mancanza di un

---

<sup>33</sup> Il testo di questi trattati è consultabile in Great Britain Foreign Office, *British and Foreign State Papers, 1877-1879*, Vol. LXIX, Willian Ridgway Editor, 1885, p. 749.

<sup>34</sup> Art. 4: «In the districts where Bulgarians are intermixed with Turkish, Romanian, Greek and other populations, the rights and interests of these populations shall be taken into consideration as regards the elections and the drawing up of the Organic Law».

<sup>35</sup> F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', op. cit., p. 75.

meccanismo di vigilanza per verificarne l'effettivo rispetto<sup>36</sup>. Perdi più, tale sistema poteva essere visto come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali poiché fungeva, in alcuni casi, come pretesto per interventi da parte delle grandi Potenze negli affari interni degli Stati vincolati da tali accordi<sup>37</sup>. Nonostante non sia questa la sede per esaminare le caratteristiche dei cosiddetti “interventi di umanità” delle Potenze europee dell'epoca – definiti in dottrina come «un'interferenza esterna dittatoriale»<sup>38</sup> –, questi furono molto frequenti e si indirizzarono a protezione di quelle minoranze nei confronti delle quali l'Impero ottomano aveva assunto specifici obblighi di comportamento.

Nel corso del secolo successivo, a partire dal Primo dopoguerra, la protezione internazionale delle comunità minoritarie continuò: venne però elaborato uno schema molto più ambizioso sebbene, ancora una volta, non di portata universale.

## **2. Il regime internazionale di protezione dell'identità delle minoranze tra le due guerre: caratteri generali**

Il regime di protezione delle minoranze creato alla fine della Prima guerra mondiale ha costituito, per l'epoca, una forma piuttosto avanzata di protezione dell'identità delle minoranze e dei loro membri. Può essere considerato il primo sistema elaborato sul piano dell'ordinamento internazionale in cui l'identità dell'individuo in quanto parte di un gruppo minoritario – definito dalla condivisione di una comune identità religiosa, etnica, linguistica o razziale – trovava una forma di protezione. Tale regime ha costituito un esperimento durato all'incirca vent'anni che ha profondamente influenzato il diritto internazionale contemporaneo<sup>39</sup>. Si basava, infatti, su una complessa rete di trattati – posti

---

<sup>36</sup> I. L. Claude, *National Minorities-An International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955.

<sup>37</sup> F. Capotorti, ‘Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities’, op. cit., p. 3.

<sup>38</sup> L. Oppenheim, *International Law. A treatise, Vol. I, Peace*, edito da H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co, Londra, 1955, p. 305. Si rimanda a A. Rougier, *La théorie de l'intervention d'humanité*, (edizione originale 1910), Hachette/BnF, 2016 p. 58 ss; A. Cavaglieri, *L'intervento nella sua definizione giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1913; B. Potter, ‘L'intervention en droit international’, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 32, 1930, p. 607 ss.

<sup>39</sup> Per una ricostruzione approfondita del funzionamento del sistema si rimanda a: C. Weisbrod, ‘Minorities and Diversities: The Remarkable Experiment of the League of Nations’, in *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 2, 1992, pp. 359–406; P. de Azcarate, *League of Nations and National Minorities-An Experiment*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1945; J. Stone, *International Guarantee of Minority Rights*, Oxford University Press, Londra, 1932; J. Robinson

come vedremo sotto la garanzia internazionale della Società delle Nazioni (SdN) – costruita a protezione degli appartenenti a minoranze che, per alcuni studiosi, ha esercitato una profonda influenza, che non è sempre stata riconosciuta, sulla successiva elaborazione dei sistemi pattizi di protezione dei diritti umani<sup>40</sup>.

Durante i negoziati di pace al termine della Grande Guerra risultò subito con chiarezza che il crollo dei quattro grandi Imperi – austro-ungarico, tedesco, ottomano e russo – non sarebbe stato seguito dalla creazione di nuovi Stati etnicamente omogenei. Ciò avvenne, *ex multis*, per due ragioni principali: da un lato, i diversi gruppi nazionali erano troppo intrecciati tra loro per stabilire delle linee di confine chiare che seguissero rigidamente il principio di nazionalità e dall'altro, i negoziati di pace furono condotti con un'ottica punitiva nei confronti delle potenze sconfitte<sup>41</sup>. La disintegrazione degli Imperi multinazionali accentuò dunque «il rilievo del principio di nazionalità nel senso di accoglierlo sotto forma di indipendenza per taluni Stati e di garanzia internazionale di quelle minoranze nazionali alle quali non venne consentita questa possibilità»<sup>42</sup>.

Si venne pertanto a creare il problema delle minoranze nazionali, gruppi di individui con un legame etnico, culturale o linguistico con un determinato Paese che furono inglobati all'interno di nuovi e diversi Stati – soprattutto Polonia, Cecoslovacchia, Serbia, Romania e Grecia – in cui venivano a trovarsi in posizione minoritaria<sup>43</sup>. La protezione di questi gruppi, legati alla popolazione maggioritaria di un altro Stato, era percepita come un fattore centrale per la sicurezza e l'equilibrio politico successivi alla Prima guerra

---

et al., 'Were the Minorities Treaties a Failure?', in *Institute of Jewish Affairs*, New York, 1943; I. Claude, *National Minorities-An International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955; R. Veatch, 'Minorities and the League of Nations', in W. de Gruyter (a cura di), *The League of Nations in Retrospect*, New York, 1983.

<sup>40</sup> P. Hilpold, 'The League of Nations and the Protection of Minorities – Rediscovering a Great Experiment', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 2013, pp. 7-124.

<sup>41</sup> C.A. Macartney, *National States and National Minorities*, Oxford University Press, Londra, 1934; S. Sierpowski, 'Minorities in the System of the League of Nations', in P. Smith et al. (a cura di), *Ethnic Groups in International Relations*, New York University Press, New York, 1990; C. Schmid, 'The Minority Protection System of the League of Nations and the Central and Eastern European States', in *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 7, 2007, p. 35.

<sup>42</sup> F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', op. cit., p. 71; C. Zanghì, 'Minoranze etnico-linguistiche: Diritto internazionale', in *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Roma 1990.

<sup>43</sup> J.E. Nijman, 'Minorities and Majorities', in B. Fassbender and A. Peters (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; I. Claude, *National Minorities: an International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955; E. Aci Monfosca, *Le minoranze nazionali contemplate dagli atti internazionali*, Vallecchi, Firenze, 1929, p. 10 ss.

mondiale<sup>44</sup>. Si temeva infatti che, in assenza di un adeguato sistema di protezione, potessero creare uno stato di tensione continua.

Non a caso, il presidente americano Wilson, in una riunione plenaria della Conferenza di pace, dichiarò: «Nothing is more likely to disturb the peace of the world than the treatment which might in certain circumstances be meted out to minorities»<sup>45</sup>. Pertanto, va sin dall'inizio chiarito come il sistema di tutela delle minoranze venne concepito come un correttivo la cui finalità primaria era la stabilizzazione del continente europeo, più che la tutela dei diritti delle minoranze in sé, a fronte di aggiustamenti territoriali conseguenti al conflitto non pienamente soddisfacenti dal punto di vista della coincidenza tra Stati e nazioni<sup>46</sup>. La priorità assoluta data al mantenimento della pace e dell'equilibrio nel continente europeo spiega anche la prassi – che nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale diventerà ancora più frequente – di siglare accordi bilaterali per favorire trasferimenti delle minoranze verso i Paesi più affini per nazionalità o identità culturale. A tal proposito, basti pensare allo scambio delle relative minoranze previsto dalla Convenzione del 1923 tra Grecia e Turchia<sup>47</sup>.

Dunque, mosse dalla volontà di evitare possibili tensioni nel nuovo assetto europeo, le potenze alleate e associate decisero di creare una rete di trattati – i cosiddetti *minorities treaties* – a salvaguardia delle minoranze<sup>48</sup>. Il modello fu il Trattato firmato tra le Potenze alleate e associate e la Polonia il 28 giugno 1919, nel quale l'obbligo di protezione delle minoranze, imposto alla Polonia, fu la *conditio sine qua non* per la creazione dello Stato polacco<sup>49</sup>. Tale esempio fu seguito nei trattati firmati nei mesi successivi con lo Stato serbo-croato-sloveno, la Cecoslovacchia, la Romania e la Grecia<sup>50</sup>. In altri casi, invece,

---

<sup>44</sup> P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1991; N Berman, “‘But the Alternative Is Despair’: European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law”, in *Harvard Law Review*, 1993, p. 1792-1903; J. Jackson Preece, *National Minorities and the European Nation-States System*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

<sup>45</sup> *Protection of Linguistic, Racial or Religious Minorities by the League of Nations*, Series of League of Nation Publications, I.B. Minorities, 1931 Ib1 (C.8M51931.I), p. 159.

<sup>46</sup> A. Fabbri, *La protezione delle minoranze nel diritto internazionale*, *Attualità del tema tra corsi e ricorsi storici*, Gruppo editoriale Tab, Roma, 2022, p. 48.

<sup>47</sup> Dallo scambio furono interessate circa 500 mila persone. Si veda E. Giraud, ‘Le droit des nationalités: sa valeur, son application’, in *Revue générale de droit international public*, 1924, p. 63.

<sup>48</sup> Per una ricostruzione dei trattati in materia: Société des Nations, *Protection des minorités de langue, de race et de religion par la Société des Nations, Recueil des stipulations contenues dans le différent instruments internationaux actuellement en vigueur*, Ginevra, 1927.

<sup>49</sup> *Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Poland* (28 giugno 1919) 112 BSP 232 (“Polish Minority Treaty” or “Little Versailles”).

<sup>50</sup> *Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and the Serb-Croat-Slovene State* (10 settembre 1919) 112 BSP 514; *Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Czecho-*

gli obblighi di tutela delle minoranze furono introdotti nei trattati generali di pace<sup>51</sup>, in convenzioni *ad hoc*<sup>52</sup> e in una serie di dichiarazioni unilaterali firmate da diversi Stati tra il 1921 e il 1932 in seguito alla loro ammissione alla SdN e trasposte dal Consiglio in risoluzioni *ad hoc*<sup>53</sup>.

Prima di esaminare il contenuto materiale di tali trattati, è opportuno segnalare uno dei caratteri innovativi del sistema: le norme a protezione delle minoranze e dei loro membri furono poste, per la prima volta, sotto una duplice garanzia. Tali accordi disposero infatti che, a livello domestico, fossero adottate norme costituzionali aventi ad oggetto le minoranze, su cui nessun atto o regolamento interno avrebbe potuto prevalere<sup>54</sup>. La vera novità, oltre che tratto unificante dell'intero regime, fu però la previsione della garanzia internazionale da parte della SdN, che sarebbe stata deputata a controllarne l'attuazione. Infatti, in tutti i trattati sulle minoranze si ritrovava la seguente clausola:

«The Parties (...) agrees that the stipulations in the foregoing Articles, so far as they affect persons belonging to racial, linguistic or religious minorities, constitute obligations of international concern and shall be placed under the guarantee of the League of Nations»<sup>55</sup>.

Tale garanzia aveva due implicazioni principali: le disposizioni relative alla protezione delle minoranze potevano essere modificate solo con l'approvazione del Consiglio della

---

*Slovakia* (10 settembre 1919) 112 BSP 502; *Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Romania* (9 dicembre 1919) 5 LNTS 336; *Treaty concerning Thrace, between the Principal Allied and Associated Powers and Greece* (10 agosto 1920) 28 LNTS 225.

<sup>51</sup> *Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Austria, Protocol, Declaration and special Declaration* (10 settembre 1919, Part III, Chap V, 62 to 69) 112 BSP 317; *Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Bulgaria, and Protocol* (27 novembre 1919, Part III, Chap IV, 49 to 57) 112 BSP 781; *Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary* (4 giugno 1920, Part III, Chap VI, 54 to 60) 6 LNTS 187; *Treaty of Peace with Turkey* (24 luglio 1923, Part I, Chap III, 37 to 45) 28 LNTS 11.

<sup>52</sup> Convenzione relativa all'Alta Slesia del 15 maggio 1922; Convenzione relativa al territorio di Memel dell'8 maggio 1924.

<sup>53</sup> Albania, 2 ottobre 1921; Estonia, 17 Settembre 1923; Finlandia, 27 giugno 1921, Latvia, 7 giugno 1923, Lithuania, 12 maggio 1922.

Si veda anche A. P. Sereni, Il diritto internazionale delle minoranze, in *Rivista di diritto internazionale*, 1929, p. 461.

<sup>54</sup> C. Rousseau, *Droit international public*, Recueil Sirey, Parigi, 1953, pp. 218 ss.

<sup>55</sup> Art.12 (1) del *Minorities Treaty between the Principal Allied and Associated Powers (the British Empire, France, Italy, Japan and the United States) and Poland*, firmato a Versailles, (28 Giugno 1919) 225 CTS 412. Questa stessa disposizione fu poi replicata negli altri trattati sulle minoranze.

SdN e, come verrà specificato meglio nelle prossime pagine, la SdN doveva assicurare il rispetto delle stesse<sup>56</sup>.

Se si pensa al precedente meccanismo in cui la protezione delle minoranze doveva essere assicurata soltanto dagli Stati nel cui territorio erano presenti, il nuovo sistema, almeno sulla carta, presentava due principali punti di forza correlati. Il primo è che, sotto il controllo di un'organizzazione internazionale imparziale, i diritti delle minoranze potevano essere maggiormente garantiti. In secondo luogo, la presenza di una garanzia internazionale limitava le interferenze da parte degli Stati etnicamente affini alle minoranze, soprattutto delle grandi Potenze che, nel sistema precedente, come visto, avevano sfruttato il mancato rispetto degli obblighi nei confronti dei gruppi minoritari come pretesto per interventi negli affari interni di altri Stati.

La debolezza del sistema era invece rappresentata, ancora una volta, dalla natura non reciproca degli obblighi riguardanti la protezione delle minoranze. Gli Stati ai quali le grandi Potenze imposero l'accettazione di obblighi concernenti la protezione dei gruppi minoritari presenti nel loro territorio – prima fra tutti la Polonia – criticarono il carattere diseguale di tali accordi e l'indebita limitazione della sovranità appena acquisita che essi producevano<sup>57</sup>. I trattati in esame riguardavano, infatti, solo le minoranze di alcuni Stati, chiamati non a caso “Stati minoritari”: quelli sconfitti o di nuova formazione<sup>58</sup>. Sui vincitori, invece, nonostante in molti casi avessero annesso territori abitati da gruppi non etnicamente omogenei rispetto alla maggioranza della propria popolazione<sup>59</sup> non gravava nessun obbligo di protezione delle minoranze.

In realtà, il presidente Wilson aveva inizialmente proposto l'introduzione di una clausola di protezione delle minoranze direttamente nel testo del Patto della SdN che sancisse un divieto generale di discriminazione. Tuttavia, tale proposta venne respinta perché minava il principio della piena sovranità interna<sup>60</sup>. Contraria alla previsione di una tale disposizione fu soprattutto la Gran Bretagna che riteneva che tali obblighi non potessero vincolare tutti i membri della SdN. Inoltre, a detta di tale Stato, la soluzione

---

<sup>56</sup> H. Rosting, 'Protection of Minorities by the League of Nations', in *American Journal of International Law*, 1923, p. 641-660.

<sup>57</sup> P. Hilpold, 'The League of Nations and the Protection of Minorities-Rediscovering a Great Experiment', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 2013, pp. 7-24.

<sup>58</sup> A. P. Sereni, *Il diritto internazionale delle minoranze*, cit., p. 465.

<sup>59</sup> Basti pensare all'annessione dell'Alsazia Lorena da parte della Francia e dell'Alto Adige da parte dell'Italia, la cui popolazione era prevalentemente di lingua tedesca.

<sup>60</sup> C. De Visscher, *The Stabilization of Europe*, University of Chicago Press, Chicago 1924.

migliore era quella di affrontare la questione delle minoranze nei singoli trattati di pace perché solo alcuni gruppi necessitavano di trattamenti speciali o di garanzie generali di non discriminazione<sup>61</sup>. Non venne accolta nemmeno la proposta che prevedeva che gli Stati che chiedevano di essere ammessi alla SdN si impegnassero a un equo trattamento delle minoranze<sup>62</sup>.

La protezione delle minoranze è stata dunque garantita da un sistema non generale e non reciproco, imposto solo agli Stati dell'Europa centrale e orientale e ciò generò in questi Paesi un senso di risentimento<sup>63</sup>. Inoltre, il regime era più informato da esigenze di sicurezza e di sanzione dei vinti che dal reale intento di garantire e far avanzare i diritti delle minoranze a livello generale. Tali considerazioni, tuttavia, non devono offuscare le potenzialità di questo esperimento che verranno di seguito evidenziate.

### *2.1 Il contenuto sostanziale delle norme primarie dei trattati sulle minoranze*

Prendendo a modello il Trattato con la Polonia, le disposizioni contenute nei diversi trattati erano molto simili tra loro e si fondavano su due pilastri principali che costituiscono ancora oggi le fondamenta della protezione internazionale dell'identità dei gruppi minoritari<sup>64</sup>. Il primo era il principio di non discriminazione. Tutti gli strumenti, infatti, garantivano agli individui appartenenti a minoranze razziali, linguistiche e religiose la non discriminazione rispetto agli altri cittadini dello Stato minoritario (per esempio riguardo l'accesso negli uffici pubblici o nell'esercizio della professione), l'uguaglianza di fronte alla legge e nel godimento dei diritti civili e politici<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> D. Hunter Miller, *The Drafting of the Covenant*, cit., p. 106.

<sup>62</sup> Ivi, p. 91: «The League of Nations shall require all new States to bind themselves, as a condition precedent to their recognition as independent or autonomous States, and the Executive Council shall exact of all States seeking admission to the League of Nations the promise, to accord to all racial or national minorities within their jurisdictions exactly the same treatment and security, both in law and in fact, that is accorded the racial or national majority of their people».

<sup>63</sup> C. Fink, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection*, Cambridge University Press, Cambridge 2004; pp. 152-4; P Thornberry, op. cit., p. 234.

<sup>64</sup> N. Lerner, 'The Evolution of Minority Rights in International Law', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 83-84.

<sup>65</sup> Ad esempio si veda l'art. 2 del Trattato sulle minoranze della Polonia: «Poland undertakes to assure full and complete protection of life and liberty to all inhabitants of Poland without distinction of birth, nationality, language, race or religion. All inhabitants of Poland shall be entitled to the free exercise,



Il secondo pilastro, invece, concerneva una serie di disposizioni volte a tutelare l'identità separata dei gruppi minoritari rispetto alla maggioranza della popolazione. I trattati sulle minoranze contenevano così norme che obbligavano gli Stati cd. minoritari a garantire nel proprio ordinamento alle minoranze: il diritto di praticare il proprio credo religioso; il diritto a usare la propria lingua nel privato, nella stampa, in riunioni pubbliche, durante le cerimonie religiose e, addirittura, in tribunale qualora la lingua nativa non fosse quella ufficiale; il diritto a ricevere l'istruzione elementare nella propria lingua accanto a quella ufficiale; il diritto a partecipare e a organizzare incontri pubblici; il diritto di stabilire e mantenere, a proprie spese, scuole dedicate; il diritto di ricevere una quota dei fondi pubblici da dedicare a scopi educativi o religiosi. Tali diritti, che dovevano essere riconosciuti nell'ordinamento interno, erano in parte di natura individuale – attribuiti dunque ai singoli membri dei gruppi minoritari – e in parte erano riconosciuti in capo alle minoranze stesse<sup>66</sup>.

Gli Stati minoritari, dunque, come sarà chiarito anche dalla Corte permanente di giustizia internazionale, avevano l'obbligo di porre in essere misure speciali – che costituivano senza dubbio l'aspetto più avanzato della disciplina – per agevolare da un lato l'integrazione e dall'altro il mantenimento delle specificità identitarie delle minoranze. Si riteneva infatti che dovesse essere preservata l'unità delle tradizioni culturali delle minoranze che dovevano essere difese da interferenze esterne<sup>67</sup>. A questo scopo, particolarmente rilevante era la possibilità che tali gruppi potessero dotarsi di proprie istituzioni religiose, assistenziali e culturali e che lo Stato assicurasse loro una quota di contributi finanziari destinati a tali attività e direttamente gestiti dalle minoranze

---

whether public or private, of any creed, religion or belief, whose practices are not inconsistent with public order or public morals».

<sup>66</sup> Si consideri, ad esempio, l'art. 2 del Trattato di Minoranza con la Romania che accordava autonomia locale, riguardante le questioni scolastiche e religiose alle minoranze ceche o sassoni; o l'art. 13 del Trattato sulle minoranze con la Grecia che accordava l'autonomia locale alla minoranza dei Valacchi del Pindo riguardo le questioni religiose.

<sup>67</sup> R. De Nova, 'Protezione internazionale delle minoranze e diritti dell'uomo', in *Diritto internazionale*, 1986, p.4.

stesse<sup>68</sup>. Tuttavia, nonostante tali disposizioni, non si prefigurava in alcun modo una condizione di soggettività internazionale delle minoranze<sup>69</sup>.

Infine, era prevista la facoltà dello Stato cd. minoritario di condizionare l'attribuzione dei diritti anzidetti all'acquisizione, da parte dei membri dei gruppi minoritari, della nazionalità degli Stati di nuova creazione. In tal modo, si cercava anche di favorirne il consolidamento, integrando le minoranze al loro interno. Pertanto, le disposizioni dei trattati minoritari cercavano di agevolare l'acquisizione della cittadinanza: gli ordinamenti interni degli Stati minoritari dovevano prevedere che i membri delle minoranze che risiedevano nei territori ceduti potessero acquisire direttamente la nazionalità dei nuovi Stati oppure potessero optare a favore della cittadinanza dello Stato affine, essendo però obbligati in tal caso a trasferirsi e a prendere la residenza in quel Paese.

L'obiettivo di proteggere i membri dei gruppi minoritari fu dunque perseguito imponendo sullo Stato uno standard di condotta riguardante il trattamento degli individui appartenenti a gruppi minoritari in cui era vietata ogni forma di discriminazione. Inoltre, disposizioni *ad hoc* miravano a salvaguardarne le caratteristiche peculiari in termini di lingua, cultura e religione. Infine, le clausole sulla nazionalità cercavano di proteggere gli individui divenuti membri di una minoranza in seguito a un trasferimento di territorio dal rischio dell'apolidia<sup>70</sup>. Come già anticipato, a salvaguardia del fatto che gli Stati minoritari non riducessero le garanzie offerte alle minoranze, solo il Consiglio della SdN poteva modificare tali disposizioni.

## *2.2 Il contenuto delle norme secondarie nei trattati sulle minoranze e adottate dalla SdN*

---

<sup>68</sup> P. de Azcarate, *League of Nations and National Minorities – An Experiment*, cit., p.24. Si veda anche J. Stone, *International Guarantees of Minority Rights, Procedures of the Council of the League of Nation in Theory and in Practice*, Londra, Oxford University Press 1932; M. Toscano, *Natura e fondamento giuridico delle decisioni del Consiglio della Società delle Nazioni in materia di procedure delle minoranze*, Studi Pavia, 1932, p. 293.

<sup>69</sup> Lo escludono F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', op. cit., p. 83; A. N. Mandelstam, 'La Société des Nations et les puissances devant le problème arménien', op. cit., p. 378.

<sup>70</sup> F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', cit., p. 19.

Per quanto riguarda quello che Sereni ha definito «il diritto processuale delle minoranze»<sup>71</sup>, la clausola di garanzia contenuta nei trattati minoritari prevedeva che qualsiasi membro del Consiglio potesse portare all'attenzione di tale organo una presunta infrazione o pericolo di violazione degli obblighi contenuti nei trattati<sup>72</sup>. A quel punto, il Consiglio poteva intraprendere l'azione che avrebbe ritenuto più opportuna a seconda delle circostanze del caso concreto. Inoltre, qualsiasi membro del Consiglio aveva il diritto di deferire alla Corte Permanente di giustizia internazionale qualsiasi controversia su questioni giuridiche o fattuali relative ai trattati sulle minoranze<sup>73</sup>. Risulta dunque evidente come si tratti di disposizioni rivoluzionarie per l'epoca che, come rilevato da Azcarate, riuscirono ad aprire una breccia nella struttura granitica della sovranità statale<sup>74</sup>. Tuttavia, nella pratica due elementi rendevano il sistema poco efficace.

In primo luogo, era irrealistico pensare che gli Stati facessero ampio ricorso allo strumento della denuncia interstatale che, del resto, è tutt'oggi raramente usata anche negli attuali sistemi di protezione dei diritti umani, a carattere sia universale che regionale. I ricorsi interstatali furono infatti promossi – e molto di rado – solo quando ad essere coinvolti erano gli interessi di minoranze cui lo Stato promotore – quasi sempre la Germania – era legato<sup>75</sup>.

In secondo luogo, anche qualora un membro del Consiglio avesse portato un'infrazione all'attenzione dell'organo, era difficile che lo stesso agisse concretamente. Infatti, l'art. 5 del Patto<sup>76</sup> prevedeva che le decisioni del Consiglio fossero prese

---

<sup>71</sup> A. P. Sereni, 'Problemi nuovi del diritto internazionale delle minoranze', in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 217.

<sup>72</sup> Art. 12 del Trattato concluso con la Polonia: «Poland agrees that any Member of the Council of the League of Nations shall have the right to bring to the attention of the Council any infraction, or any danger of infraction, of any of these obligations, and that the Council may thereupon take such action and give such directions as it may deem proper and effective in the circumstances».

<sup>73</sup> Art. 12 Trattato di Minoranza polacco: «any difference of opinion as to questions of law or fact arising out of these Articles between the Polish Government and any one of the Principal Allied and Associated Powers and any other Power, a Member of the Council of the League of Nations, shall be held to be a dispute of an international character under Article 14 of the Covenant of the League of Nations. The Government (of the State concerned) hereby consents that any such dispute shall, if the other party thereto demands, be referred to the Permanent Court of International Justice. The decision of the Permanent Court shall be final and shall have the same force and effect as an award under Article 13 of the Covenant».

<sup>74</sup> P. de Azcarate, *League of Nations and National Minorities – An Experiment*, op. cit., p. 96.

<sup>75</sup> È questo il caso dei tre ricorsi interstatali promossi dalla Germania tra il 1929 e il 1932.

<sup>76</sup> League of Nations, *Covenant of the League of Nations*, 28 aprile 1919, art. 5: «Except where otherwise expressly provided in this Covenant or by the terms of the present Treaty, decisions at any meeting of the Assembly or of the Council shall require the agreement of all the Members of the League represented at the meeting».

all'unanimità. Pertanto, qualora rappresentato nel Consiglio, il Paese denunciato poteva bloccare qualsiasi provvedimento si intendesse assumere.

A fronte della potenziale paralisi del sistema, sin da subito vennero applicati dei correttivi al fine di renderlo più flessibile. A tal proposito, il Consiglio adottò il 22 ottobre del 1920 la risoluzione che approvava il rapporto Tittoni, presentato dal Ministro degli esteri italiano, che proponeva un'interpretazione estensiva della clausola di garanzia. La disposizione che conferiva a qualsiasi membro del Consiglio il diritto di presentare all'attenzione dell'organo una presunta violazione degli obblighi derivanti dai trattati minoritari fu interpretata in modo tale da consentire anche ad altri soggetti una sorta di "diritto di notificare un'infrazione":

«Evidently this right does not in any way exclude the right of the *minorities themselves, or even of States not represented on the Council*, to call the attention of the League of Nations to any infraction or danger of infraction. But this act must retain the nature of a petition, or a report pure and simple, it cannot have the legal effect of putting the matter before the Council and calling upon it to intervene»<sup>77</sup>.

Si riconobbe in tal modo un diritto di petizione dei membri delle minoranze – e anche delle associazioni rappresentative delle stesse – che potevano riferire, sia pur informalmente, una presunta infrazione al Consiglio. Nella prassi, tale diritto fu interpretato in senso molto ampio per cui la petizione per essere ritenuta ammissibile non doveva necessariamente emanare da persone o organizzazioni che appartenevano al gruppo interessato<sup>78</sup>. Pertanto, anche un cittadino della maggioranza della popolazione o di un altro Stato poteva informare la SdN di una supposta violazione di un trattato sulle minoranze<sup>79</sup>.

Ai sensi della risoluzione approvata dal Consiglio il 5 settembre 1923, vi erano poi altri requisiti di ricevibilità di cui il Segretariato generale doveva verificare il soddisfacimento e che riecheggiano, in parte, quelli previsti oggi dai principali accordi internazionali di tutela dei diritti umani. In primo luogo, la petizione doveva riguardare

---

<sup>77</sup> Risoluzione del 22 ottobre 1920. Il testo si trova riprodotto in L. Villari, *La protezione delle minoranze*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1925, p. 81 ss. (corsivo aggiunto).

<sup>78</sup> *Protection of Linguistic, Racial or Religious Minorities by the League of Nations*, cit., p. 176.

<sup>79</sup> P. Simone, *La tutela internazionale delle minoranze nella sua evoluzione storica*, op. cit., p. 70.

la presunta infrazione di un diritto conferito alla minoranza dal rispettivo strumento di tutela. Inoltre, l'autore non doveva essere anonimo e l'istanza non doveva fondarsi sugli stessi fatti già portati all'attenzione del Consiglio in petizioni precedenti<sup>80</sup>. Infine, non doveva mirare alla rottura dei legami politici con lo Stato ospite, cioè non doveva tendere alla secessione. Non era, invece, richiesto l'esaurimento dei rimedi interni anche perché in molti casi negli ordinamenti giuridici domestici non era prevista nessuna garanzia di risarcimento in caso di violazioni di obblighi contenuti nei tratti di minoranza. La percentuale di ricorsi dichiarati ricevibili era di circa il 60 per cento.

All'individuo che presentava una petizione non era garantito un vero e proprio *locus standi* e, una volta inoltrata l'istanza, rimaneva all'oscuro dei successivi sviluppi. In effetti, coloro che proponevano una petizione non erano considerati come veri ricorrenti o parti del procedimento e non potevano parteciparvi neppure come testimoni. Erano semplicemente visti come fonti di informazione per i membri del Consiglio circa il rispetto dei trattati sulle minoranze<sup>81</sup>.

Con la risoluzione del Consiglio del 27 giugno 1921 fu poi previsto che, nei casi di petizioni provenienti dalle minoranze, lo Stato interessato doveva esserne immediatamente informato<sup>82</sup>. Se entro tre settimane dalla notifica non si fosse pronunciato sulla volontà di elaborare delle osservazioni, la petizione veniva comunicata a tutti i membri della SdN<sup>83</sup>. Altrimenti, venivano concessi due mesi di tempo per elaborare un rapporto.

Le petizioni erano poi esaminate da un Comitato composto da tre rappresentanti del Consiglio – di cui non poteva far parte lo Stato accusato –, coadiuvato dalla Sezione dedicata alle minoranze del Segretariato<sup>84</sup>. Tecnicamente, solo il Consiglio avrebbe potuto decretare, a fronte delle indagini condotte, un'infrazione dei trattati ma, trattandosi di un organo che deliberava all'unanimità, questo era, come già ricordato, assai difficile.

---

<sup>80</sup> Risoluzione adottata dal Consiglio il 5 settembre 1923. Inoltre, non doveva contenere un linguaggio offensivo. Se lo stato interessato si fosse opposto all'ammissibilità della petizione, il Segretario generale avrebbe dovuto deferire la questione al Presidente del Consiglio che avrebbe dovuto decidere la questione coadiuvato da altri due membri del Consiglio.

<sup>81</sup> Si veda N. Feinberg, 'La pétition en droit international', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1932, p. 525.

<sup>82</sup> Novità introdotta su iniziativa di Polonia e Cecoslovacchia attraverso la risoluzione adottata dal Consiglio il 27 giugno 1921.

<sup>83</sup> Dal 1923 la comunicazione veniva indirizzata esclusivamente ai membri del Consiglio in base alla Risoluzione adottata dal Consiglio stesso il 5 settembre 1923.

<sup>84</sup> Istituito dalla Risoluzione del 25 ottobre 1920.

Tuttavia, già inserire la questione all'ordine del giorno della discussione del Consiglio ebbe una forte funzione preventiva nei confronti di ulteriori violazioni. Ciò poteva avvenire per volontà di un singolo membro del Consiglio o, più facilmente, attraverso il Comitato dei tre membri. Quest'organo, insieme alla Sezione dedicata alle minoranze del Segretariato, preferì però agire quasi sempre con discrezione, cercando di comporre le questioni attraverso le vie diplomatiche<sup>85</sup>. L'elasticità del sistema consentiva infatti di adattarsi alle specifiche circostanze di ogni situazione e nella quasi totalità dei casi si preferirono negoziati informali e soluzioni concordate con il governo interessato al deferimento della questione all'ordine del giorno del Consiglio<sup>86</sup>.

Con l'adozione il 13 giugno 1929 da parte del Consiglio della Risoluzione di Madrid vennero migliorate ulteriormente le regole procedurali nel senso di una maggiore trasparenza. Quattro furono gli aspetti principali interessati: i ricorrenti avrebbero dovuto essere informati in caso di istanza giudicata non ricevibile; terminato l'esame di una petizione, il Comitato per le minoranze, senza chiederne l'iscrizione all'ordine del giorno del Consiglio, avrebbe dovuto comunicarne per lettera il risultato a tutti i membri del Consiglio; il Comitato avrebbe dovuto considerare la possibilità di pubblicare il risultato dell'indagine con il consenso dei governi interessati; il Segretariato generale avrebbe dovuto pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale della SdN le statistiche delle petizioni delle minoranze (numero, percentuale di ammissibilità, riunioni dei Comitati...)<sup>87</sup>.

Com'è emerso da questa breve ricostruzione si trattava di una disciplina fortemente innovativa per l'epoca e le minoranze fecero largo uso di questo strumento a tutela della propria identità: basti pensare che solo tra il 1920 e il 1931 furono sottoposte al Consiglio circa 600 petizioni<sup>88</sup>.

### *2.3 Il ruolo della Corte permanente di giustizia internazionale*

La Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI) ha contribuito significativamente allo sviluppo del diritto internazionale riguardante le minoranze e alla

---

<sup>85</sup> Per approfondimenti si veda A. Heyking, 'The International Protection of Minorities – The Achille's Heel of the League of Nations', in *Grotius Society*, Vol. 23, 1928.

<sup>86</sup> P. de Azcarate, *League of Nations and National Minorities – An Experiment*, op. cit., p. 118.

<sup>87</sup> Risoluzione del 13 giugno 1929.

<sup>88</sup> A. Peratoner, *Le minoranze nazionali 1919-1939: la mobilitazione della società civile internazionale*, Studium, Roma, 2008, p. 89.

protezione dell'identità delle stesse. I trattati sulle minoranze prevedevano infatti che qualsiasi divergenza di opinioni su questioni di diritto o di fatto derivante da detti strumenti dovesse essere considerata una controversia di carattere internazionale ai sensi dell'art. 14 del Patto della SdN<sup>89</sup>. Ancora una volta, sul modello del Trattato con la Polonia, gli Stati minoritari accettavano in anticipo la giurisdizione della Corte permanente di giustizia internazionale per qualsiasi controversia derivante dai trattati. Ogni membro del Consiglio aveva la facoltà di adire la Corte per tutelare non solo gli interessi dei propri cittadini ma anche di stranieri appartenenti a una minoranza protetta, i diritti dei quali fossero stati lesi dallo Stato convenuto in giudizio<sup>90</sup>.

Data la tradizionale e tutt'oggi persistente ritrosia degli Stati a intervenire in questioni relative ai diritti umani in Paesi stranieri, non stupisce che furono presentati solo tre casi, e tutti dalla Germania, a tutela di minoranze tedesche all'estero. Solo in una controversia la Corte riuscì ad emettere una sentenza<sup>91</sup>, prima che la Germania nazista decidesse di abbandonare la SdN.

Più numerosi sono stati invece i pareri consultivi emessi dalla Corte in materia. Sempre ai sensi dell'art. 14 del Patto della SdN, la Corte poteva esprimere un parere consultivo su ogni questione sottoposta dall'Assemblea (che non si è mai avvalsa di tale facoltà) e dal Consiglio, che invece vi ha fatto ricorso in diverse occasioni<sup>92</sup>. Tali opinioni hanno

---

<sup>89</sup> Art. 14: «The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly».

A. Cassese, *Il controllo internazionale, Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 22 ss.

<sup>90</sup> P. Simone, *La tutela internazionale delle minoranze nella sua evoluzione storica*, op. cit., p. 76; N. Feinberg, *La jurisdiction et la jurisprudence de la Court permanente de Justice internationale en matière de mandats et de minorités*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 59, 1937, p. 603; A. De Zayas, 'The International Judicial Protection of Peoples and Minorities', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 255.

<sup>91</sup> CPGI, *Rights of Minorities in Upper Slesia*, sentenza, Serie A N. 15, 1928.

<sup>92</sup> CPGI: *Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland*, opinione consultiva, Ser. B N. 6, 1923; *Question concerning the Acquisition of Polish Nationality*, opinione consultiva, Ser. B N. 7, 1923; *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, opinione consultiva, Ser. B N. 15, 1928; *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Greco-Bulgarian Communities)*, opinione consultiva, Ser. B. N. 17, 1930; *Access to German Minority Schools in Upper Silesia*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 40, 1931; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 44, 1933; *Minority Schools in Albania*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 64, 1935.

plasmato la concezione moderna del diritto internazionale delle minoranze sotto diversi aspetti.

Particolarmente rilevante è il contributo offerto dalla Corte alla definizione stessa del concetto di minoranza, di cui allora come oggi mancava una nozione condivisa nel diritto internazionale. I trattati relativi alle minoranze facevano infatti esclusivamente riferimento ai gruppi che costituivano una porzione considerevole della popolazione presente nel territorio degli Stati parti, senza ulteriormente definirli<sup>93</sup>.

Il primo apporto della Corte su questa materia si ebbe nell'opinione consultiva *Question concerning the Acquisition of Polish Nationality*<sup>94</sup>. La CPGI fu chiamata a interpretare una disposizione pattizia sull'acquisizione della cittadinanza che la Polonia voleva intendere restrittivamente per negarla alla minoranza tedesca. In questa circostanza, l'organo giurisdizionale ha definito una minoranza «inhabitants who differ from the population in race, language or religion whether they are Polish nationals or not»<sup>95</sup>. La Corte ha dunque espresso il suo sostegno a una definizione ampia di minoranza: per godere dei diritti previsti dai trattati sulle minoranze non era necessario essere cittadini dello Stato minoritario ma era sufficiente abitare nello stesso ed essere diversi dalla maggioranza della popolazione per razza, lingua o religione.

Ulteriori specificazioni sono state fornite dalla CPGI nel caso *Greco-Bulgarian Communities*, in cui era stata chiamata a rendere un parere sulle conseguenze della liquidazione dei beni di dette comunità, quando i rispettivi membri emigrarono dagli Stati in cui si trovavano in posizione minoritaria. La Corte ha chiarito che l'esistenza di una minoranza, e dunque l'obbligo per lo Stato che la ospita di proteggerla, non devono essere subordinati al riconoscimento ufficiale di tale gruppo. La Corte ha sostenuto infatti che

---

<sup>93</sup> Art. 68 del Trattato di Saint-Germain, art. 41 del Trattato di Losanna.

Tuttavia, il criterio della rilevanza numerica della minoranza non poteva certamente dirsi l'unico: ad esempio, il Consiglio della SdN intervenne nei confronti della Lituania che negava l'esistenza di una minoranza ucraina nel proprio territorio in ragione della sua insignificanza numerica e della mancanza di un legame storico permanente. Il Consiglio, infatti, cercò sempre di agire in maniera tale che il sistema internazionale di salvaguardia si dispiegasse coprendo il più esteso ambito di applicazione possibile. Inoltre, alcune disposizioni internazionali – come l'art. 74 della Convenzione sull'Alta Slesia tra Germania e Polonia – escludevano che la partecipazione di un individuo ad una minoranza potesse essere oggetto di contestazione da parte degli Stati minoritari.

Si veda R. Reydellet, *La protection des minorités. État du problème. Ses possibilités d'évolution*, Librairie technique et économique, Parigi, 1938, p. 11 ss.

<sup>94</sup> CPGI, *Question concerning the Acquisition of Polish Nationality*, cit.

<sup>95</sup> Ivi, par. 14-15.



l'esistenza di una minoranza è una questione di fatto e non di diritto<sup>96</sup>. Da tale approccio fattuale derivava che all'esistenza di una minoranza sarebbe stata data rilevanza giuridica indipendentemente dal consenso dei singoli Stati, che non potevano interferire sul sentimento e sulla dichiarazione di appartenenza del singolo a un gruppo minoritario<sup>97</sup>.

La Corte, infine, nella stessa opinione consultiva ha fornito una definizione di minoranza, in cui emerge chiaramente la dimensione identitaria e che combina elementi oggettivi, come religione, lingua e tradizioni, e soggettivi, come il senso desiderio di preservarli. Usando le parole della Corte, una minoranza è

«...a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other»<sup>98</sup>.

La stessa commistione di elementi oggettivi e soggettivi è stata ribadita poi in un'altra opinione consultiva, *Access to German Minority Schools in Upper Silesia*<sup>99</sup>, in cui la Corte ha chiarito che la Convenzione tedesca-polacca sull'Alta Slesia conferiva a ogni cittadino il diritto di dichiarare secondo coscienza e in base alla propria responsabilità se il proprio figlio appartenesse o meno a una minoranza razziale, linguistica o religiosa<sup>100</sup>. La compresenza di criteri soggettivi ed oggettivi nella definizione di una minoranza e dei suoi appartenenti sarà, come vedremo, caratteristica tipica del diritto internazionale contemporaneo e la definizione fornita dalla Corte nel 1930 nell'affare relativo alle comunità greco-bulgare è stata presa a modello dal Relatore Speciale Francesco Capotorti nel suo studio del 1979 per la Sottocommissione delle Nazioni Unite sulla Prevenzione

---

<sup>96</sup> CPGI, *Greco-Bulgarian Communities*, cit., par. 22.

<sup>97</sup> C. Brölmann, 'The PCIJ and International Rights of Groups and Individuals', in C. Tams, M. Fitzmaurice (a cura di), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Martinus Nijhoff: Leiden/Boston, 2013, p. 132; N. Feinberg, 'La juridiction et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale en matière de mandats et de minorités', op. cit., p. 643.

<sup>98</sup> CPGI, *Greco-Bulgarian Communities*, cit., par. 22.

<sup>99</sup> CPGI, *Access to German Minority Schools in Upper Silesia*, cit., par. 20.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

della discriminazione e la protezione delle minoranze. Ad oggi, tale definizione rimane quella più comunemente utilizzata nel diritto internazionale<sup>101</sup>.

Significativa è poi la giurisprudenza della Corte sulla non-discriminazione. Così, ad esempio, in *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, in relazione al trattamento riservato alla minoranza polacca a Danzica, la CPGI ha specificato che se una misura era in apparenza di applicazione generale ma nei fatti era diretta contro persone di origine o lingua polacca costituiva una violazione del divieto di non discriminazione<sup>102</sup>.

Infine, nel parere *Minority Schools in Albania* del 1935, che faceva seguito alla decisione del governo di chiudere tutte le scuole private greche, la Corte – in maniera assolutamente rivoluzionaria – ha affermato che, per essere efficace, un sistema di protezione delle minoranze richiedeva non solo l'assenza di discriminazioni ma anche misure positive per tutelare le specificità identitarie delle stesse. A tal scopo, la Corte ha ritenuto necessario che i cittadini appartenenti a minoranze razziali, religiose e linguistiche fossero posti su un piano di perfetta uguaglianza con gli altri cittadini dello Stato e che poi gli venissero assicurati mezzi adeguati a preservare le proprie peculiarità razziali, tradizioni e caratteristiche nazionali. Non vi sarebbe infatti vera uguaglianza se la minoranza fosse costretta a rinunciare a ciò che costituisce l'essenza stessa che la caratterizza<sup>103</sup>. È in questo passaggio che la Corte ha sviluppato quella che è stata definita la “struttura a due pilastri” per la protezione delle minoranze: la non discriminazione e il

---

<sup>101</sup> F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', cit., par. 96: «A group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the state-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language».

<sup>102</sup> CPGI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, cit., par. 28.

<sup>103</sup> CPGI, *Minority Schools in Albania*, cit., par. 17: «The idea underlying the treaties for the protection of minorities is to secure for certain elements incorporated in a State, the population of which differs from them in race, language or religion, the possibility of living peacefully alongside that population and cooperating amicably with it, while at the same time preserving the characteristics which distinguish them from the majority, and satisfying the ensuing special needs. In order to attain this object, two things were regarded as particularly necessary, and have formed the subject of provisions in these treaties.

The first is to ensure that nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities shall be placed in every respect on a footing of perfect equality with the other nationals of the State.

The second is to ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics. These two requirements are indeed closely interlocked, for there would be no true equality between a majority and a minority if the latter were deprived of its own institutions and were consequently compelled to renounce that which constitutes the very essence of its being as a minority».

diritto a preservare la propria identità separata che, del resto, era già articolata nei trattati sulle minoranze e che costituisce tutt'oggi il paradigma da prendere a modello.

## 2.4 *La fine del sistema*

Il picco di petizioni presentate dalle minoranze si ebbe tra il 1930 e il 1931, in un solo anno furono 350. Le questioni erano le più variegate: dalla soppressione di scuole minoritarie, a restrizioni sull'uso della lingua, dall'impiego di testi scolastici contenenti delle ricostruzioni storiche errate sui gruppi coinvolti, a episodi di discriminazione, violenza e repressione da parte delle autorità pubbliche degli Stati di residenza<sup>104</sup>. Il sistema di tutela delle minoranze ha fornito un certo grado di protezione a milioni di persone nell'Europa centrale e orientale e la maggior parte degli Stati minoritari ha rispettato questi obblighi, talvolta introducendo persino un regime più garantistico, tutelando l'identità dei gruppi stanziati nei propri territori<sup>105</sup>. Vi furono infatti Stati particolarmente virtuosi nel rispetto delle disposizioni del sistema, come l'Austria, la Cecoslovacchia e l'Ungheria.

Tuttavia, negli anni '30 si assistette progressivamente a un'ulteriore tendenza che in una certa misura segnò le sorti del regime. Tedeschi e Ungheresi, ossia minoranze "forti" consapevoli di appartenere a una comunità più ampia e stanchi di essere soggetti a popoli considerati inferiori, furono tra coloro che maggiormente vi fecero ricorso, mentre le petizioni provenienti da minoranze tradizionalmente più deboli, come quella di origine ebraica, furono rarissime. Inoltre, la principale criticità continuava a essere rappresentata dal carattere ineguale del sistema di garanzia. I tentativi di universalizzazione del regime, come la Risoluzione adottata dall'Assemblea della SdN nel 1922, in cui si auspicava che tutti gli Stati (e non solo quelli formalmente vincolati dai trattati minoritari) rispettassero gli obblighi sulle minoranze, non ebbero alcun seguito e frustrarono le aspettative degli Stati minoritari<sup>106</sup>. Similmente, fallì la proposta polacca di elaborare un trattato

---

<sup>104</sup> Per una ricognizione delle petizioni si veda: P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, op. cit., p 46.

<sup>105</sup> Si veda a proposito: Sereni, *Il diritto internazionale delle minoranze*, op. cit., p. 500 ss.

<sup>106</sup> Risoluzione Assemblea della SdN del 1922: «que les Etats qui ne sont liés vis-à-vis de la S.d.N. par aucune obligation légale, en ce qui concerne les minorités, observeront cependant dans le traitement de leurs minorités de race, de religion ou de langue, au moins le même degré de justice et de tolérance qui est exigé par les traités et selon l'action permanente du Conseil». Una risoluzione simile fu adottata nel 1933: Société des Nations, *Protection des minorités*, Rapport présentée par la sixième Commission à l'Assemblée. A.52.1933, p. 3.

multilaterale aperto a tutti gli Stati a tutela delle minoranze. Pertanto, nel 1934 il ministro degli esteri polacco denunciò unilateralmente il Trattato di minoranza, subordinando la collaborazione del proprio Paese con la SdN nelle questioni relative alle minoranze all'introduzione di un sistema internazionale uniforme di tutela<sup>107</sup>. Si trattava ovviamente di una condizione irrealistica che fungeva da giustificazione per recedere dagli obblighi assunti. L'uscita dal sistema di garanzia del più importante Stato minoritario indebolì enormemente la sua credibilità<sup>108</sup>.

Il sistema di protezione internazionale delle minoranze ha costituito senza dubbio un avanzamento rispetto alla situazione precedente sia per il contenuto degli obblighi imposti a protezione delle minoranze che per la garanzia offerta dalla SdN. Tuttavia, come visto, la sua principale debolezza, che ne ha decretato la fine, è stata il fatto che non si sia trattato di un sistema generalizzato di protezione. Al contrario, la sua sfera di applicazione era limitata, riguardando un numero ristretto di Stati. La rete di trattati posta sotto la garanzia della SdN aveva infatti acuitizzato il risentimento da parte degli Stati obbligati a proteggere le minoranze poiché percepivano tali obblighi come un limite inaccettabile alla propria sovranità<sup>109</sup>. Ciò rifletteva lo scopo della sua stessa esistenza, che non era rappresentato dalla protezione delle minoranze in sé, ma da esigenze di stabilizzazione del continente europeo, nella cui storia ed esperienza era profondamente radicato.

Secondo Hersch Lauterpacht, il sistema, nelle sue fasi finali, aveva acquisito la reputazione di essere impotente e inefficace, con il risultato che le minoranze, molto attive nei primi anni della sua istituzione, iniziarono ad astenersi dal ricorrere ad esso<sup>110</sup>. Infine, non si può ignorare che il fallimento del regime fu strettamente connesso anche alle condizioni internazionali dell'epoca. Il periodo tra le due guerre fu infatti testimone di uno spaventoso fenomeno di arretramento: ci fu una progressiva sostituzione di Stati democratici in regimi autoritari, crebbero l'odio e l'intolleranza nei confronti di

---

<sup>107</sup> Per una disamina delle reazioni dei Paesi dell'Intesa alla denuncia unilaterale della Polonia del Trattato sulle minoranze si veda: L. dei Sabelli, 'La Polonia e la protezione internazionale delle minoranze', in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 1, 1943, pp. 312 ss.

<sup>108</sup> D. I. Buzinkai, 'Poland and the League of Nations, 1934-1939: A Political Analysis', in *The Polish Review*, Vol. 10, 1965, pp. 52 ss.

<sup>109</sup> L. Claude, *National Minorities; An International Problem*, op. cit., p. 36; O. Karbach, M. Laserson, N. Robinson, *Were the Minorities Treaties a Failure?*, New York, Bob-Merrill, 1945.

<sup>110</sup> H. Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, p. 219.

specifiche minoranze e, infine, scoppiò la Seconda guerra mondiale. Nel 1939, vi furono solo 4 petizioni e così il regime cessò di funzionare.

### **3. Il secondo dopoguerra e l'irrelevanza della questione minoritaria**

All'approssimarsi della fine della Seconda guerra mondiale si ripresentò nuovamente la questione delle minoranze ma stavolta i rischi di una strumentalizzazione del problema, le vicende belliche e il nuovo scenario internazionale in cui già si iniziava a profilare una divisione in blocchi avevano fatto tramontare – se non addirittura creato un clima di ostilità – nei confronti di un regime internazionale di tutela specifico<sup>111</sup>. A differenza del periodo successivo alla Prima guerra mondiale, l'istituzione di un nuovo sistema di sicurezza collettivo fu disgiunta dalle conferenze di pace, in modo da evitare che, come a Parigi nel 1919, l'attenzione degli Stati fosse catalizzata da questioni politico-territoriali.

Nei trattati di pace non furono previste norme per la tutela delle minoranze e della loro identità<sup>112</sup>. Quelli con la Bulgaria, la Finlandia, l'Ungheria, l'Italia e la Romania del 10 febbraio del 1947 si limitarono a contenere divieti generali di non discriminazione per razza, lingua e religione nei confronti degli individui posti sotto la giurisdizione degli Stati ma non includevano disposizioni sulle minoranze comparabili a quelle previste dagli accordi successivi alla Grande Guerra<sup>113</sup>. Da questo punto di vista, l'unica eccezione fu il Trattato di pace austriaco che disciplinava l'obbligo di garantire alle minoranze croate e slovene il diritto di ricevere un'istruzione nella propria lingua e di preservare le caratteristiche culturali ed etniche che ne definivano l'identità<sup>114</sup>.

Nel secondo dopoguerra, si fece inoltre maggiormente ricorso allo strumento del trasferimento delle popolazioni che facilitò il ricongiungimento delle minoranze all'interno di Stati affini dal punto di vista etnico-linguistico e ridusse, insieme ai cambiamenti di frontiera, la rilevanza del fenomeno. Così, questa soluzione venne autorizzata nel caso dei gruppi minoritari che si erano venuti a creare in seguito alla

---

<sup>111</sup> P. De Azcarate, *Protection of National Minorities*, Carnegie Endowment for International Peace, 1967, p. 70 ss.

<sup>112</sup> I. O. Bokatoła, *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruylant, 1992, p. 75.

<sup>113</sup> T. Modeen, *The International Protection of National Minorities in Europe*, op. cit., p. 78.

<sup>114</sup> Austrian State Treaty for the Re-Establishment of an Independent and Democratic Austria, 15 maggio 1955, Art. 7. A tal proposito si veda: E. Schwelb, 'The Austrian State Treaty and Human Rights', in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5, 1956, p. 256.

definizione del confine italo-jugoslavo e, soprattutto, dei massicci spostamenti di popolazione nell'Europa centrale. Come scriveva infatti De Zayas: «minority rights seemed to be out of fashion, and the victorious Allies chose to try to solve possible minority conflicts by physically uprooting the minorities instead of trying to guarantee them their human rights»<sup>115</sup>. Ad esempio, come misura condotta in nome della pace e a scopo precauzionale per risolvere in maniera radicale il problema delle minoranze tedesche, 14 milioni di tedeschi furono trasferiti dalla Polonia, dalla Cecoslovacchia e dall'Ungheria, in base all'art. 13 del Protocollo di Potsdam. Stessa sorte fu patita da duecentomila magiari rimossi dalla Cecoslovacchia e duecentomila slovacchi deportati dall'Ungheria, in condizioni spesso inumane.

Inoltre, vi fu un mutamento «dell'orientamento della società internazionale nel suo complesso volto ad accantonare la disciplina minoritaria nella prospettiva di un nuovo ordine mondiale»<sup>116</sup>, spostato verso la protezione indifferenziata dell'individuo come singolo, indipendentemente dall'appartenenza ad un determinato gruppo. Durante la Conferenza di San Francisco del 1945, in cui, sulla base delle proposte elaborate a Dumbarton Oaks e Yalta, si doveva redigere lo statuto della nuova organizzazione internazionale, il problema delle minoranze non venne mai sollevato. Pertanto, la Carta delle Nazioni Unite<sup>117</sup> non contiene alcuna disposizione volta a garantire la loro protezione.

Tale mancanza è imputabile a due ragioni. Prima di tutto, a guerra ancora in corso non era certamente possibile delineare una possibile soluzione del problema delle minoranze e un'eventuale sistema di protezione delle stesse. Inoltre, tra le due guerre, come già evidenziato, si era registrato un clima di diffidenza nei confronti del regime particolaristico posto a garanzia della SdN che si era rivelato, per molti, inefficace. Sta di fatto che la Carta venne redatta senza riconoscere il problema delle minoranze nazionali come punto significativo dell'agenda delle relazioni e del diritto internazionale<sup>118</sup>. Ciò che invece è presente nella stessa è il riferimento, tra le finalità che la neonata Organizzazione si proponeva di perseguire, alla promozione e al rispetto dei diritti

---

<sup>115</sup> A. De Zayas, 'International Judicial Protection of Peoples and Minorities', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Nijhoff, 1993, p. 253.

<sup>116</sup> F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', op. cit., p. 92.

<sup>117</sup> *Carta delle Nazioni Unite*, 25 ottobre 1945, 1 UNTS XVI.

<sup>118</sup> R. Russel, J. Muther, *A History of the United Nations Charter, The Role of the United States, 1940-1945*, Brookings Institution, Washington, 1958, p. 125.

dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'esercizio dei quali gli Stati non avrebbero dovuto fare distinzioni in base alla razza, sesso, lingua e religione<sup>119</sup>. Si riteneva che il principio di non discriminazione avrebbe dovuto guidare gli sviluppi dell'attività delle Nazioni Unite<sup>120</sup>.

Al termine della Seconda guerra mondiale, dunque, si è assistito ad un mutamento radicale dell'impostazione che era stata alla base della protezione delle minoranze nel periodo tra le due guerre e che aveva fatto in modo che, sia pure in maniera parziale e particolaristica, venisse riconosciuto meritevole di tutela internazionale anche l'insieme di quelle caratteristiche che determinano l'identità separata dei gruppi minoritari e dei loro membri<sup>121</sup>. Dal 1945 in poi si è registrata invece un'inversione di tendenza: i diritti e le libertà sono stati attribuiti all'individuo, indipendentemente da qualsiasi appartenenza a un gruppo, e si è ritenuto che, attraverso la valorizzazione del principio di non discriminazione, si potessero tutelare in maniera trasversale gli interessi anche degli appartenenti a gruppi minoritari<sup>122</sup>. Questa posizione è stata ben rappresentata da Roosevelt, presidente della Commissione dei Diritti dell'Uomo, che nel corso di una discussione sulle minoranze sorta in una riunione della Terza Assemblea delle Nazioni Unite nel 1948, sostenne: «si l'on respecte les droits individuels de l'homme, il n'y aura pas besoin de proclamer le droits des minorités»<sup>123</sup>.

Nel 1947 venne istituita, in seno alla Commissione per i diritti dell'uomo, una specifica Sottocommissione incaricata di svolgere studi e raccomandazioni in tema di non

---

<sup>119</sup> Si vedano il Preambolo e gli artt. 1, par. 3, 13, 55 e 76 della Carta delle Nazioni Unite.

<sup>120</sup> Uno studio del Segretario generale dell'ONU sul valore giuridico dei trattati minoritari decretò – in maniera molto controversa – la loro estinzione per effetto della clausola *rebus sic stantibus* e i mutamenti fondamentali intercorsi con il Secondo conflitto mondiale. Segretario generale, *Present Legal Validity of the Undertakings relating to the protection of Minorities placed under the guarantee of the League of Nations*, UN Doc E/CN.4/367, 7 aprile 1950. Per una critica N. Feinberg, 'Legal Validity of the Undertakings concerning Minorities and the Clausola Rebus sic Stantibus', in *Studies in Law – Scripta Hierosolymitana*, 1958, p. 95

<sup>121</sup> J. Huston, 'Human Rights Enforcement Issues of the United Nations Conference on International Organisations', in *Iowa Law Review*, Vol. 53, 1967, p. 272; V. Werck, 'The Minority Problem and Modern International Law', in *World Justice*, Vol. 7, 1965, p. 7; J. Kunz, 'The Future of International Law for Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, Vol. 39, 1945, p. 89.

<sup>122</sup> F. Capotorti, 'La tutela delle minoranze nel diritto internazionale', in Università della Tuscia (a cura di), *Dalla tolleranza alla solidarietà*, Franco Angeli, 1990, pp. 98-112; R. Monaco, 'Minorités nationales et protection internationale des droits de l'homme', in R. Cassin (a cura di), *Amicorum Discipulorumque Liber*, A. Pedone, Parigi, 1969, pp. 175-184; M. Nowak, 'The Evolution of Minority Rights in International Law', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Nijhoff, 1993, p. 81.

<sup>123</sup> Come citato in S. Tchirkovitch, 'La règle de non-discrimination et la protection des minorités', in *RGDIP*, 1951, p. 259.

discriminazione e protezione delle minoranze. Tuttavia, la stessa si dedicò quasi esclusivamente al tema della non discriminazione almeno fino al 1971, anno in cui Francesco Capotorti, Relatore speciale dell'organo, elaborò il già richiamato Studio sulle minoranze etniche, religiose o linguistiche<sup>124</sup>. Prima di quella data, la Sotto-commissione si era limitata a tentare, senza successo, di inserire una disposizione sulle minoranze nel testo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948<sup>125</sup>. La proposta di articolo era così formulata:

«Dans les pays où se trouvent des groupes ethniques, linguistiques ou religieux bien définis qui se distinguent nettement du reste de la population et qui ont la volonté de bénéficier d'un traitement différentiel, les personnes appartenant à ces groupes ont le droit, dans les limites assignées par l'ordre et la sécurité publics, d'ouvrir et d'entretenir des écoles et des institutions religieuses ou culturelles, et d'user de leur langue et de leur écriture, dans la presse et les réunions publiques, ainsi que devant les tribunaux et autres autorités de l'Etat, si elles jugent bon de le faire»<sup>126</sup>.

Emerge chiaramente come tale progetto di articolo si collochi nel solco della tradizione precedente della tutela delle minoranze che non considerava sufficiente la garanzia di un trattamento non discriminatorio ma si spingeva ad accordare alle stesse alcuni diritti positivi, volti a tutelarne le specificità identitarie<sup>127</sup>. Tuttavia, la Commissione dei diritti dell'uomo, nel corso della sua terza sessione, decise di eliminare qualsiasi riferimento alle minoranze nella Dichiarazione universale su proposta del Regno Unito e della Cina

---

<sup>124</sup> Sul ruolo della Sottocommissione si veda: F. Ermacora, 'The Protection of Minorities before the United Nations', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 182, 1983, p. 257 ss; J.P. Humphrey, 'The United Nations Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, 1968, p. 869 ss; L. Haver, 'The United Nations Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities', in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982, p. 103 ss

<sup>125</sup> UNGA, *Dichiarazione Universale dei diritti umani*, 10 dicembre 1948, risoluzione 217A(III).

<sup>126</sup> Sottocommissione sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, *Report submitted to the Commission on Human Rights*, 24 novembre 1947, UN Doc E./CN.4/52, p. 7.

<sup>127</sup> J. Bruegel, 'A Neglected Field: The Protection of Minorities', op. cit., p. 420; F. Capotorti, 'The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human Rights', in *Italian Yearbook of International Law*, Vol 2, 1976, p. 7.



e con la forte opposizione dell'Unione Sovietica<sup>128</sup>. La bozza di Dichiarazione venne così inviata all'Assemblea generale<sup>129</sup>.

Il problema tornò però di nuovo alla ribalta durante l'esame del progetto di Dichiarazione universale da parte della Terza Commissione dell'Assemblea Generale. Dalla discussione emerse una forte contrapposizione tra Stati<sup>130</sup>. Si dichiararono favorevoli all'introduzione di disposizioni dedicate alle minoranze i delegati della Danimarca, dell'India, ma soprattutto dell'Unione Sovietica, della Jugoslavia e dei Paesi dell'Europa orientale<sup>131</sup>. L'Unione Sovietica propose un nuovo articolo molto dettagliato, in cui si riconosceva il diritto di mantenere la propria cultura nazionale o etnica, stabilire le proprie scuole, ricevere insegnamenti nella propria lingua madre, usare la propria lingua sulla stampa e nelle corti<sup>132</sup>. Gli argomenti e le contrapposizioni di vedute ricalcavano quelli che, in contemporanea, erano i temi discussi nell'ambito dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel quadro del dibattito circa la definizione di genocidio da adottare nella relativa Convenzione, che saranno richiamati nel prossimo paragrafo. Si dichiararono, infatti, apertamente contrari gli Stati dell'America Latina e del Commonwealth, portatori di una posizione apertamente assimilazionista, la Francia e gli Stati Uniti<sup>133</sup>. La delegata statunitense avanzava motivazioni di carattere diverso. Non si poteva inserire nella Dichiarazione una disposizione su una questione che la stessa percepiva come esclusivamente europea: il conseguente diritto, infatti, non avrebbe avuto significato e rilevanza universale<sup>134</sup>. Era una chiara espressione del fatto che le minoranze erano viste come un concetto storicamente e geograficamente delimitato, privo di rilevanza nell'età moderna e in aree diverse dal continente europeo.

---

<sup>128</sup> ECOSOC, *Proposed Amendments to the Draft Declaration on Human Rights/India and the United Kingdom*, 24 maggio 1948, UN Doc. E/CN.4/99.

<sup>129</sup> ECOSOC, *Summary Record of the 74th Meeting*, 28 giugno 1948, UN Doc. E/CN.4/SR.74.

<sup>130</sup> G. Conetti, 'La Dichiarazione Universale e la protezione delle minoranze', in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, SIOI, 1999, pp. 130-142.

<sup>131</sup> ECOSOC, *Summary Record of the 61st Meeting*, 27 novembre 1968, UN Doc. A/C.3/SR.161, par. 719.

<sup>132</sup> Anche la Jugoslavia si fece promotrice di una proposta secondo cui gli stati si sarebbero dovuti fare garanti del pieno sviluppo della cultura etnica, delle tradizioni e del libero uso della lingua da parte dei gruppi minoritari: UNGA, *Draft International Declaration of Human Rights: Additional Articles Proposed for the Draft Declaration (E/800): addendum to Document A/C.3/307/Rev.1*, 6 novembre 1948, UN Doc A/C.3/307/Rev.1/Add.

<sup>133</sup> ECOSOC, *Summary Record of the 61st Meeting*, 27 novembre 1968, UN Doc A/C.3/SR.161, par. 721-728.

<sup>134</sup> Ivi, par. 726.

Alla fine, la posizione dei Paesi occidentali, che prediligevano un catalogo di diritti umani individuali, senza concessioni per gruppi particolari, risultò prevalente<sup>135</sup>. Il testo approvato non conteneva alcuna disposizione dedicata alle minoranze, ritenendosi sufficiente la previsione del principio di non discriminazione, di cui all'art. 2<sup>136</sup>.

L'Assemblea Generale, con la Risoluzione 217 C(III), pur non rimanendo indifferente alle sorti delle minoranze, dichiarò che le circostanze concrete impedivano l'adozione di una soluzione uniforme per una questione così complessa e delicata da porre problematiche differenti in ogni Stato<sup>137</sup>. L'adozione di questa risoluzione indica, quantomeno, che la questione delle minoranze non fu considerata esaurita.

#### **4. Luci e ombre delle prime forme di tutela dell'identità**

Dalla ricostruzione effettuata in questa sezione è emerso come, in una prima fase, nel diritto internazionale le esigenze di protezione dell'identità siano sorte esclusivamente in relazione alla tutela non del singolo individuo in quanto tale ma in quanto membro di un gruppo minoritario. Ciò risulta vero sia per quanto riguarda i primi meccanismi rudimentali elaborati a partire dal XXVII secolo che nel regime, molto avanzato per l'epoca, istituito a cavallo tra le due guerre. Il problema delle minoranze era considerato infatti centrale per la sicurezza e l'equilibrio politico europeo e, pertanto, la tutela dell'identità dei loro membri fu ritenuta essenziale per la stabilizzazione del continente.

La complessa rete di trattati minoritari, destinati a influenzare i successivi sistemi pattizi di protezione dei diritti umani, si fondava su due pilastri che costituiscono ancora oggi le fondamenta della protezione internazionale delle minoranze: la non discriminazione e l'adozione di misure speciali volte a tutelare l'identità separata, in termini di cultura, lingua e religione, dei gruppi minoritari rispetto alla maggioranza della popolazione.

---

<sup>135</sup> J. Verdoodt, *Influence des structures ethniques et linguistiques des pays membres des Nations Unies sur la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1969, p. 404.

<sup>136</sup> *Dichiarazione Universale*, cit., art. 2: «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione». Da corollario alla non discriminazione fa il principio di uguaglianza previsto dall'art. 7: «Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione».

<sup>137</sup> UNGA, *Resolution 217 C (III)*, "Fate of Minorities", 10 dicembre 1948.

Altri due aspetti rivoluzionari per il periodo storico erano poi la previsione della garanzia internazionale di tali trattati da parte della SdN e il diritto di petizione riconosciuto in capo ai singoli membri delle minoranze che rendevano il sistema, almeno dal punto di vista teorico, ben equipaggiato per tutelare l'identità delle minoranze e dei loro membri. Da rimarcare è stato anche il ruolo svolto dalla CPGI, grazie alla sua funzione consultiva in materia di trattati minoritari. Alla stessa è stata attribuita la prima affermazione dell'obbligo degli Stati di proteggere le minoranze a prescindere dal loro riconoscimento ufficiale, dal momento che la loro esistenza deve essere considerata una questione di fatto e non di diritto. È a quest'organo che si deve inoltre, come ricordato, la definizione di minoranza tutt'oggi prevalente nel diritto internazionale che combina elementi oggettivi (religione, lingua e tradizioni) e soggettivi, come il desiderio di preservare l'identità separata del gruppo. La principale debolezza del sistema, rappresentata dalla natura non reciproca degli obblighi riguardanti la protezione delle minoranze che gravavano soltanto sugli Stati sconfitti o di nuova formazione, ne ha però determinato la fine.

Lo spartiacque nella tutela dell'identità da parte del diritto internazionale è rappresentato dal Secondo conflitto mondiale. Come evidenziato da Francesco Salerno, «quasi paradossalmente, il problema delle minoranze nazionali, che aveva avviato la formazione di una disciplina internazionale in materia di diritti dell'uomo, è stato ridimensionato stante la prevalente inclinazione della società internazionale a privilegiare un'accezione individuale di questo sistema normativo»<sup>138</sup>. Valorizzando il rispetto universale dei diritti dell'uomo e vietando qualsiasi discriminazione fondata sulla razza, colore, lingua e religione si presumeva che potessero essere soddisfatte le istanze specifiche anche degli appartenenti a gruppi minoritari, rendendosi del tutto superflua l'adozione a livello internazionale di misure protettive speciali<sup>139</sup>. Tuttavia, se per la sua

---

<sup>138</sup> F. Salerno, 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', op. cit., p. 101. Y. de Montigny, 'ONU et la Protection Internationale des Minorities Depuis 1945', Le. *RJT ns*, 13, 1978, p. 389 ss.; H. Lannung, 'The rights of Minorities', *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne, Mélanges offerts à Polys Modinos*, Parigi, Pédone, 1968, pp. 181-195; J. Lador Lederer, *International Group Protection, Aims and Methods in Human Rights*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1968; J. Bruegel, 'A Neglected Field: The Protection of Minorities', in *Revue de droits de l'homme*, 1971, p. 413; J. Kunz, 'The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, 1954, p. 282.

<sup>139</sup> A. Fabbriotti, *La protezione delle minoranze nel diritto internazionale, Attualità del tema tra corsi e ricorsi storici*, op. cit., p. 252.

efficacia, il regime di protezione delle minoranze non può che poggiare, com'era stato fatto nel periodo precedente, su due pilastri, nel secondo dopoguerra il sistema divenne monco e gli appartenenti alle minoranze si trovarono del tutto sprovvisti di strumenti internazionali per proteggere le proprie caratteristiche identitarie. Eppure, solo la complementarità tra i due pilastri può garantire l'uguaglianza sostanziale degli appartenenti alle minoranze.

La fase di sostanziale disinteresse all'interno delle Nazioni Unite nei confronti dei problemi delle minoranze, durante la quale non si registrarono avanzamenti di alcun tipo in relazione alla tutela dell'identità culturale dei loro membri, terminerà solo negli anni '60. L'inserimento di una disposizione *ad hoc* – l'articolo 27 – nel Patto sui diritti civili e politici del 1966 può essere interpretata infatti come il primo segnale della consapevolezza della necessità di creare a vantaggio dell'identità delle minoranze un regime speciale di protezione nel quadro delle Nazioni Unite.

Tuttavia, prima di analizzare l'evoluzione della protezione dell'identità culturale degli appartenenti a gruppi minoritari negli accordi internazionali posti a protezione dei diritti umani nel prossimo capitolo, appare utile ampliare l'indagine a un altro settore del diritto internazionale, quello del diritto penale internazionale. Contemporaneamente alla Dichiarazione universale è stato infatti negoziato un altro accordo internazionale, la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, che avrebbe potuto rappresentare uno strumento per preservare le caratteristiche peculiari, materiali e immateriali, che concorrono a definire l'identità dei gruppi minoritari.

## SEZIONE II

# LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ CULTURALE DEI GRUPPI NEL SECONDO DOPOGUERRA: CONVENZIONE GENOCIDIO E SVILUPPI SUCCESSIVI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

### **5. La tutela dell'identità culturale dei gruppi ad opera della Convenzione sul genocidio**

Per chiarire se la Convenzione sul genocidio del 1948 possa costituire uno strumento atto a proteggere le caratteristiche identitarie di gruppi minoritari non si può prescindere da un sia pur breve riferimento a Raphael Lemkin, il giurista che, nel 1944 nelle pagine di *Axis Rule in Occupied Europe*<sup>140</sup>, iniziò a tratteggiare i contorni della nuova fattispecie criminosa. Le osservazioni di questo studioso polacco di origine e religione ebraica, cui va tributato il merito di aver coniato il termine in grado di definire quel «crime without a name», richiamato da Churchill in un celebre discorso del 1941<sup>141</sup>, devono essere situate nel contesto del sistema internazionale di protezione delle minoranze nazionali nel periodo tra le due guerre, analizzato nella precedente sezione. Le sue ricerche furono largamente influenzate dal massacro degli Armeni ad opera della Turchia e dalla sorte riservata agli Ebrei durante la Seconda guerra mondiale.

Quel che preme rilevare in questo studio – che si propone di indagare l'ampiezza della protezione accordata dal diritto internazionale all'identità nelle sue diverse dimensioni – è che il genocidio venne concepito dal suo inventore come un piano coordinato di differenti azioni miranti alla distruzione delle *fondamenta essenziali* della vita di un gruppo nazionale, allo scopo di distruggerlo<sup>142</sup>. Il genocidio, quindi, venne rappresentato

---

<sup>140</sup> R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944. Il termine genocidio deriva dall'accostamento di *genos*, dal greco razza, stirpe, e del suffisso latino *-cidium*, da *caedere*, uccidere.

<sup>141</sup> La trascrizione del discorso tenuto da Winston Churchill in occasione del suo incontro con il Presidente Roosevelt il 24 agosto 1941 è disponibile all'indirizzo: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/churchill-broadcast-regarding-his-meeting-with-roosevelt-august-1941>.

<sup>142</sup> R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, op. cit., p. 79: «Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all

come un processo, non necessariamente violento in tutte le sue fasi, in cui l'obiettivo di annientamento poteva essere perseguito non soltanto attraverso l'eliminazione fisica dei membri di una minoranza nazionale, ma anche mediante attacchi che minassero le sue istituzioni politiche, sociali ed economiche o la dimensione identitaria del gruppo stesso, ossia la sua cultura, lingua e religione<sup>143</sup>.

Quella teorizzata da Lemkin era, dunque, una definizione ampia, non circoscritta al solo genocidio fisico, ma che intendeva ricomprendere anche tutti gli atti miranti, in senso lato, alla distruzione della cultura del gruppo<sup>144</sup>, considerata vettore dell'identità e della coesione dello stesso<sup>145</sup>. Tuttavia, per le ragioni che saranno individuate più avanti, il genocidio culturale alla fine non trovò posto nella Convenzione del 1948.

Al termine della Seconda guerra mondiale, Lemkin si impegnò alacremente per far sì che il genocidio venisse qualificato come crimine internazionale. Fu anche grazie ai suoi sforzi che si riuscì ad adottare, in tempi piuttosto rapidi, uno strumento che ne ha permesso la repressione penale. Pur agendo come un «totally unofficial man»<sup>146</sup>, egli svolse infatti un'intensa attività di lobbying alle Nazioni Unite che diede in breve tempo i suoi frutti: l'11 dicembre del 1946, l'Assemblea Generale approvò, all'unanimità, la Risoluzione 96(I)<sup>147</sup> in cui, per la prima volta, venne dichiarato che il genocidio costituiva un crimine secondo il diritto internazionale<sup>148</sup>.

Tale documento, pur non avendo efficacia vincolante, fu di estrema importanza per le successive elaborazioni del crimine di genocidio. Infatti, in esso trovarono già

---

members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves».

<sup>143</sup> *Ibidem*: «The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups», Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*.

<sup>144</sup> W. A. Schabas, *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 30; B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007, How to make, unmake, and remake law with words*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 31-32.

<sup>145</sup> H. Schreiber, 'Cultural Genocide-Culturicide: An Unfinished or Rejected Project of International Law?', in G. Michalowska e H. Schreiber (a cura di), *Culture(s) in International Relations*, Peter Lang Verlag, 2017, p. 326.

<sup>146</sup> Questa è la definizione che di Lemkin viene fornita in un articolo del New York Times del 1957 e che egli stesso riprese come titolo per la sua autobiografia (R. Lemkin, *Total Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*, edito da Danna-Lee Freze, Yale University Press, 2013).

<sup>147</sup> UNGA, *Resolution 96(I)*, 11 dicembre 1946, consultabile in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, London, 2008, p. 34.

<sup>148</sup> *Ibidem*: «The General Assembly, therefore, affirms that genocide is a crime under international law which the civilized world condemns [...]».

accoglimento i principi dell'irrelevanza del nesso con un conflitto armato per la sua perseguibilità e quello della responsabilità individuale degli autori<sup>149</sup>. Inoltre, nella Risoluzione, c'era già un riferimento ai gruppi protetti: in un elenco non tassativo si richiamavano quelli razziali, religiosi e politici distrutti, in tutto o in parte, in conseguenza della commissione del crimine. Infine, la Risoluzione attribuì al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) il compito di intraprendere degli studi per predisporre una bozza di Convenzione. A questo proposito va rimarcato il fatto che si decise di affidare i negoziati a un organo costituito da delegati statali, mentre non venne presa in considerazione l'ipotesi di far condurre i lavori a un gruppo di esperti, ad esempio alla Commissione di diritto internazionale (CDI) di cui si iniziava già a prevedere la costituzione<sup>150</sup>. Tale scelta è imputabile, secondo Micaela Frulli, a due fattori. Da un lato l'urgenza politica, dettata dalla pressione della comunità pubblica internazionale dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale, impose l'adozione in tempi rapidi di uno strumento di prevenzione e repressione del genocidio, dall'altro, si ritenne che l'elaborazione di tale strumento non fosse un'opera di semplice codificazione ma comportasse la produzione di nuove norme, ragion per cui si rendeva necessario il coinvolgimento diretto dei governi<sup>151</sup>.

Il 9 dicembre del 1948, dopo lunghi negoziati, l'Assemblea Generale adottò la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, che, all'art. 2, definì il crimine come:

«any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;

---

<sup>149</sup> Sul rapporto tra responsabilità dello Stato e dell'individuo per crimini internazionali si veda: B. I. Bonafè, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

<sup>150</sup> La CDI fu istituita il 21 novembre del 1947 dall'Assemblea Generale con la risoluzione 174(II) che le attribuì il compito di promuovere «lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione». UNGA, *Establishment of an International Law Commission, Resolution 174(II)*, 21 November 1947.

<sup>151</sup> M. Frulli, 'Le Nazioni Unite e la codificazione del diritto internazionale penale', in A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (eds), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*, Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 115-116.

- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group»<sup>152</sup>.

Com'è ben noto e come risulta chiaro dalla definizione del crimine, sono due gli elementi necessari per integrare la fattispecie: il *dolus specialis* del perpetratore, ossia il fatto che questi abbia agito con l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, religioso o razziale (elemento soggettivo)<sup>153</sup> e la commissione di una delle cinque condotte tassativamente elencate nell'art. 2 della Convenzione (elemento oggettivo)<sup>154</sup>. Tra queste mancano gli attacchi volti alla distruzione della cultura e alle caratteristiche identitarie dei gruppi che erano invece, come abbiamo visto, presenti nell'elaborazione del crimine ad opera di Lemkin. Si tratta, infatti, di una definizione spesso criticata perché considerata eccessivamente restrittiva, ma che è riuscita a resistere alla prova del tempo, così come alle diverse richieste in favore di una sua espansione<sup>155</sup>. Infatti, è stata riprodotta *verbatim* negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia (ICTY)<sup>156</sup> e per il Ruanda (ICTR)<sup>157</sup> e nello Statuto di Roma della Corte Penale

---

<sup>152</sup> UNGA, *Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 dicembre 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277.

<sup>153</sup> F. Jessberger, 'The Definition and the Elements of the Crime of Genocide', in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009; K. Ambos, 'What does 'intent to destroy' in genocide mean?', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 91(876), 2009, pp. 833-858.

<sup>154</sup> P. Behrens, R. Henham, *Elements of Genocide*, Routledge, 2013.

<sup>155</sup> S. Negri, 'Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?', in *Transnational Dispute Management*, Vol. 10, issue 5, 2013, p. 4.

<sup>156</sup> UNSC, Res. 827 (1993), *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, 25 maggio 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993), art. 4.2. Il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, istituito con la Risoluzione n. 827 del 1993 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, è competente a giudicare le violazioni gravi compiute sul territorio jugoslavo a partire dal 1991 e che configurano un'infrazione grave delle Convenzioni di Ginevra del 1949, una violazione delle leggi e delle consuetudini di guerra, un atto di genocidio o un crimine contro l'umanità.

<sup>157</sup> UNSC, UNSC Res. 955 (1994), *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*, novembre 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994), art. 2.2. La competenza del Tribunale per il Ruanda, istituito dalla Risoluzione n. 955 del 1994 del Consiglio di sicurezza, è limitata a: crimine di genocidio, crimini contro l'umanità e violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e del Secondo Protocollo Addizionale commessi tra il primo gennaio e il 31 dicembre 1994. Per approfondimenti: G. Della Morte, *Tribunali Penali Internazionali* in *Diritto on-line*, Treccani, 2014, disponibile all'indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/tribunali-penali-internazionali\\_%28Diritto-on-line2\\_29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tribunali-penali-internazionali_%28Diritto-on-line2_29/) (ultimo accesso novembre 2019).



Internazionale<sup>158</sup>. Anche a livello nazionale, gli Stati che hanno ratificato la Convenzione hanno di norma ricalcato la stessa enunciazione del crimine<sup>159</sup>.

Esula dalle finalità di questo lavoro un'analisi approfondita del crimine. I prossimi paragrafi indagheranno piuttosto se l'adozione della Convenzione possa essere o meno funzionale alla protezione internazionale dell'identità delle minoranze, soffermandosi su due aspetti principali. In primo luogo, verrà approfondito il significato che assumono i quattro gruppi protetti dalla Convenzione e la rilevanza della componente identitaria nella loro definizione (par. 5.1). In seconda battuta, ci si domanderà se il divieto di genocidio sia posto a tutela unicamente del diritto del gruppo «to have its survival and continued existence protected by law»<sup>160</sup> o se rientrino nell'ambito di applicazione del divieto anche misure che, pur non mirando alla distruzione fisica o biologica dei membri del gruppo, ne minino le specificità culturali e identitarie, venendo comunque nei fatti a provocare la scomparsa del gruppo in quanto tale (par. 5.2 e 5.3).

### *5.1 Gruppi protetti come gruppi portatori di una propria identità distintiva*

Ai sensi della Convenzione del 1948, il crimine di genocidio viene commesso se una delle cinque condotte vietate che costituiscono l'*actus reus* è attuata da un perpetratore con l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Uno degli elementi distintivi del crimine è rappresentato proprio dal fatto che le vittime non sono scelte sulla base della loro individualità ma poiché appartenenti a uno

---

<sup>158</sup> UNGA, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 luglio 1998, in vigore dal luglio 2002, art. 6.

<sup>159</sup> Due sono le maggiori eccezioni: il Paraguay, che ha incluso nell'art. 319 del proprio Codice Penale il genocidio, prevedendo tra gli atti tipici che danno luogo al crimine il divieto imposto ai membri del gruppo di esercitare la propria religione o di praticare i propri costumi (*Codigo Penal de Paraguay*, Ley N. 1.160/97, Art. 319) e la legislazione israeliana. Israele ha infatti adottato nel 1950 sia la Legge sul crimine di genocidio, che all'art. 1 riproduce testualmente la definizione della Convenzione (*The Crime of Genocide (Prevention and Punishment) Law*, 5710, 1950), che la Legge per la persecuzione dei crimini commessi dai Nazisti e dai loro collaboratori (*Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, 5710, 1950) che, a differenza della prima, è dotata di efficacia retroattiva per poter essere applicata proprio agli anni del regime nazista e della Seconda guerra mondiale. Si veda: B. Saul, 'The Implementation of the Genocide Convention at the National Level', in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009.

<sup>160</sup> W. Schabas, 'Developments relating to minorities in the law of genocide', in K. Henrard, R. Dunbar (a cura di), *Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 193.

dei quattro gruppi protetti<sup>161</sup>. Sin dalla sua origine, infatti, il genocidio è stato concepito come la distruzione di un gruppo portatore di una sua particolare identità distintiva<sup>162</sup>.

L'enumerazione dei gruppi protetti da parte della Convenzione è stato uno degli aspetti più dibattuti di tale accordo<sup>163</sup> anche perché si basa su alcuni concetti come razza ed etnia che sono a priori difficili da definire<sup>164</sup>. Inoltre, per alcuni autori, la centralità, nella definizione della fattispecie, della componente identitaria – a causa del riferimento ai quattro gruppi protetti – è fonte di forte perplessità: razza, etnia, religione e nazionalità sono, a ragione, considerate identità «ambigue e flessibili, contingenti, contraddittorie, aperte che il diritto può difficilmente cristallizzare»<sup>165</sup>.

Proprio per questo, risulta utile fare riferimento alla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, in particolare a quella dell'ICRT, che ha chiarito il significato da attribuire a tali categorie. In *Akayesu*<sup>166</sup>, un gruppo nazionale è stato definito come un insieme di persone unite da un vincolo giuridico basato sulla cittadinanza comune e sulla reciprocità di diritti e doveri<sup>167</sup>. Un gruppo etnico è stato qualificato come una collettività i cui membri condividono una lingua o una cultura comune<sup>168</sup>. L'appartenenza a un gruppo razziale si determina esclusivamente sulla base di tratti fisici ereditari, spesso tipici di una particolare regione geografica, senza considerare fattori linguistici, culturali, nazionali o religiosi<sup>169</sup>. È la categoria più controversa, la cui terminologia è stata ampiamente criticata perché riferita a un concetto, come quello della razza, ormai obsoleto e privo di fondamento

---

<sup>161</sup> UNGA, *Resolution 96(I)*, cit.: «The victim of the crime of genocide is the group itself». ICTY, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Judgement, Trial Chamber, IT-95-10-T, 14 dicembre 1999, par. 79.

<sup>162</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Appeals Chamber, IT-97-24-A, Judgment, 22 Marzo 2006, par. 21.

<sup>163</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of the Crimes*, Cambridge University Press, 2009, p. 117; K. Jonassohn, 'What Is Genocide?', in H. Fein (a cura di) *Genocide Watch*, Yale University Press, 1991, p. 18; S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970, p. 112, L. Lyman Bruun, 'Beyond the 1948 Convention - Emerging Principles of Genocide in Customary International Law', in *Maryland Journal of International Law and Trade*, Vol. 17, 1993, p. 210; B. Van Schaack, 'The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot', in *Yale Law Journal* Vol. 106, 1997, p. 2280; S. Straus, 'Contested Meanings and Conflicting Imperatives: A Conceptual Analysis of Genocide', in *Journal of Genocide Research*, Vol. 3, 2001366; F. Chalk, 'Redefining Genocide', in G. J. Andreopoulos (a cura di), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, University of Pennsylvania Press, 1994.

<sup>164</sup> J. Verhoeven, 'Le crime de génocide, originalité et ambiguïté', in *Revue belge de droit international*, 1991, p. 5.

<sup>165</sup> E. Fronza, 'Il crimine di genocidio', in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 345.

<sup>166</sup> ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Chamber I, ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998.

<sup>167</sup> *Ivi*, par. 512.

<sup>168</sup> *Ivi*, par. 513.

<sup>169</sup> *Ivi*, par. 514.

scientifico<sup>170</sup>. Infine, un gruppo religioso è quello i cui membri professano la stessa religione o modalità di culto<sup>171</sup>.

Nel corso del tempo, in dottrina, in molti hanno auspicato l'estensione dell'ambito della portata della Convenzione anche a gruppi diversi, come ai gruppi politici, sociali ed economici<sup>172</sup>. Tuttavia, tali interpretazioni sono state sempre osteggiate nell'applicazione della nozione di genocidio da parte dei Tribunali *ad hoc* e della Corte internazionale di giustizia (CIG). Infatti, come è stato ribadito anche dall'ICTY, durante i lavori preparatori della Convenzione sul genocidio, i suoi estensori non intendevano riferirsi ai diversi possibili gruppi umani, quanto piuttosto a un concetto ben affermato nel diritto internazionale che era quello di minoranze nazionali<sup>173</sup>. La Camera di primo grado dell'ICTY, dunque, ha collocato il divieto di genocidio nell'ambito della protezione delle minoranze di cui tutelerebbe, in ultima analisi, il diritto all'esistenza. Il Tribunale ha ritenuto infatti che il concetto di gruppi protetti si sovrapponga a quello di minoranze nazionali impiegato in ambito prettamente europeo che, a sua volta, può considerarsi equiparabile alla dizione adoperata a livello universale dalle Nazioni Unite, che è quella di «minoranze etniche, religiose o linguistiche»<sup>174</sup>.

L'ICTR ha inoltre precisato che l'analisi dei lavori preparatori<sup>175</sup> dimostrerebbe come il crimine sia stato tradizionalmente concepito come rivolto esclusivamente a gruppi “stabili”, costituiti in modo permanente e la cui appartenenza è determinata automaticamente, in modo continuo e spesso irrimediabile, dalla nascita, escludendo

---

<sup>170</sup> UNSC, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 gennaio 2005, par. 494.

<sup>171</sup> ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, cit., par. 515.

<sup>172</sup> F. Chalk, K. Jonassohn, 'The conceptual framework', in F. Chalk and K. Jonassohn (a cura di), *The History and Sociology of Genocide*, New Haven and London, Yale University Press, 1990, pp. 3-43; B. Whitaker, *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, 2 luglio 1985, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6.

<sup>173</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Krstić*, Judgment, IT-98-33-T, 2 agosto 2001, par. 556.

<sup>174</sup> *Ibidem*: «In contrast, the preparatory work on the Convention and the work conducted by international bodies in relation to the protection of minorities show that the concepts of protected groups and national minorities partially overlap and are on occasion synonymous. European instruments on human rights use the term 'national minorities', while universal instruments more commonly make reference to 'ethnic, religious or linguistic minorities'; the two expressions appear to embrace the same goals».

<sup>175</sup> UNGA, *Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly*, 21 September–10 December 1948, Official Records of the General Assembly.

quindi quelli cui si aderisce attraverso la libera scelta individuale, come i gruppi politici ed economici<sup>176</sup>.

In realtà, la definizione del gruppo sulla base esclusiva di criteri puramente oggettivi è stata poi superata dalla giurisprudenza internazionale successiva. Infatti, il rischio è quello di ricorrere a classificazioni identitarie bio-fisiche che fanno proprie le stesse logiche che causano spesso i genocidi. Pertanto, nella giurisprudenza internazionale è parso preferibile, così come accade per la definizione delle minoranze, una commistione di entrambi gli approcci, oggettivo e soggettivo<sup>177</sup>. In questo secondo caso, sono gli stessi membri del gruppo ad autoidentificarsi in esso oppure è il perpetratore che considera le vittime come appartenenti a una medesima collettività. Così, ad esempio, i gruppi etnici sono stati definiti come gruppi composti da membri che condividono valori culturali, modi di vita e tradizioni e che si autoidentificano o sono identificati da altri come una comunità con caratteristiche e un'identità distintiva<sup>178</sup>. La percezione, da parte dei presunti autori del crimine di genocidio, dell'esistenza di un gruppo etnico, religioso, nazionale o razziale a sé stante, nei cui confronti sono state perpetrate misure volte a distruggerlo – in tutto o in parte – è stata considerata un elemento costitutivo della *mens rea*<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, cit., par. 515; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment and Sentence, ICTR-96-3-T, 6 dicembre 1999, par. 57; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Judgment, ICTR-96-13-T, 27 gennaio, 2000, par. 162.

<sup>177</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Judgment, Appeals Chamber, IT-97-24-A, 22 marzo 2006, par. 25; CIG, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 febbraio 2007, par. 191; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, Trial Chamber, ICTR-95-1-T, Judgment, 21 maggio 1999, para 98; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Trial Chamber, ICTR-95-1A-T, Judgment, 7 giugno 2001, par. 65; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Trial Chamber, ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence, 27 gennaio 2000, par. 161-2: «In such a case, the Chamber is of the opinion that, on the evidence, if a victim was perceived by a perpetrator as belonging to a protected group, the victim could be considered by the Chamber as a member of the protected group, for the purposes of Genocide»; ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment, 14 dicembre 1999, par. 70.

J.-M. Chaumont, *La concurrence des victimes: génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte, 1997, pp- 211-12

<sup>178</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, Judgment, Trial Chamber II, ICTR-95-1-T, 21 maggio 1999, par. 98. *Report of the International Commission of Inquiry on violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur*, cit., par. 508.

<sup>179</sup> ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, Review of Indictment Pursuant to Rule 61, IT-94-2-R61, 20 ottobre 1995, par. 27; *Prosecutor v. Jelisić*, Judgment, IT-95-10-T, 14 dicembre, 1999, par. 70.

Così, ad esempio, la Commissione d'inchiesta stabilita dalle Nazioni Unite per investigare presunti crimini di genocidio commessi in Darfur ha chiarito che, sebbene le vittime nel caso considerato appartenessero a tre gruppi tribali etnicamente non distinguibili da quelli delle milizie che li avevano attaccati – parlavano la stessa lingua, praticavano la stessa religione e, per di più, vi era stato un alto tasso di matrimoni misti che li rendevano affini anche per tratti fisici – rientravano comunque nella definizione

I gruppi protetti dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio sono dunque collettività caratterizzate da una forte componente identitaria e individuabili proprio sulla base di precipue caratteristiche religiose, razziali, etniche e nazionali che ne definiscono l'appartenenza dei singoli membri. Ci si domanderà ora se attacchi volti alla distruzione di uno dei gruppi protetti attraverso l'annientamento di queste stesse caratteristiche identitarie possa o meno integrare la fattispecie di genocidio, nonostante la deliberata esclusione, come vedremo nel prossimo paragrafo, del genocidio culturale dal testo finale della Convenzione.

### *5.2 La mancata inclusione del genocidio culturale nella Convenzione sul genocidio*

Se, come ricordato all'inizio, nella concezione di Lemkin il crimine di genocidio era stato teorizzato come un attacco volto a colpire diversi aspetti della vita del gruppo vittima, incluso il suo patrimonio e la sua identità culturale, al fine di distruggere la sopravvivenza della collettività in quanto tale<sup>180</sup>, durante i negoziati della Convenzione del 1948 si decise di escludere qualsiasi riferimento al genocidio culturale. Si provvederà, dunque, a ripercorrere le ragioni di tale scelta che ben si inseriscono nel clima esistente a livello internazionale nel secondo dopoguerra, per poi vedere se, nella prassi dei Tribunali *ad hoc*, siano state incluse, in via interpretativa, nella nozione di genocidio anche quelle condotte finalizzate a distruggere, in tutto o in parte, un gruppo attraverso attacchi diretti all'annientamento della sua specifica identità culturale.

Nei primi due progetti di articoli della Convenzione sul genocidio<sup>181</sup>, la tutela della diversità culturale delle minoranze fu considerata imperativa poiché si riteneva che la sua distruzione avrebbe avuto per la civilizzazione conseguenze disastrose assimilabili a

---

di gruppo protetto perché vittima e persecutore si percepivano come appartenenti a due gruppi portatori di identità distinte.

<sup>180</sup> T. Butcher, 'A 'Synchronized Attack': On Raphael Lemkin's Holistic Conception of Genocide', in *Journal of Genocide Research*, vol. 15, No. 3, 2013, p. 265; D. Irvin-Erickson, 'Raphael Lemkin: Culture and cultural genocide', in J. S. Bachman (a cura di), *Cultural Genocide, Law, Politics, and Global Manifestations*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2019, p. 22.

<sup>181</sup> J. S. Bachman, 'An historical perspective, The exclusion of cultural genocide from the Genocide Convention', in J. S. Bachman (a cura di), *Cultural Genocide, Law, Politics*, op. cit., p. 48

quelle derivanti dall'annientamento fisico dei gruppi umani<sup>182</sup>. Pertanto, gli atti di distruzione culturale vennero inclusi tra le condotte attraverso cui era possibile perpetrare il crimine, dal momento che un gruppo razziale, nazionale o religioso non può continuare a esistere qualora venga annientata la sua identità distintiva.

In particolar modo, nel Progetto elaborato dal Segretariato<sup>183</sup>, grazie anche al ruolo di Lemkin – che fu uno dei tre esperti di diritto internazionale coinvolti nella sua elaborazione, insieme a Henri Donnedieu de Vabres e Vespasian Pella –, le condotte tipiche che, se accompagnate dalla *mens rea*, possono dar luogo alla commissione del crimine vennero raggruppate in tre categorie principali, a seconda che configurassero un esempio di genocidio fisico, biologico o culturale. Nello specifico, il genocidio culturale venne definito come un attacco mirante alla distruzione di caratteristiche peculiari del gruppo e della sua identità, con mezzi diversi dall'attentato alla vita dei suoi membri e dalla restrizione delle nascite<sup>184</sup>. Tra i cinque atti tipici integranti la fattispecie, elencati al punto 3 dell'art. 2 del Progetto, figuravano il trasferimento forzato dei fanciulli da un gruppo all'altro; l'esilio forzato e sistematico degli individui che rappresentano la cultura di una collettività; il divieto di utilizzo della lingua nazionale in pubblico e in privato; la distruzione sistematica o la proibizione di nuove pubblicazioni di libri stampati nella lingua nazionale o aventi contenuto religioso; la demolizione sistematica di monumenti storici o sacri o la loro conversione ad usi alternativi<sup>185</sup>.

Questo testo, soggetto alla disamina da parte degli Stati, incontrò subito l'opposizione dei Paesi coloniali e l'inclusione del genocidio culturale rappresentò, sin dall'inizio, uno

---

<sup>182</sup> ECOSOC, *Draft Convention on the Crime of Genocide* (Secretariat Draft), 26 giugno 1947, UN Doc. E/447, in Hiram Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., pp. 234-235: «If the diversity of cultures were destroyed, it would be as disastrous for civilization as the physical destruction of nations».

<sup>183</sup> L'ECOSOC nel marzo del 1947 affidò al Segretariato Generale, con la Risoluzione n. 47(IV), il compito di redigere un progetto di Convenzione sul genocidio, in accordo a quanto previsto nella Risoluzione 96(I) dell'Assemblea Generale: ECOSOC, *Resolution n. 47(IV)*, 28 marzo 1947, UN Doc E/325.

<sup>184</sup> ECOSOC, *Draft Convention on the Crime of Genocide* (Secretariat Draft), cit., in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 234: «*Cultural genocide* consists not in the destruction of members of a group nor in restrictions on births, but in the destruction by brutal means of the specific characteristics of a group».

<sup>185</sup> Ivi, p. 215: «Destroying the specific characteristics of the group by: a) forcible transfer of children to another human group; or b) forced and systematic exile of individuals representing the culture of a group; or c) prohibition of the use of the national language even in private intercourse; or d) systematic destruction of books printed in the national language or of religious works or prohibition of new publications; or e) systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship».

dei problemi chiave in relazione alla definizione internazionale del crimine<sup>186</sup>. Si temeva infatti che la previsione del genocidio culturale avrebbe potuto comportare il rischio di interferenze politiche negli affari interni degli Stati nella gestione delle minoranze<sup>187</sup>.

Nel marzo del 1948, l'ECOSOC istituì un Comitato *ad hoc* cui affidare la redazione di una nuova bozza di Convenzione, alla luce dei commenti espressi dagli Stati rispetto al primo progetto di articoli e con il compito di mediare su quelle che erano apparse, fino a quel momento, le questioni più controverse, incluso il genocidio culturale<sup>188</sup>.

Il capo della delegazione americana, John Maktos, mostrò la propria avversione<sup>189</sup>, sostenendo che il crimine, ispirato allo sterminio degli ebrei, avrebbe dovuto essere circoscritto agli atti commessi contro gli individui e che i tentativi di estendere eccessivamente il campo di applicazione della Convenzione, arrivando ad inglobare anche il genocidio culturale, avrebbero esposto al rischio del netto rifiuto di alcuni Stati a procedere alla ratifica<sup>190</sup>. Gli Stati Uniti proposero, inoltre, con l'immediato sostegno della Francia, l'inserimento del genocidio culturale in un articolo separato. Trattandosi di una clausola estremamente dibattuta, ciò avrebbe permesso ai governi di esprimere le proprie riserve circa un punto specifico della Convenzione, rendendo più agevoli i negoziati<sup>191</sup>. Come è possibile notare *ex post*, ciò ha certamente agevolato la successiva espunzione della fattispecie<sup>192</sup>.

Pertanto, nel secondo Progetto di Convenzione, il genocidio culturale, definito come ogni atto deliberatamente commesso con l'intento di distruggere la lingua, la religione o la cultura di un gruppo nazionale, religioso, razziale o etnico, venne isolato nell'art. 3<sup>193</sup>.

---

<sup>186</sup> Ivi, pp. 225-226.

<sup>187</sup> ECOSOC, *Prevention and Punishment of Genocide, Comments by Governments on the Draft Convention prepared by the Secretariat, Communications from Non-Governmental Organizations*, 30 gennaio 1948, UN Doc E/623, in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 383.

<sup>188</sup> Nel novembre del 1947, l'Assemblea Generale aveva affidato all'ECOSOC il compito di continuare gli studi necessari per la stesura di una Convenzione sul genocidio a partire dal Progetto elaborato dal Segretariato.

<sup>189</sup> W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, op. cit., p. 209.

<sup>190</sup> ECOSOC, *Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Fourteenth Meeting*, Lake Success, New York, 21 aprile 1948, UN Doc. E/AC.25/SR.14, in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 890.

<sup>191</sup> ECOSOC, *Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Tenth Meeting*, Lake Success, New York, 16 aprile 1948, UN Doc. E/AC.25/SR.10 in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 837.

<sup>192</sup> J. S. Bachman, *An historical perspective*, op. cit., p. 52.

<sup>193</sup> ECOSOC, *Ad Hoc Committee on Genocide, Draft Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 19 maggio 1948, UN Doc. E/AC.25/12, in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 52: «In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the

Gli atti tipici attraverso cui può essere perpetrato il genocidio culturale vennero poi individuati in un elenco non tassativo che prevedeva solo due tipologie, contro le cinque della bozza precedente: il divieto di uso della lingua e la distruzione di musei, scuole, monumenti storici, biblioteche, luoghi di culto e istituzioni culturali<sup>194</sup>.

Nell'agosto del 1948, il testo elaborato dal Comitato *ad hoc*, senza subire modifiche, venne inviato all'Assemblea Generale ed esaminato dalla Sesta Commissione. Durante la valutazione articolo per articolo del progetto di Convenzione risultò evidente, ancora una volta, la frattura esistente riguardo la previsione del genocidio culturale.

Il maggior sostegno alla causa del genocidio culturale venne dall'Unione Sovietica e dalle delegazioni dei Paesi del blocco socialista che, nel corso del Secondo conflitto mondiale, avevano conosciuto nei propri territori, ad opera dei Nazisti, pratiche assimilabili a quelle descritte dall'art. 3 del Progetto di Convenzione. I rappresentanti di questi Stati, pertanto, nel corso dei negoziati cercarono di far comprendere come atti di genocidio culturale potessero rappresentare qualcosa di più di un semplice atto preparatorio e prodromico del genocidio fisico<sup>195</sup>. Ritenevano infatti che se nel genocidio l'elemento distintivo è l'intento di annientare un dato gruppo in tutto o in parte, la distruzione fisica dei membri o la distruzione della cultura della collettività rappresentavano due strade equivalenti per perseguirlo<sup>196</sup>.

I principali argomenti fatti propri dagli Stati che votarono a favore della soppressione dell'art. 3 furono invece: 1) la necessità che il genocidio culturale venisse disciplinato da altri strumenti, come la Dichiarazione universale, perché si riteneva che la distruzione del patrimonio culturale, materiale e immateriale, dei gruppi protetti non dovesse dar luogo a responsabilità penale individuale ma dovesse essere regolata dalle norme poste a tutela dei diritti umani e dei diritti delle minoranze<sup>197</sup>; 2) l'eccessiva ampiezza e nebulosità nella

---

intent to destroy the language, religion, or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious belief of its members [...].

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> J. Morsink, 'Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, N. 4, 1999, p. 1029.

<sup>196</sup> UNGA, Sixth Committee (3rd Session), *Eighty-Third Meeting, Held at the Palais de Chaillot, Paris, Continuation of the Consideration of the Draft Convention on Genocide*, 25 ottobre 1948, UN Doc. A/C.6/SR.83 in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 1516.

<sup>197</sup> *Ibidem*: «Declarations or Chartes establishing the rights and duties of man and the citizen could not declare cultural genocide to be a crime nor provide measures for its prevention and suppression».



definizione del concetto<sup>198</sup>; 3) il timore che lo stesso si potesse prestare a strumentalizzazioni politiche<sup>199</sup>; 4) la minore gravità del genocidio culturale se comparato con la distruzione fisica<sup>200</sup> e, infine, 5) il fatto che diversi Stati avrebbero potuto rifiutare di ratificare la Convenzione, ritenendo di poter essere accusati per le proprie politiche nei confronti delle minoranze e dei popoli indigeni. Il timore era infatti quello che l'inclusione del genocidio culturale avrebbe potuto indurre alcune minoranze ad opporsi a quelle che alcuni delegati definirono delle «perfettamente normali politiche di assimilazione»<sup>201</sup>: ciò avrebbe impedito quello che veniva allora considerato l'auspicabile conseguimento da parte dello Stato di un certo grado di omogeneità culturale all'interno dei propri confini<sup>202</sup>.

Al momento della votazione finale soltanto sedici Stati si espressero contro la cancellazione del genocidio culturale dal testo finale, in gran parte appartenenti al blocco socialista<sup>203</sup>. Come visto, fu deciso di adottare una definizione del crimine che ha escluso la criminalizzazione delle condotte che costituiscono attacchi alla cultura del gruppo, posti in essere con l'intento di distruggerlo. Rimase traccia del genocidio culturale esclusivamente nel riferimento, tra le cinque condotte vietate, al trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo protetto a un altro e nell'inclusione, tra i gruppi vittima, dei gruppi etnici in modo da garantire, quantomeno, la tutela di collettività con caratteristiche culturali e linguistiche specifiche<sup>204</sup>.

Questa definizione, frutto del compromesso tra le diverse posizioni, rappresentò il punto di approdo di una lunga fase di negoziazione, sicuramente influenzata anche dal contesto storico del dopoguerra e dall'emergere di tensioni ideologiche tra Stati Uniti e

---

<sup>198</sup> A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 130. Questa è la posizione espressa da Stati Uniti e Francia.

<sup>199</sup> M. Frulli, 'Distruzione dei beni culturali e crimine di genocidio: l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia', in P. Benvenuti e R. Sapienza (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè editore, 2007, p. 270.

<sup>200</sup> S. Negri, 'Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?', op. cit., pp. 3-4.

<sup>201</sup> UNGA, Sixth Committee, *Hundred and Thirty-Third Meeting, Held at the Palais de Chaillot, Paris*, 2 dicembre 1948, UN Doc A/C.6/SR.133, in H. Abtahi, P. Webb, *The Genocide Convention*, op. cit., p. 1929: «If cultural genocide had been included, some minorities might have used it as an excuse for opposing perfectly normal assimilation in new countries» (traduzione dell'Autrice).

<sup>202</sup> *Ibidem*.

<sup>203</sup> Unione Sovietica, Jugoslavia, Repubblica socialista sovietica bielorusa, Cecoslovacchia, Polonia, Repubblica socialista sovietica ucraina, Cina, Ecuador, Messico, Filippine, Etiopia, Pakistan, Egitto, Libano, Arabia Saudita e Siria.

<sup>204</sup> M. Frulli, 'Distruzione dei beni culturali e crimine di genocidio', op. cit., p. 270.

Unione Sovietica. Tuttavia, come sostenuto da Powell, si deve tener conto del fatto che senza dubbio la formulazione della Convenzione fu modellata dal desiderio dei suoi estensori di non criminalizzare i propri comportamenti<sup>205</sup>. Non a caso, i principali detrattori del genocidio culturale furono Stati come Francia, Stati Uniti e Canada che erano stati impegnati in ampie campagne di colonizzazione a detrimento di intere popolazioni stanziate nei territori da essi occupati. A supporto di questa tesi, basterebbe citare la circostanza che proprio gli Stati che nel corso dell'elaborazione della Convenzione sostennero la necessità che il concetto di genocidio culturale dovesse divenire oggetto di una più opportuna disciplina ad opera di diversi accordi internazionali siano stati, poi, i primi a ribaltare la propria posizione e a votare contro l'inclusione di una disposizione che obbligasse gli Stati a proteggere l'identità culturale delle minoranze nell'ambito dei negoziati per l'adozione della Dichiarazione universale dei diritti umani, come abbiamo visto nella sezione precedente<sup>206</sup>.

### *5.3 La distruzione dell'identità culturale di un gruppo come elemento di prova dell'intento genocidario*

Se il genocidio culturale è stato escluso dalla definizione del crimine durante i negoziati della Convenzione nel 1948, nelle prossime pagine verrà brevemente richiamata la giurisprudenza dei tribunali internazionali che si sono interrogati sulla possibilità di far riemergere la dimensione culturale del genocidio attraverso l'interpretazione della lettera dell'art. 2 dello stesso accordo. La questione principale riguarda l'interpretazione della *mens rea*, l'intento del perpetratore di distruzione di un gruppo in quanto tale, che permette di distinguere tale reato da fattispecie rientranti nella categoria dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra<sup>207</sup>. Ci si deve domandare se, con la locuzione «with the intent to destroy a group as such», si indichi necessariamente l'intento di distruzione fisica o biologica di un gruppo. Infatti, se è possibile che un gruppo cessi di esistere qualora vengano soppressi i suoi caratteri distintivi mediante l'abbattimento intenzionale del suo

---

<sup>205</sup> C. Powell, 'What do genocides kill? A relational conception of genocide', in *Journal of Genocide Research*, pp. 527-547, Vol. 9, Issue 4, December 2007, p. 532.

<sup>206</sup> E. Nović, *The Concept of Cultural Genocide, An International Law Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 30. Cfr capitolo 1, par. 3.

<sup>207</sup> CPI, *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, 4 marzo 2009, nota 140.

patrimonio storico-artistico o di quello immateriale, fatto di lingua, religioni, valori, credenze e tradizioni condivise e, dunque, a prescindere da forme di annientamento fisico o biologico dei membri della collettività vittima, è altamente dibattuto che la distruzione dell'identità culturale di un gruppo protetto possa configurare il crimine in discorso.

Una prima posizione è quella espressa dalla CDI nel suo commentario al Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità del 1996<sup>208</sup>. Dopo aver riprodotto al capo 17 del Codice l'art. 2 della Convenzione del 1948, considerandolo generalmente riconosciuto come la definizione autoritativa del crimine, la Commissione ha affermato che il termine "distruzione" deve essere inteso esclusivamente nel suo significato materiale, in senso fisico o biologico<sup>209</sup>. Alla luce dei lavori preparatori della Convenzione sul genocidio, appare infatti esclusa la possibilità di ricomprendere l'intento di distruzione dell'identità nazionale, linguistica, religiosa o culturale di un gruppo.

Questa impostazione è stata fatta propria anche dai Tribunali *ad hoc* che, nella loro giurisprudenza, allo scopo di ricostruire la sussistenza dell'intento genocidario, hanno ritenuto che l'obiettivo dell'annientamento del gruppo debba avere esclusivamente una connotazione materiale. Pertanto, affinché il perpetratore possa essere perseguito, deve essere dimostrato il suo intento di disintegrazione fisica della collettività vittima. La questione è stata affrontata soprattutto dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, a causa dei numerosi attacchi condotti contro le proprietà culturali dei diversi gruppi etnici e religiosi, che hanno avuto luogo in seguito al collasso del Paese e che hanno comportato la distruzione di siti religiosi e aggressioni ai leader culturali, spesso accompagnate anche da operazioni di pulizia etnica<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> CDI, (48th session), *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, 1996.

<sup>209</sup> Ivi, commentario all'art. 17, par. 12, pp. 45-46: «As clearly shown by the preparatory work for the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group. The national or religious element and the racial or ethnic element are not taken into consideration in the definition of the word 'destruction', which must be taken only in its material sense, its physical or biological sense».

<sup>210</sup> Nel Rapporto finale della Commissione di esperti chiamati ad indagare sui crimini commessi nella ex-Jugoslavia, la pulizia etnica è definita come il tentativo di rendere un'area etnicamente omogenea attraverso il trasferimento forzato e la deportazione di persone appartenenti ad un determinato gruppo: UNSC, *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780/1992*, 27 maggio 1994, UN Doc. S/1994/674, par. 133.

In *Prosecutor v. Radislav Krstić*<sup>211</sup>, la Camera di prima istanza dell'ICTY ha analizzato le modalità attraverso le quali la distruzione di un gruppo può essere perpetrata per essere qualificata come genocidio ai sensi dell'art. 4 dello Statuto. Ciò le ha permesso di esaminare se aggressioni dirette contro le caratteristiche culturali di un gruppo costituiscano un crimine di genocidio per il diritto internazionale penale<sup>212</sup>. Il Tribunale ha riconosciuto che la distruzione fisica è il metodo più ovvio, ma non l'unico possibile e che anche l'intenzionale eradicazione della cultura e dell'identità di un gruppo può provocare l'estinzione dello stesso come entità distinta dal resto della comunità<sup>213</sup>. Tuttavia, visto che la nozione di genocidio culturale non era stata volutamente contemplata nella Convenzione, l'ICTY ha statuito che, nel rispetto del principio *nullum crimen sine lege*, il diritto internazionale consuetudinario limita la definizione del genocidio ai soli atti tesi alla distruzione fisica o biologica di tutto o di una parte di uno dei gruppi protetti<sup>214</sup>. Pertanto, ha concluso che attacchi limitati alle sole caratteristiche culturali di una collettività vittima, perpetrati al fine di distruggere quegli elementi che definiscono l'identità distintiva del gruppo rispetto al resto della comunità, non costituiscono genocidio.

L'ICTY ha ribadito in diversi procedimenti che atti intenzionali di eradicazione culturale non possono configurare il crimine di genocidio; al tempo stesso, però, ha ammesso che questi possano fornire una prova dell'intento di distruzione fisica del gruppo<sup>215</sup>. Il Tribunale, infatti, ha stabilito che laddove la distruzione fisica o biologica sia congiunta ad attacchi simultanei agli edifici e ai simboli culturali e religiosi del gruppo vittima, da tali attacchi possa essere inferito il dolo specifico<sup>216</sup>.

Si tratta di una prima importante apertura che permette di stabilire che l'accertamento dell'elemento mentale del crimine può basarsi anche sulla perpetrazione di atti ulteriori

---

<sup>211</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 Agosto 2001.

<sup>212</sup> A. F. Vrdoljak, 'Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law', in K. Koufa (a cura di), *Multiculturalism and International Law*, XXXV Thesaurus Acroasium, 2007, p. 393.

<sup>213</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, *cit.*, par. 574.

<sup>214</sup> Ivi, par. 580. C. Tournaye, 'Genocidal Intent before the ICTY', in *The International and Comparative Law Quarterly*, pp. 447-462, Vol. 52, No. 2, 2003, p. 454.

<sup>215</sup> J. Gilbert, 'Perspectives on Cultural Genocide: From Criminal Law to Cultural Diversity', in *Arcs of Global Justice, Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford University Press, 2016, p. 328.

<sup>216</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, *cit.*, par. 580; ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 aprile 2004, par. 33.

R. O'Keefe, 'Protection of Cultural Property Under International Criminal Law', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11(2), 2010, p. 339.

rispetto alle cinque fattispecie elencate nell'art. 4 dello Statuto, per cui anche azioni qualificabili come espressione di genocidio culturale possono fungere da elementi atti a verificare la sussistenza dell'intento genocidario, se dirette in maniera sistematica contro membri del gruppo<sup>217</sup>. Quest'interpretazione della *mens rea* del genocidio, pertanto, permette il recupero e la reintroduzione di un ampio spettro di condotte che non sono direttamente previste quali costitutive dell'elemento oggettivo del crimine e fa sì che il genocidio culturale giochi un ruolo, anche se sussidiario, nella persecuzione del genocidio e dunque non sia completamente estromesso dalle discussioni più recenti in materia<sup>218</sup>.

Va ricordato che in due casi il Tribunale ha offerto un'interpretazione più estensiva dell'intento di distruzione del gruppo. Così, in *Blagojević*<sup>219</sup>, i giudici hanno affermato che l'esclusione del genocidio culturale dai lavori preparatori non impedisce una definizione ampia della nozione di "distruzione del gruppo"; tale fine, infatti, può essere perseguito non soltanto attraverso l'uccisione dei suoi membri, ma anche mediante atti di diversa natura che conducano al medesimo risultato<sup>220</sup>. Similmente, in *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*<sup>221</sup>, l'ICTY ha ritenuto che la distruzione possa essere intesa anche in senso non materiale<sup>222</sup>, poiché l'annientamento dei legami tra i membri del gruppo, così come degli aspetti distintivi di una collettività, quali la sua cultura o le sue credenze, può condurre all'annientamento del gruppo in quanto tale.

Tuttavia, la posizione assunta dai giudici in queste due sentenze costituisce un'eccezione rispetto alla giurisprudenza inaugurata con il caso *Krstić*, che è rimasta

---

<sup>217</sup> O. Triffterer, 'Genocide: Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, p. 406; A. Zahar, 'Commentary on the Judgment of the ICTY Appeals Chamber in the Case of Prosecutor v. Radislav Krstić,' in A. Klip and G. Sluiter (a cura di), *International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, Intersentia, 2010, p. 17.

<sup>218</sup> L. Kingston, 'The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples', in *Journal of Human Rights*, Vol. 14, Issue 1, 2015, p. 75.

<sup>219</sup> ICTY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, Judgment, IT-02-60-T, Trial Chamber I, Section A, 17 gennaio 2005.

<sup>220</sup> K. Gallagher, 'International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The Second Srebrenica Trial: Prosecutor Vidoje Blagojević and Dragan Jokić', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, p. 537.

<sup>221</sup> ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgment, IT-00-39-T, Trial Chamber I, 27 settembre 2006. In questo e nel caso precedentemente richiamato i giudici si rifanno espressamente ad un'opinione dissenziente del caso *Krstić*: *Partial Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen in Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 aprile 2004.

<sup>222</sup> Ivi, par. 854: «Destruction, as a component of the *mens rea* of genocide, is not limited to physical or biological destruction of the group's members». E. Nović, 'Physical-biological or socio-cultural 'destruction' in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations', in *Journal of Genocide Research*, Vol 17, Issue 1, p. 72.

espressione dell'interpretazione largamente maggioritaria sia in dottrina che nelle pronunce di altri tribunali internazionali<sup>223</sup>. Infatti, sia l'ICTR<sup>224</sup> che la Corte internazionale di giustizia<sup>225</sup> hanno escluso che l'intento di distruggere un gruppo possa essere considerato provato in presenza di sole condotte volte ad annullare l'identità nazionale, linguistica, religiosa e culturale di un gruppo, condotte che, semmai, possono essere ritenute prova dell'intento di distruzione fisica dello stesso<sup>226</sup>. A livello internazionale, dunque, è consolidata un'interpretazione restrittiva del dolo specifico del genocidio.

Tuttavia, i drammatici eventi della ex-Jugoslavia testimoniano che ogniqualvolta si verifichi un tentativo di distruzione fisica di un gruppo, questo si accompagna al tentativo di eradicazione dei simboli culturali e religiosi della collettività vittima. Si deve dunque riconoscere che «the rigid distinction made between the physical or biological and the cultural aspect of genocide is artificial»<sup>227</sup>. All'ICTY va tributato pertanto il merito di aver sottolineato tale connessione e di aver permesso un recupero della dimensione culturale nella valutazione dell'elemento soggettivo del crimine, sia pure come solo elemento di prova dell'intento di distruzione fisica di un gruppo protetto.

---

<sup>223</sup> Ancora nel 2016, nel caso *Prosecutor v. Karadžić* è stato ribadito che: «The Genocide Convention and customary international law prohibit only the physical and biological destruction of a group, not attacks on cultural or religious property or symbols of the group. However, while such attacks may not constitute underlying acts of genocide, they may be considered evidence of intent to physically destroy the group»: ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Judgment, IT-95-5/18-T, Trial Chamber, 24 marzo 2016.

<sup>224</sup> ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment and Sentence, ITCR-97-20-T, Trial Chamber III, 15 maggio 2003, par. 315; *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Judgment and Sentence, ICTR-98-44°-T, Trial Chamber II, 1 dicembre 2003, par. 808, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Judgment and Sentence, ICTR-99-54A-T, Trial Chamber II, 23 gennaio 2004, par. 627:

<sup>225</sup> CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43, par. 344; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, ICJ Reports 2015, p. 3, par. 134 e 389-390.

<sup>226</sup> D. L. Nersessian, 'The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals', in *Texas International Law Journal*, vol. 37, n. 2, 2002, p. 242; C. Kreß, 'The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide', in *The European Journal of International Law*, Vol. 18, n. 4, 2007, pp. 626-627.

<sup>227</sup> M. Frulli, 'Advancing the Protection of Cultural Property Through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2005, pp. 212-213; M. K. Sinha, 'Decision of the International Court of Justice Involving Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro', in *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. 6, 2006, p. 136; W. A. Schabas, 'Whiter genocide? The International Court of Justice finally pronounces', in *Journal of Genocide Research*, Vol. 9(22), June 2007, p. 183

## **6. La tutela dell'identità dei gruppi attraverso i crimini contro l'umanità**

Per Schabas, il fatto che la definizione restrittiva di genocidio accolta nella Convenzione del 1948 sia rimasta pressoché immutata non è da imputare tanto al conservatorismo proprio del processo di produzione normativa del diritto internazionale, quanto al fatto che gli spazi lasciati vuoti da un'enunciazione così circoscritta sarebbero stati colmati, almeno in parte, nel corso degli anni '90, dai crimini contro l'umanità<sup>228</sup>. Ciò avrebbe pertanto favorito un'interpretazione giudiziale il più delle volte aderente all'intento degli estensori della Convenzione che rimarrebbe dunque applicabile esclusivamente ad atti intenzionali di distruzione fisica di uno dei gruppi protetti.

Può essere proficuo allora allargare lo sguardo ai crimini contro l'umanità, e in particolare alla persecuzione, per indagare se atti che danneggiano l'identità di un gruppo, attraverso attacchi al suo patrimonio culturale, siano stati sussunti in questa fattispecie criminosa. Va subito evidenziato che i crimini contro l'umanità non sono a tutt'oggi oggetto di una convenzione internazionale e il loro sviluppo è in gran parte legato all'opera interpretativa svolta a livello giurisprudenziale<sup>229</sup>. Pertanto, si procederà prima di tutto all'analisi della loro definizione nel testo degli Statuti di alcuni tribunali penali internazionali, per poi esaminare le principali pronunce in materia.

### *6.1 Il crimine di persecuzione*

L'idea che condotte riconducibili alla definizione originaria del genocidio culturale, contenuta nel progetto di Convenzione elaborato dal Segretariato, possano ricadere nella categoria dei crimini contro l'umanità ed essere perseguite come atti di persecuzione, sembra trovare conferma nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali.

Volgendo nuovamente lo sguardo all'immediato secondo dopoguerra, prima ancora che il genocidio venisse criminalizzato, la Carta di Londra, istitutiva del Tribunale militare internazionale di Norimberga, prevedeva già il crimine di «persecution on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime

---

<sup>228</sup> W. A. Schabas, 'Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide', in *United Nations Audio-visual Library of International Law*, 2008, p. 3.

<sup>229</sup> D. Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', in *Yale Journal of International Law*, Vol. 19, 2009 pp. 86-93.

within the jurisdiction of the Tribunal» all'art. 6, lett. c), dedicato ai i crimini contro l'umanità<sup>230</sup>. Una delle caratteristiche richieste affinché la persecuzione fosse perseguibile era il fatto che le offese fossero state perpetrate ai danni di una popolazione civile in esecuzione di o in connessione con qualsiasi altro crimine sul quale il Tribunale avesse giurisdizione, ossia crimini di guerra e crimini contro la pace, commessi dopo lo scoppio delle ostilità o comunque connessi al conflitto.

Fu su questa base che i giudici del Tribunale militare internazionale considerarono Julius Streicher colpevole del crimine di persecuzione per aver, tra le altre cose, ordinato la distruzione della Sinagoga di Norimberga. Allo stesso modo, Alfred Rosenberg fu condannato per un sistema di saccheggio organizzato di proprietà pubbliche e private nei paesi europei invasi, che aveva portato alla razzia di musei, opere d'arte e biblioteche<sup>231</sup>. Dunque, a partire dai processi di Norimberga, la distruzione del patrimonio culturale e religioso del gruppo vittima, accompagnata da un intento discriminatorio, è stata punita quale atto di persecuzione<sup>232</sup>.

Tale impostazione ha trovato conferma anche nel corso dei lavori relativi al Progetto di Codice di crimini contro l'umanità nei primi anni Cinquanta. Riprendendo il nucleo della definizione del crimine applicata dal Tribunale di Norimberga, la CDI ha espanso il concetto di persecuzione, sostenendo che fosse necessario proibire non soltanto gli atti compiuti per motivi razziali, religiosi o politici, ma anche persecuzioni «on cultural grounds, since such acts are no less detrimental to the peace and security of the mankind than those provided for in the said Charter»<sup>233</sup>.

Nel 1991, la CDI ha precisato ulteriormente il concetto, affermando che la persecuzione può assumere molteplici forme, tra cui il divieto di praticare determinati

---

<sup>230</sup> I crimini contro l'umanità erano così definiti: «murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecution on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated». *Charter of the International Military Tribunal*, 8 agosto 1945, 82 UNTS 280, art. 6, lett. c).

<sup>231</sup> *Judgment of 1 October 1946*, in *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August 1946 to 1st October 1946)*, 'Streicher', p. 501, 'Rosenberg', p. 496.

<sup>232</sup> M. Frulli, 'International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage: A Multifaceted Challenge,' in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *Oxford Handbook on Cultural Heritage*, Oxford University Press, 2020.

<sup>233</sup> CDI, 'Draft Code of Crimes against the Peace and Security of the Mankind', *Report of the International Law Commission to the General Assembly*, Vol. II, in *Yearbook of the ILC*, Comm. 136, 1951, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1951, 6 aprile 1951.



culti religiosi, l'arresto sistematico e prolungato di individui che rappresentano un gruppo politico, religioso o culturale, il divieto di usare la lingua nazionale, anche in privato, la distruzione dei monumenti e degli edifici maggiormente significativi per la collettività vittima<sup>234</sup>. Questa formulazione era equivalente, di fatto, all'enunciazione del genocidio culturale contenuta nella prima bozza della Convenzione del 1948 e ammetteva dunque la perseguibilità di tali condotte come crimine di persecuzione, se commesse in maniera sistematica o su larga scala e con intento discriminatorio.

Per quanto riguarda gli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, entrambi si sono limitati ad includere la persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi nella lista dei crimini contro l'umanità, senza ulteriormente definire tale fattispecie<sup>235</sup>. L'unico fattore evidenziato è l'elemento discriminatorio che lo differenzerebbe dagli altri crimini contro l'umanità.

Delle novità si riscontrano, invece, nello Statuto della Corte penale internazionale, il cui art. 7 recita:

«For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as a part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

[...] (h) persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, *cultural*, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court»<sup>236</sup>.

Diversi appaiono dunque i cambiamenti introdotti, a partire dal fatto che la persecuzione, così come gli altri crimini contro l'umanità, è perseguibile solo se

---

<sup>234</sup> CDI, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session*, 29 aprile-19 luglio 1991, UN Doc. A/46/10, in Yearbook of the ILC, 1991, Vol. II, commentario all'art. 21 par. 9, p. 104: «Persecution may take many forms, for example, a prohibition on practicing certain kinds of religious worship; prolonged and systematic detention of individuals who represent a political, religious or cultural group; a prohibition on the use of a national language, even in private; systematic destruction of monuments or buildings representative of a particular social, religious, cultural or other group».

<sup>235</sup> Sono da ravvisarsi però delle differenze importanti tra i due Statuti nella definizione dei crimini contro l'umanità. Se l'art. 5 dello Statuto dell'ICTY li definisce come «crimes committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population», l'art. 3 dello Statuto dell'ICTR richiede che siano commessi «as a part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds». Sparisce quindi il nesso con il conflitto armato e l'elemento contestuale richiesto diventa l'essere parte di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile.

<sup>236</sup> *Statute of the International Criminal Court*, cit., art. 7.

perpetrata come parte di un attacco esteso o sistematico diretto contro la popolazione civile e con la consapevolezza dell'attacco<sup>237</sup>. La definizione di persecuzione è stata poi ulteriormente precisata stabilendo che possibili vittime del crimine sono gruppi o collettività dotati di una propria identità che vengano discriminati per diverse cause. La lista dei motivi discriminatori in questo caso è stata ampliata e, per giunta, non è esaustiva: ricomprende, infatti, tutti quelli apertamente in contrasto con le previsioni del diritto internazionale. Vengono espressamente aggiunte ragioni di ordine etnico, nazionale, di genere ma soprattutto di ordine culturale. Secondo alcuni autori è come se lo Statuto avesse in qualche modo voluto reintrodurre delle forme di tutela per i gruppi esclusi dall'elenco tassativo dell'art. 2 della Convenzione sul genocidio<sup>238</sup>. Infine, l'art. 7, par. 2, lett. g) specifica che per persecuzione si deve intendere una privazione grave e intenzionale dei diritti fondamentali per ragioni connesse all'identità del gruppo e in violazione del diritto internazionale.

## 6.2 Attacchi al patrimonio identitario e crimine di persecuzione

È stata l'ampiezza della formulazione della persecuzione nello Statuto dell'ICTY che ha consentito ai giudici di elaborare una propria definizione del crimine che ricomprendesse anche attacchi al patrimonio culturale, volti a minare l'identità distintiva di un gruppo<sup>239</sup>.

La prima pronuncia che sembra andare in questa direzione è stata quella resa nel caso *Kupreškić*<sup>240</sup>. Nel tentativo di chiarire la portata del crimine, in mancanza di un'unica definizione condivisa dagli Stati, i giudici hanno riconosciuto che la persecuzione può

---

<sup>237</sup> Inoltre, l'art. 7, lett. h) sembra non riflettere il diritto consuetudinario internazionale, laddove impone che la giurisdizione della Corte sia limitata a quegli atti di persecuzione che consistano in condotte connesse con altri crimini rientranti nelle proprie competenze.

<sup>238</sup> G. Stanton, 'Why the World Need an International Convention on Crimes Against Humanity', in L. N. Sadat (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 356.

<sup>239</sup> M. Frulli, 'Advancing the Protection of Cultural Property Through the Implementation of Individual Criminal Responsibility', op. cit., p. 113; W. J. Fenrick, 'The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY', in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 32, 2001, p. 89; K. Roberts, 'Striving for Definition: The Law of Persecution from its Origins to the ICTY', in H. Abtahi, G. Boas (a cura di), *The Dynamic of International Criminal Justice*, 2006, BRILL, p. 257; F. Pocar, 'Persecution as a Crime under International Criminal Law', in *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 2, 2010, p. 355 ss.

<sup>240</sup> ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Judgement, IT-95-16-T, Trial Chamber, 14 gennaio 2000.

assumere diverse forme e che non debba essere commessa necessariamente contro le persone ma possa colpire un gruppo di individui anche indirettamente, ad esempio attraverso attacchi alle proprietà. Infatti, il Tribunale ha ritenuto che la persecuzione non debba tradursi obbligatoriamente nella commissione di uno degli altri crimini contro l'umanità<sup>241</sup>. Quello che rileva per la definizione dell'*actus reus* del crimine è infatti la circostanza che la condotta costituisca una seria e manifesta violazione di un diritto fondamentale stabilito dal diritto internazionale e che raggiunga una soglia di gravità comparabile a quella degli altri atti vietati espressamente dall'art. 5 dello Statuto<sup>242</sup>. Nel tentativo di individuare gli atti discriminatori, la Camera ha specificato che gli stessi devono costituire attacchi ai diritti politici, sociali ed economici dei membri del gruppo vittima<sup>243</sup>. Soddisfatti questi requisiti è poi l'elemento discriminatorio che permette di individuare un atto come persecutorio e lo rende inumano<sup>244</sup>.

Pertanto, nel caso in esame, i giudici hanno ritenuto che la distruzione delle case e delle proprietà dei cittadini musulmani, che erano stati privati dei propri mezzi di sussistenza, abbia dato luogo al crimine di persecuzione dal momento che senza dubbio si trattava di atti discriminatori che soddisfacevano il requisito della soglia di gravità simile a quella degli altri atti elencati nell'art. 5. Addirittura, secondo il Tribunale, le conseguenze di tali devastazioni sarebbero equiparabili ai danni causati dal trasferimento forzato o dalla deportazione<sup>245</sup>. Nella sentenza, il riferimento riguarda in generale "proprietà musulmane" e non direttamente siti religiosi o culturali. Tuttavia, è stato condivisibilmente osservato che «it may be inferred from the general facts of the case that one of the most serious acts at issue was precisely the destruction of two Mosques in the Amhici village»<sup>246</sup>.

Al contrario, i giudici hanno ritenuto che imporre delle restrizioni a un gruppo circa la possibilità di godere del proprio diritto a partecipare a determinati aspetti della vita

---

<sup>241</sup> In questo modo, di fatto, il Tribunale ha negato la natura consuetudinaria dell'art. 7, par. 1, lett. h) dello Statuto della CPI che richiede, invece, che gli atti di persecuzione consistano in condotte connesse con altri crimini rientranti nelle proprie competenze.

<sup>242</sup> ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, cit., par. 621.

<sup>243</sup> Ivi, par. 615.

<sup>244</sup> Ivi, 568 e 616: «It is clear that persecution may take diverse forms and does not necessarily require a physical element: [...] the discrimination itself makes the act inhumane».

<sup>245</sup> Ivi, par. 631: «The trial Chamber finds that attacks on property can constitute persecution».

<sup>246</sup> M. Frulli, 'Advancing the Protection of Cultural Property Through the Implementation of Individual Criminal Responsibility', op. cit., p. 207.

sociale, come, ad esempio, impedire l'accesso a teatri o biblioteche, costituiva una forma di discriminazione non ascrivibile al crimine di persecuzione<sup>247</sup>.

Due mesi dopo, con il caso *Blaškić*<sup>248</sup>, l'ICTY ha aperto la strada alla sistematica criminalizzazione di attacchi contro il patrimonio culturale e religioso attraverso il crimine di persecuzione. Ha ribadito, infatti, che il crimine può ricomprendere atti che non ledono direttamente la persona ma che producono la distruzione di abitazioni private o di edifici simbolici che rappresentano l'identità della collettività che si vuole colpire<sup>249</sup>. È infatti l'intento specifico di causare un danno a un essere umano perché appartiene ad un determinato gruppo, e non i mezzi impiegati per raggiungere tale obiettivo, che determina la gravità della condotta e «justifies its being able to constitute criminal acts which might appear in themselves not to infringe directly upon the most elementary rights of human being, for example, attacks on property»<sup>250</sup>.

Nella sentenza, l'ordine di distruggere istituti religiosi ed educativi della popolazione musulmana ha comportato la condanna di Blaskić non solo per crimini di guerra, ai sensi dell'art. 3, lett. d) dello Statuto, ma anche per la perpetrazione del crimine di persecuzione. La doppia responsabilità è dovuta, come evidenziato, alla presenza dell'elemento discriminatorio che appare il vero fulcro della persecuzione. Se, infatti, l'annientamento di siti religiosi o culturali è motivato dalla volontà di distruggere una comunità la cui identità è riflessa proprio nel patrimonio culturale coinvolto, tale distruzione sembra implicare e raggiungere un più alto livello di gravità<sup>251</sup>. Ciò fa sì che la proprietà culturale non sia tutelata in quanto tale ma piuttosto perché rappresenta l'identità di determinato gruppo. Va sottolineato il fatto che ricadendo nella categoria dei crimini contro l'umanità, tale protezione potrebbe riguardare anche distruzioni perpetrate in tempo di pace ma all'interno di un attacco esteso o sistematico ai danni della popolazione civile.

Questo approccio del Tribunale è stato confermato anche in casi successivi, tanto da poter essere considerato ormai consolidato. Ad esempio, in *Kordić and Čerkez*<sup>252</sup>, i

---

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgement, IT-95-14-T, Trial Chamber, 3 marzo 2000.

<sup>249</sup> *Ivi*, par. 227.

<sup>250</sup> *Ivi*, par. 235.

<sup>251</sup> F. Lenzerini, 'Suppressing and Remedying Offences against Culture', in A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, 2013, p. 251.

<sup>252</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Judgement, IT-95-14/2-A, Trial Chamber, 26 febbraio 2001.

giudici hanno sostenuto che la distruzione o il danneggiamento di edifici religiosi e culturali con intento discriminatorio costituiscono un vero e proprio attacco all'identità culturale di un gruppo e, proprio per questo, rappresentano una chiara espressione della nozione di "crimine contro l'umanità". Infatti, la distruzione dell'unicità di una cultura e dei suoi prodotti culturali e religiosi infligge un danno all'umanità intera<sup>253</sup>.

Per quanto riguarda l'*actus reus*, sono tre le prerogative necessarie affinché gli attacchi a siti religiosi o monumenti culturali possano essere considerati persecuzione, come emerge chiaramente nel caso *Šainović*<sup>254</sup>. Oltre a quanto prescritto in via generale per i crimini contro l'umanità, si impone prima di tutto che la proprietà religiosa o culturale sia distrutta o danneggiata estensivamente. Infatti, non trattandosi di condotte espressamente menzionate dall'art. 5 dello Statuto, per poter raggiungere la soglia di serietà richiesta, i giudici hanno ritenuto che l'impatto della privazione della proprietà debba essere grave e che questa deve costituire un bene vitale e indispensabile per la popolazione. In secondo luogo, è intimato che gli edifici non siano usati per scopi bellici e dunque l'atto non sia imputabile alla necessità militare. Infine, la distruzione o il danneggiamento devono essere il risultato di un attacco diretto proprio contro quella proprietà<sup>255</sup>.

In questo breve excursus sulla giurisprudenza dell'ICTY in tema di persecuzione meritano di essere segnalate infine altre due pronunce. Nel caso *Prlić*<sup>256</sup>, la Camera di prima istanza ha ritenuto che la distruzione deliberata, ad opera del Consiglio di difesa croato, di dieci moschee e del Ponte di Mostar, dato l'innegabile valore storico, culturale e simbolico che gli stessi rivestivano per la popolazione musulmana, configurava un crimine di persecuzione. Si tratta infatti di atti posti in essere, insieme ad altre condotte persecutorie, ai danni dei membri della comunità di Mostar proprio perché musulmani. È indubbio che ci si trovi in presenza di un intento discriminatorio che si è concretato, per

---

<sup>253</sup> Ivi, par. 207: «This act, when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of 'crimes against humanity' for all humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects».

<sup>254</sup> ICTY, *Prosecutor v. Šainović et al.*, Judgement, IT-05-87-T, Trial Chamber, 26 febbraio 2009.

<sup>255</sup> Ivi, par. 206-209.

<sup>256</sup> ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Judgement, Volume 3 of 6, IT-04-74-T, Trial Chamber, 29 maggio 2013.

i giudici, nella violazione dei diritti fondamentali alla vita, alla proprietà, alla dignità e alla libertà dei membri del gruppo vittima<sup>257</sup>.

Anche Karadžić è stato condannato nel 2016 per persecuzione in ragione, tra le altre cose, della distruzione di proprietà pubbliche e private di bosniaci musulmani e croati, inclusi monumenti culturali ed edifici religiosi. I siti sono stati scelti proprio in ragione dell'importanza rivestita per le due comunità: soprattutto i luoghi di culto costituiscono, infatti, «indispensable and vital assets of the population»<sup>258</sup>, alla stregua delle abitazioni. Da ciò consegue, per i giudici, che la loro distruzione sia di gravità comparabile alla commissione degli altri crimini elencati nell'art. 5 dello Statuto.

Così facendo, in entrambi i casi, l'ICTY ha determinato il soddisfacimento del requisito della gravità valutando non tanto la distruzione in sé, quanto ponendo l'accento sul suo impatto sulla popolazione e sull'identità del gruppo. Come evidenziato da Micaela Frulli, se il focus principale del diritto internazionale penale rimangono gli individui, ciò non significa in alcun modo sottostimare l'importanza della tutela del patrimonio culturale in sé, che comunque viene protetto in quanto rilevante per la vita degli individui, l'identità dei gruppi e, addirittura, per l'umanità nel suo complesso. Uno dei meriti della giurisprudenza dell'ICTY è senza dubbio quello di aver mostrato che nell'ambito della criminalizzazione degli atti che danneggiano beni culturali «the *cultural value* and the *human dimension rationales* are mutually reinforcing and do not exclude each other»<sup>259</sup>.

## **7. Riflessioni conclusive sul legame tra genocidio, genocidio culturale, persecuzione e la protezione dell'identità culturale dei gruppi**

La deliberata esclusione del genocidio culturale dal testo finale della Convenzione ha sicuramente originato un vuoto normativo che, almeno dal punto di vista teorico, necessiterebbe di essere colmato. Antonio Cassese, nel tentativo di arginare la debolezza

---

<sup>257</sup>Ivi, par. 1711-1713. Per completezza espositiva va ricordato che nella sentenza di appello, il Tribunale ha rovesciato la propria decisione considerando che la distruzione del ponte di Mostar potesse essere giustificata da necessità militari.

<sup>258</sup> ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, cit., par. 2557.

<sup>259</sup> M. Frulli, 'International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage', cit., p. 114.

della Convenzione sul punto e guardando soprattutto alla sorte dei popoli indigeni, ha proposto, ad esempio, l'inclusione, tra i gruppi protetti, dei "gruppi culturali" che dovrebbero sostituire il riferimento al concetto, ormai superato, di razza. In tal modo, verrebbe garantita la tutela da attacchi perpetrati con l'intento di distruggere le tradizioni culturali dei gruppi, proteggendone i tratti distintivi che li caratterizzano<sup>260</sup>.

Un'altra proposta è stata quella avanzata da Whitaker, autore per le Nazioni Unite di un Rapporto sulla prevenzione e il perseguimento del crimine di genocidio, di negoziare un Protocollo opzionale da allegare alla Convenzione, appositamente dedicato alla disciplina del genocidio culturale<sup>261</sup>. Altri autori ritengono, invece, che sarebbe opportuno che la questione venisse affrontata in un trattato *ad hoc*<sup>262</sup>. Tuttavia, l'ipotesi della revisione della Convenzione, sebbene auspicabile, appare, ad oggi, difficilmente percorribile. Non si può non concordare con Schabas, quando egli riconosce che «among international law-makers, cultural genocide is a dead issue»<sup>263</sup>.

Tuttavia, nella giurisprudenza dell'ICTY analizzata, che ha risentito delle peculiarità del conflitto nella ex-Jugoslavia, è stata parzialmente riconosciuta l'artificialità di una distinzione rigida tra gli aspetti fisici e culturali del genocidio<sup>264</sup>. Come visto, nel caso *Krstić*, il Tribunale ha infatti ritenuto che gli attacchi rivolti al patrimonio storico-religioso di un gruppo possano essere considerati come prova dell'elemento mentale del crimine<sup>265</sup>. Si tratta di uno sviluppo importante che permette di pervenire a una prima conclusione: una riemersione della dimensione culturale del crimine può avvenire, innanzitutto, attraverso la valutazione del suo elemento soggettivo e questo consente ad atti di genocidio culturale di svolgere un ruolo, sia pur ancillare, nel perseguimento del reato.

---

<sup>260</sup> Antonio Cassese, *Taking Stock of the Genocide Convention and Looking Ahead*, in *The Genocide Convention: A Commentary*, a cura di Paola Gaeta, Oxford University Press, 2009, p. 541: «It should be specified that those attacks on such [cultural] groups should be banned which are carried out with the intent of destroying the cultural traditions of a group».

<sup>261</sup> ECOSOC, *Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide prepared by Mr. B. Whitaker*, 2 July 1985, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6.

<sup>262</sup> ECOSOC, *Study of the Question on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 4 July 1979, UN Doc E7CN.4/Sub.2/416, par. 461.

<sup>263</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law*, op. cit., p. 220.

<sup>264</sup> M. Frulli, *Advancing the Protection of Cultural Property through the Implementation of Individual Criminal Responsibility*, op. cit., pp. 212-213.

<sup>265</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, cit., par. 580.

In secondo luogo, vanno ribadite le possibilità dischiuse dal perseguimento di condotte di distruzione culturale a danno di gruppi vittima come atti di persecuzione, crimine che ha il potenziale di essere applicato alla maggior parte delle fattispecie che rientrano nella definizione di genocidio culturale elaborata dal Segretariato<sup>266</sup>. I crimini contro l'umanità, infatti, hanno conosciuto un'evoluzione che oggi consente loro di coprire azioni di pulizia etnica o di genocidio culturale, anche se compiute in tempo di pace, grazie al venir meno del requisito della sussistenza di un nesso con il conflitto armato<sup>267</sup>. In questo modo, diviene possibile tutelare sia il patrimonio culturale tangibile che quello immateriale di gruppi identificabili da azioni che si concretino in una grave violazione di un diritto fondamentale e che siano commesse a scopo persecutorio e di discriminazione. Questo, infatti, come più volte la storia ha tristemente dimostrato, tende spesso a manifestarsi anche sotto forma di atti di violenza nei confronti dei simboli che incarnano l'eredità storica, artistica e religiosa e l'identità del gruppo vittima.<sup>268</sup>

L'ICTY in *Kupreškić* ha evidenziato le connessioni esistenti tra la persecuzione e il genocidio. Entrambi sono infatti perpetrati contro persone che fanno parte di un determinato gruppo e che subiscono atti lesivi proprio in ragione di tale legame con la collettività vittima. Ciò ha spinto i giudici a sostenere che la persecuzione è un crimine che appartiene allo stesso *genus* del genocidio. La differenza fondamentale tra i due risiede però nella *mens rea*. Per quanto riguarda l'elemento mentale, il requisito prescritto per configurare la persecuzione è più alto di quello richiesto per gli altri crimini contro l'umanità ma più basso di quello imposto per il perseguimento del genocidio. Se nel caso della persecuzione è sufficiente un intento discriminatorio che può concretarsi in una pluralità di atti e assumere diverse forme inumane, il genocidio presuppone che tale intento sia accompagnato da quello di distruzione totale o parziale del gruppo. Per questo conclude il Tribunale: «genocide is an extreme and most inhuman form of persecution»<sup>269</sup>. Pertanto, quando si assiste a un'escalation della persecuzione verso forme estreme di condotte deliberatamente volte alla distruzione di un gruppo, in realtà per i giudici si può parlare più correttamente di genocidio.

---

<sup>266</sup> E. Nović, *The Concept of Cultural Genocide*, op. cit., p. 167.

<sup>267</sup> W. Schabas, *The Law and Genocide*, in *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, edited by D. Bloxham and D. Moses, Oxford University Press, 2010, p. 135.

<sup>268</sup> F. Lenzerini, *Suppressing and Remediating Offences against Culture*, op. cit., p. 252.

<sup>269</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Judgement, cit., par 636.



Per concludere, come sostiene anche Nerserssien, è positivo che i perpetratori di atti assimilabili al genocidio culturale possano essere perseguiti penalmente «for *something that reflects the criminal nature of their conduct*»<sup>270</sup>. Tuttavia, il diritto internazionale penale è ancora lontano dall'essere in grado di garantire una piena tutela dell'identità culturale dei gruppi. Infatti, la scelta di non includere il genocidio culturale nella Convenzione del 1948 ha fatto sì che, ad oggi, si sia sprovvisti di un crimine che descriva più precisamente il carattere della condotta in questione e che condanni le lesioni da questa cagionate, in termini di distruzione di un gruppo attraverso l'annientamento della sua identità culturale<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> D. Nersessian, *The Current Status of Cultural Genocide Under International Law*, in J. S. Bachman (a cura di), *Cultural Genocide, Law, Politics, and Global Manifestations*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2019, p. 29.

<sup>271</sup> D. Nersessian, 'Rethinking Cultural Genocide Under International Law', in *Human Rights Dialogue*, No. 12, 2005, p. 8.



## CAPITOLO II

### LA TUTELA DELL'IDENTITÀ CULTURALE DEI MEMBRI DELLE MINORANZE NEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI

Sommario: SEZIONE I: TRATTATI CONCLUSI A LIVELLO UNIVERSALE – 1. L'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici – 1.1 Il concetto di minoranza – 1.1.2 Appartenenza al gruppo – 1.2 Connessione tra la dimensione individuale e collettiva della tutela dell'identità – 1.2.1 La tutela dell'identità del gruppo come possibile limite al diritto del singolo a godere della propria cultura minoritaria – 1.3 Identità culturale e protezione degli stili di vita tradizionali – 1.3.1 Limiti allo sfruttamento delle risorse necessarie per le attività tradizionali e obbligo di garantire l'effettiva partecipazione al processo decisionale – 1.4 La tutela dell'identità linguistica e religiosa – 2. La tutela dell'identità del minore indigeno o appartenente a minoranze nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – 2.1 Gli obblighi degli Stati a tutela dell'identità dei membri delle minoranze – 3 Gli avanzamenti registrati nella tutela dell'identità dei membri delle minoranze grazie all'attività interpretativa dei meccanismi di controllo dei trattati sui diritti umani: una sintesi – SEZIONE II: LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ MINORITARIA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI – 4. Notazioni preliminari – 5. I principali strumenti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa a tutela delle minoranze nazionali – 5.1 *Segue*: le disposizioni che garantiscono la tutela delle identità minoritarie e il ruolo delle clausole limitative nella Convenzione europea – 6. La libertà d'associazione come strumento di tutela dell'identità di gruppi minoritari – 6.1 La tutela dell'identità di minoranze rappresentate da partiti politici – 6.2 La tutela dell'identità culturale delle minoranze rappresentate da enti diversi dai partiti – 6.3 La tutela dell'identità religiosa delle minoranze rappresentate da comunità religiose e Chiese – 6.4 Una sintesi: il ruolo dell'articolo 11 nella tutela dell'identità delle minoranze – 7. Simboli religiosi e manifestazione individuale dell'identità religiosa dei membri delle minoranze – 7.1 L'uso del velo nelle scuole e nelle università pubbliche: il ruolo del principio di laicità dello Stato – 7.2. Il divieto di indossare simboli religiosi in luoghi pubblici – 7.3 Il superamento di una visione essenzialista del velo – 7.4 Un pluralismo selettivo – 8. La tutela dell'identità dei membri delle minoranze attraverso il rispetto della vita privata – 8.1 La protezione dello stile di vita tradizionale – 8.1.1 – La visione stereotipata dell'identità rom e il suo superamento – 8.2 L'autoidentificazione dell'identità etnica: caratteri generali – 8.3 La giurisprudenza della Corte sull'autoidentificazione etnica – 9. Divieto di discriminazione e tutela dell'identità delle minoranze – 9.1 L'obbligo di trattamento differenziato – 10. La protezione dell'identità culturale nel sistema europeo di tutela dei diritti umani: una sintesi – SEZIONE III: LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ MINORITARIA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI: 11. Osservazioni introduttive – 11.1 Dimensione collettiva e dinamismo dell'identità culturale – 11.2 Base normativa e criteri interpretativi – 12. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso il diritto di proprietà – 12.1 Interpretazione sistemica dell'obbligo di garantire il diritto alla proprietà comunitaria

delle terre ancestrali – 12.2 Gli obblighi degli Stati – 13. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso altre disposizioni della Convenzione – 13.1 Il diritto alla vita – 13.2 Il diritto alla partecipazione politica – 13.3 Il diritto a ricevere un trattamento umano – 13.4 L'identità culturale come “diritto matrice” – 14 Il diritto all'identità culturale quale diritto autonomo – 15 Un bilancio della tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni nel sistema interamericano.

## SEZIONE I

### TRATTATI CONCLUSI A LIVELLO UNIVERSALE

#### **1. L'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici**

Il Patto sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre del 1966, è l'unico trattato sui diritti umani che, a livello universale, include una disposizione specifica a tutela dell'identità culturale, religiosa e linguistica dei membri delle minoranze e, come verrà evidenziato, almeno in parte, dell'identità di tali gruppi collettivamente intesi<sup>272</sup>. Come visto nel primo capitolo, dopo una lunga fase in cui, anche a causa del fallimento politico del regime di protezione delle minoranze operante tra le due guerre, il sistema internazionale sembrava aver relegato ai margini la questione minoritaria (che si reputava sussunta nell'operatività del principio di non discriminazione), la resistenza nei confronti dell'introduzione in tale accordo di una disposizione espressamente dedicata alla tutela dell'identità dei gruppi minoritari emerse largamente anche durante i lavori preparatori del Patto<sup>273</sup>. In particolare, la previsione di tale norma fu osteggiata nei negoziati condotti in seno alla Commissione per i diritti umani poiché si riteneva che avrebbe incoraggiato la creazione di nuove minoranze e ostacolato i processi di assimilazione, impedendo la formazione di società omogenee e mettendo a rischio l'unità dello Stato<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> UNGA, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, risoluzione 2200°(XXI), 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976.

<sup>273</sup> Per una ricostruzione completa dei negoziati si veda: M. Nowak, *ICCPR Commentary*, Engel Publisher, Kehl, 1993, pp. 483 ss.

<sup>274</sup> UNGA, *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, Prepared by the Secretary General, Agenda item 28, 1955, UN Doc. A/2929*, par. 22, p. 15. Si veda anche il par. 186, p. 63.

La previsione di tale articolo, pur con i limiti della sua formulazione che verranno evidenziati, ha segnato di fatto l'inizio di una nuova era. Tale disposizione è stata perciò considerata dalla dottrina come la “*Grundnorm*”<sup>275</sup> per la protezione delle minoranze, la più importante garanzia a livello universale e la sola di natura vincolante<sup>276</sup>. Come è stato evidenziato da Sheinin, questo ruolo cruciale è stato acquisito nonostante l'enunciazione vaga di tale norma che si presta a numerose critiche<sup>277</sup>. L'art. 27, infatti, recita:

«In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo».

Nei prossimi paragrafi, si vedrà come le ambiguità della lettera della disposizione siano state chiarite dall'attività del Comitato dei diritti umani (d'ora in avanti Comitato), organo deputato al controllo dell'adempimento degli obblighi previsti dal Patto ad opera degli Stati parti<sup>278</sup>. Particolarmente rilevante a questo fine risulteranno l'analisi del Commento generale<sup>279</sup> n. 23 sui diritti delle minoranze<sup>280</sup> e delle *views* rese a fronte della ricezione di comunicazioni individuali in cui si lamentava una violazione dell'art. 27.

---

<sup>275</sup> R. Medda -Windischer, 'New Minorities, Old Instruments? A Common but Differentiated System of Minority Protection', in *International Community Law Review*, Vol. 13, 2011, p. 365.

<sup>276</sup> R. Hofmann, 'Minority Rights: Individual or Group Rights? A Comparative View on European Legal Systems', in *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 379.

<sup>277</sup> M. Scheinin, 'The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land', in T. S. Orlin, A. Rosas and M. Scheinin (a cura di), *The Jurisprudence of Human Rights: A Comparative Interpretive Approach*, Abo Akademi University, Institute for Human Rights, 2000, p. 162; C. Tomuschat, 'Status of Minorities under Article 27 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights', in S. Chandra (a cura di), *Minorities in National and International Laws*, Deep & Deep Publications, 1985, p. 31; A. Yupsanis, 'Article 27 of the ICCPR Revisited- The right to Culture as a Normative Source for Minority/Indigenous Participatory Claims in the Case Law of the Human Rights Committee', in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 26, 2013, p. 359.

<sup>278</sup> Sono gli artt. 28-45 del Patto a disciplinare il funzionamento dell'organo di controllo. Tale attività viene svolta, prima di tutto, attraverso l'analisi dei Rapporti periodici inviati dagli Stati a fronte dei quali il Comitato emana delle *Osservazioni conclusive* in cui analizza criticità e progressi nell'attuazione degli obblighi e elabora delle raccomandazioni. Inoltre, il Primo Protocollo facoltativo, sempre adottato nel 1966, attribuisce ex art. 1 al Comitato la competenza di ricevere comunicazioni di individui che lamentino la presunta violazione di una disposizione del Patto da parte di uno degli Stati parti all'accordo. È, infine, prevista anche la possibilità di ricorsi interstatali.

<sup>279</sup> Sul ruolo dei Commenti generali che, pur non essendo vincolanti, costituiscono un'interpretazione autorevole circa il significato da attribuire alle disposizioni del Patto si veda: E. Klein, David Kretzmer, 'The UN Human Rights Committee: The General Comments-The Evolution of an Autonomous Monitoring Instrument', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 58, 2015, p. 189 ss.

<sup>280</sup> HRC, *General Comment No 23: The Rights of Minorities (Art. 27)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 aprile 1994.

Inoltre, in alcuni casi, verrà fatto riferimento a un altro strumento internazionale che, pur non avendo natura giuridica vincolante, si ispira espressamente all'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, di cui si considera un'integrazione. Si tratta della Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali, etniche, religiose e linguistiche, che, all'art. 1, raccomanda agli Stati di proteggere e promuovere l'identità delle minoranze presenti sul proprio territorio<sup>281</sup>. In alcuni casi, il Comitato nella sua prassi, infatti, ha direttamente richiamato il contenuto di tale Dichiarazione per ampliare la portata degli obblighi derivanti dall'art. 27 del Patto a carico degli Stati.

### *1.1 Il concetto di minoranza*

Per godere della protezione accordata dall'art. 27, un individuo deve essere membro di una minoranza etnica, religiosa o linguistica, concetto che di cui non viene fornita alcuna definizione. Ciò ha fatto sorgere il problema di come possano essere rivendicati i diritti ascritti in assenza di criteri chiari che ne individuino i beneficiari<sup>282</sup>. Appare allora utile analizzare, come prima cosa, il significato che il termine minoranza – come visto ampiamente dibattuto fin dal primo dopoguerra – ha assunto nel Patto, anche alla luce dell'interpretazione che ne ha fornito il Comitato dei diritti umani.

La natura controversa della nozione ha portato alla promozione di diversi studi da parte della Sottocommissione per la prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, al fine di tratteggiarne i contorni in maniera chiara. La più celebre e autorevole definizione, già ampiamente richiamata e che si è ispirata a quella elaborata dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel 1919, è quella dello *Special Rapporteur* Capotorti, che combina elementi oggettivi e soggettivi<sup>283</sup>. Quanto ai primi sono richieste: l'inferiorità numerica, la posizione non dominante nello Stato e il fatto che i membri della minoranza siano cittadini dello stesso e possiedano caratteristiche etniche, religiose o

---

<sup>281</sup> UNGA, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 3 febbraio 1992, A/RES/47/135.

<sup>282</sup> J. Wright, 'Minority Groups, Autonomy, and Self-Determination', in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999, p. 608.

<sup>283</sup> F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', cit., par. 96: «A group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the state-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language».

linguistiche diverse rispetto a quelle della maggioranza. Il requisito soggettivo è dato invece dal senso di solidarietà nel preservare la propria identità distintiva<sup>284</sup>.

Per quanto riguarda gli attributi che definiscono le minoranze, invece, l'unico che richiede una delucidazione è l'aggettivo etnico, largamente discusso anche durante i lavori preparatori<sup>285</sup>. Già durante i negoziati emerse la considerazione che la minoranza etnica avrebbe dovuto rappresentare un concetto più ampio di quella razziale, poiché la seconda si riferisce esclusivamente all'insieme dei tratti fisici ereditati, mentre l'etnia alle caratteristiche biologiche, culturali e storiche. Pertanto, le minoranze etniche esprimono la propria identità, e dunque la differenza rispetto alla maggioranza della popolazione, attraverso diversi fattori: lingua, religione, costumi, tradizioni, razza e una storia condivisa<sup>286</sup>. Capotorti ha enfatizzato che nel termine dovrebbero esser ricomprese sia le minoranze razziali che quelle nazionali<sup>287</sup>.

Il Comitato, nel suo Commento generale n. 23 sui diritti delle minoranze, ha contribuito a chiarire alcuni profili connessi all'individuazione di tali gruppi e dei loro membri. In particolar modo, ha precisato che sono potenziali beneficiari dell'art. 27 tutti coloro che, all'interno dello Stato parte, appartengono a una collettività che condivide una particolare cultura, religione o lingua. Pertanto, a differenza della definizione di Capotorti, il Comitato ha sostenuto che gli individui che fanno parte di una minoranza hanno il diritto di godere della propria cultura, professare la propria religione e parlare la propria lingua, indipendentemente dal fatto che siano legati dal vincolo di nazionalità, abbiano la cittadinanza o siano residenti in maniera permanente nel territorio di uno Stato parte<sup>288</sup>. L'organo ha dunque elaborato una nozione ampia di appartenenza a una minoranza. Lo Stato avrebbe l'obbligo di garantire l'esercizio dei diritti derivanti dall'art. 27 nei confronti di tutti individui che si trovano nel suo territorio o sono sottoposti alla

---

<sup>284</sup> Sul punto si vedano: M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, Engel, Arlington, 2005, p. 644; D. Sinou, 'Article 27', in E. Decaux (a cura di), *Le pacte international relative aux droit civils et politiques: commentaire article par article*, Economica, Parigi, 2011, p. 597.

Nel 1985 un altro Relatore Speciale, Jules Deschênes, elaborò un'ulteriore e simile definizione di minoranza: J. Deschênes, 'Proposal Concerning a Definition of the Term 'Minority'', 1985, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31, par. 181.

<sup>285</sup> M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, op. cit., p. 649.

<sup>286</sup> B. Singh, 'Responses of Liberal-Democratic Societies to Claims from Ethnic Minorities to Community Rights', in *Educational Studies*, Vol. 16, 1993, p. 187.

<sup>287</sup> F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', op. cit., par. 201.

<sup>288</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 5.1. Si veda anche M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, op. cit., p. 645.

sua giurisdizione, anche, ad esempio, ai lavoratori migranti, purché facciano parte di una minoranza esistente nel territorio dello stesso. Lo Stato, pertanto, non potrebbe negare tale protezione sulla base della natura temporanea della permanenza dell'individuo<sup>289</sup>. Tuttavia, la possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 27 anche ai migranti risulta tutt'oggi dibattuta in dottrina<sup>290</sup> e, talvolta, controversa alla luce della prassi del Comitato che in alcune circostanze appare contraddittoria<sup>291</sup>.

L'organo ha poi chiarito che possono beneficiare della protezione garantita dall'art. 27 individui appartenenti a gruppi che sono minoritari a livello nazionale e non unicamente a livello regionale o locale<sup>292</sup>. In *John Ballantyne and Elizabeth Davidson c. Canada*<sup>293</sup>, gli autori del ricorso, due cittadini canadesi di lingua inglese, avevano invocato la violazione delle disposizioni del Patto relative alla non discriminazione<sup>294</sup>, alla libertà di espressione<sup>295</sup> e al diritto ad avere una vita culturale propria in quanto membri di una minoranza linguistica. Infatti, la legislazione della provincia francofona del Québec

---

<sup>289</sup> Ivi, par. 5.2: «Thus, migrant workers or even visitors in a state party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights». I. Stamatopoulou, 'Monitoring Cultural Human Rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012, p. 1180; R. Wolfrum, 'The Emergence of "New Minorities" as a Result of Migration', in C. Brölmann, R. Lefeber and M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 161.

<sup>290</sup> La esclude ad esempio: P. Thornberry, *International Law and the Protection of Minorities*, op. cit., p. 163 ss; M. Ferri, *Dalla partecipazione all'identità, L'evoluzione della tutela internazionale dei diritti culturali*, Vita e Pensiero, 2015, p. 80 ss. A favore di un superamento del vincolo della cittadinanza per l'applicabilità del regime a tutela delle minoranze si veda invece: P. Pustorino, 'Questioni in materia di tutela internazionale delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo', in *Studi sull'integrazione europea*, Vol. 1, 2006, p. 263; R. La Rosa, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>291</sup> La questione non è mai stata affrontata nelle comunicazioni individuali che sono state tutte promosse da cittadini degli Stati contro cui hanno presentato la comunicazione. In alcune osservazioni conclusive, il Comitato ha fatto riferimento esclusivo alla non discriminazione e non all'art. 27 in relazione alla garanzia di diritti culturali di stranieri appartenenti a minoranze (HRC, *Concluding Observations: Hong Kong*, CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, 2013, par. 22). Inoltre, nelle Osservazioni conclusive su Mali (HRC, *Concluding Observations: Mali*, UN Doc A/36/40, 1981, par. 251) e Giappone (HRC, *Concluding Observations: Giappone*, UN Doc A/37/40, 1982, par. 75) il Comitato ha messo in discussione che gli immigrati possano acquisire lo status di appartenenti ad una minoranza mentre in quelle sulla Norvegia (HRC, *Concluding Observations: Norvegia*, UN Doc CCPR/C/79/Add.27, 1993, par. 11), Giappone (HRC, *Concluding Observations: Giappone*, UN Doc CCPR/C/79/Add.102, 1998, par. 13) e Kuwait (HRC, *Concluding Observations: Kuwait*, UN Doc CCPR/C/KWT/CO/2, 2011, par. 31) ha chiarito che la protezione dell'art. 27 non può essere limitata ai soli cittadini.

<sup>292</sup> N. S. Rodley, 'Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments', *Human Rights Quarterly*, 1995, Vol. 17, p. 70.

<sup>293</sup> HRC, *John Ballantyne and Elizabeth Davidson c. Canada*, comunicazione n. 359/1989, *Gordon McIntyre c. Canada*, comunicazione n. 385/1989, *views* del 31 marzo 1993, UN Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 E 385/1989/Rev.1.

<sup>294</sup> Artt. 2 e 26 del Patto sui diritti civili e politici.

<sup>295</sup> Art. 19 del Patto sui diritti civili e politici.



impediva l'uso dell'inglese nelle campagne pubblicitarie delle loro attività. Il Comitato ha ritenuto il ricorso ammissibile sotto tutti profili, ma non in relazione alla presunta violazione dell'art. 27 del Patto<sup>296</sup>. Il Comitato ha precisato, infatti, che i canadesi di lingua inglese non potevano essere considerati una minoranza linguistica poiché la disposizione si riferisce a gruppi minoritari all'interno di uno Stato e non all'interno di una singola provincia. Pertanto, mentre una collettività che è maggioritaria all'interno di una provincia, ma che costituisce una minoranza a livello nazionale, può avere diritto alla protezione dell'art. 27, non risulta vero il contrario.

Inoltre, il Comitato ha ribadito in più occasioni che l'esistenza di una minoranza etnica, religiosa o linguistica non è rimessa alla decisione dello Stato parte, ma deve essere stabilita sulla base di criteri oggettivi<sup>297</sup>. L'organo ha infatti rifiutato il regime del riconoscimento per cui spetterebbe ad ogni Stato parte al Patto decidere quali gruppi all'interno del proprio territorio abbiano diritto alla protezione delle minoranze ai sensi dell'art. 27. L'esistenza della minoranza è, al contrario, una questione di fatto e, in definitiva, spetta al Comitato determinare, attraverso le sue funzioni di monitoraggio internazionale, il rispetto da parte degli Stati della disposizione<sup>298</sup>.

Ciononostante, nel suo processo di revisione periodica dei rapporti inviati dagli Stati, il Comitato ha riscontrato che, nella prassi, molti Paesi negano l'esistenza nel proprio territorio di minoranze<sup>299</sup>, restringono la definizione a gruppi particolari<sup>300</sup> o impongono requisiti stringenti per il riconoscimento della loro esistenza. Ad esempio, è questo il caso dell'Ungheria che lo subordina al fatto che un determinato gruppo etnico abbia vissuto nel territorio dello Stato per almeno un secolo<sup>301</sup>. Il Comitato ha inoltre denunciato il

---

<sup>296</sup> HRC, *John Ballantyne e Elizabeth Davidson c. Canada*, cit., par. 11.2.

<sup>297</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 5.2. Ciò è ribadito anche in HRC, *T.K c. Francia*, comunicazione n. 220/1987, views dell'8 novembre 1989, UN Doc CCPR/37/D/220/1987. Si veda anche F. Ermacora, 'The Protection of Minorities before the UN', in *Recueil des Cours*, Vol. 182, 1983, p. 299.

<sup>298</sup> M. Scheinin, 'The United International Covenant on Civil and Political Rights: Article 27 and other provision', in R. Dunbar (a cura di), *Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, p. 23 ss.

<sup>299</sup> HRC, *Concluding Observations*: Gambia, UN Doc. A/39/40, 1984, par. 343, 361; Lussemburgo, UN Doc A/41/40, 1986, par. 76; Zaire, UN Doc. A/42/40, 1987, par. 289; Senegal, UN Doc. CCPR A/53/40, 1998, par. 66; Uruguay, UN Doc. CCPR/C/79/Add.90, 1998, par. 12; Kuwait, UN Doc., CCPR/CO/69/KWT, 2000, par. 14. Ancora è il caso dell'Algeria che non riconosce la minoranza berbera (UN Doc. A/47/40, 1992, par. 276), del Cile nei confronti del popolo Mapuche (UN Doc A/34/40, 1979, par. 106), e del Giappone nei confronti di coreani, cinesi, del popolo Okinawa e di altre minoranze (UN Doc CCPR/C/JPN/CO/6, 2014, par. 26).

<sup>300</sup> HRC, *Concluding Observations*: Ucraina, UN Doc CCPR//C/79/Add.52, 1995, par. 18; Austria, UN Doc CCPR//C/79/Add.103, 1998; Slovenia, UN Doc CCPR//C/79/Add.par 40, 1994.

<sup>301</sup> HRC, *Concluding Observations*: Ungheria, UN Doc. CCPR/C/HUN/CO/5, 2010, par. 22.

comportamento di Stati che adducono come ragione per non garantire i diritti dei membri delle minoranze nel proprio territorio il fatto che tali gruppi sono perfettamente integrati nella cultura del paese<sup>302</sup>.

Infine, va rilevato che, pur non essendo la nozione di minoranza perfettamente sovrapponibile a quella di popolo indigeno, è indubbio che la protezione dell'art. 27 riguarda anche gli appartenenti a questi ultimi gruppi<sup>303</sup>. Si ricorda che le principali differenze tra popoli indigeni e minoranze *lato sensu* attengono alla più risalente origine storica dei primi – che precede la colonizzazione<sup>304</sup> – e al legame quasi spirituale con le terre ancestrali, la cui preservazione è preconditione per la sopravvivenza fisica, ma anche culturale del gruppo. Tale legame contribuisce, infatti, a plasmare l'identità culturale che gli stessi cercano di trasmettere alle generazioni future<sup>305</sup>. Queste peculiarità emergono nelle principali definizioni operanti in materia<sup>306</sup> e anche negli strumenti internazionali dedicati espressamente alla tutela dei popoli indigeni, come la Convenzione ILO n. 169 e la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli

---

<sup>302</sup> HRC, *Concluding Observations*: Repubblica Dominicana, UN Doc CCPR/CO/71/DOM, 2001, par. 20; Senegal, cit., par. 218; Algeria, cit., par. 276.

<sup>303</sup> J. Castellino, *International Law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2000; P. Thornberry, 'Self-Determination, Minorities, Human Rights-A Review of International Instruments', in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 867 ss.

<sup>304</sup> Asbjørn Eide, *Working Paper on the Relationship and Distinction Between the Rights of Persons Belonging to Minorities and Those of Indigenous Peoples*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 luglio 2000, par. 24.

<sup>305</sup> E. Stamatopoulou, *Cultural Rights in International Law - Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2007, p. 173.

<sup>306</sup> Sono due le definizioni più autorevoli di popoli indigeni. Quella contenuta nella *Convenzione ILO n. 169 sui popoli indigeni e tribali* del 1989 – art. 1, lett. b: «peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions. Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply» – e quella elaborata dal Relatore Speciale J. R. Martinez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, 1987, UN. Doc. E./CN.4/SUB.2/1986/7Add.4, par. 379: «Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with preinvasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present nondominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems». Sui popoli indigeni si vedano anche: A. L. Palmisano, P. Pustorino, *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni Iila, Roma, 2008; F. Marcelli, *I diritti dei popoli indigeni*, Aracne, Roma, 2009; A. Fodella, 'La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni,' in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzia e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006; A. J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2004.

indigeni adottata nel 2007<sup>307</sup>. Il più volte richiamato Commento generale n. 23 ha fatto espresso riferimento all'importanza che il rispetto della specificità culturale, incluso lo sfruttamento delle terre e delle risorse naturali, riveste proprio per le persone di origine indigena, presupponendo dunque l'applicabilità dell'art. 27 alle stesse<sup>308</sup>. Ad oggi, la maggior parte delle comunicazioni individuali in cui si lamenta una violazione della disposizione in discorso proviene proprio da individui appartenenti a tali popoli<sup>309</sup>.

Da questa disamina risulta evidente che il Comitato ha elaborato una definizione ampia di gruppo minoritario che, come evidenziato da Kymlicka, può applicarsi a tutte le minoranze etno-culturali, indipendentemente dal fatto che siano numerose o esigue, storiche o di recente formazione, concentrate o diffuse sul territorio<sup>310</sup>.

### *1.1.2 Appartenenza al gruppo*

Chiarito cosa si intende nella disposizione per minoranza, è necessario definire come si determini l'appartenenza di un individuo al gruppo. Il Comitato ha avuto modo di affrontare la questione in due ricorsi individuali risalenti agli anni '80 e quindi agli inizi dell'attività dell'organo. Il primo, *Sandra Lovelace c. Canada*<sup>311</sup>, era stato originato dal fatto che l'autrice della comunicazione, nata e registrata come indiana appartenente alla comunità *Maliseet*, aveva perso il proprio diritto a risiedere nella riserva di origine in seguito al matrimonio contratto con un non-indigeno. La legislazione interna rilevante prevedeva infatti che le donne indigene, sposando un non aborigeno, venissero private in maniera permanente, e quindi anche in caso di divorzio, del proprio status di indiane e di tutti i diritti ad esso correlati.

Per il Comitato, in tal modo, veniva leso il diritto, garantito dal Patto, di godere della propria cultura e usare la propria lingua in comune con gli altri membri del gruppo, determinando la perdita della propria identità e dei benefici culturali ed emotivi del vivere

---

<sup>307</sup> UNGA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 ottobre 2007, A/RES/61/295.

<sup>308</sup> HRC, *General Comment No 23*, cit., par. 3.2.

<sup>309</sup> S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights - Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 761.

<sup>310</sup> W. Kymlicka, 'National Cultural Autonomy and International Minority Rights Norms', in *Ethnopolitics*, Vol. 6, 2007, p. 382.

<sup>311</sup> HRC, *Sandra Lovelace c. Canada*, comunicazione n. 24/1997, views del 30 luglio 1981, UN Doc CCPR/C/OP/1.

nella propria comunità<sup>312</sup>. Se Sandra Lovelace non poteva essere qualificata come indiana ai sensi della legislazione canadese, per il Comitato doveva, al contrario, essere considerata “appartenente” a una minoranza ai sensi dell’art. 27. L’organo ha enfatizzato infatti che la ricorrente non solo si auto-identificava come indiana *Maliseet*, ma era anche etnicamente, e dunque oggettivamente, di tale origine. Inoltre, si era allontanata dalla riserva soltanto per la breve durata del suo matrimonio e aveva sempre mantenuto i legami con la sua comunità<sup>313</sup>. Negarle il diritto di risiedere nella riserva per il Comitato configurava dunque una violazione dei suoi diritti *ex art. 27*, trattandosi, come verrà evidenziato meglio in seguito, di una restrizione che non poteva dirsi ragionevole né poteva essere considerata necessaria a preservare l’identità del gruppo tribale<sup>314</sup>.

Anche in *Ivan Kitok c. Svezia*<sup>315</sup>, l’appartenenza del ricorrente alla minoranza Sami ha costituito il punto nodale della decisione. Nel caso di specie, pur non rinvenendo alcuna violazione dell’art. 27, il Comitato ha reiterato la necessità di non ignorare i criteri oggettivi, come l’origine etnica, per determinare se un individuo che voglia identificarsi come parte di un gruppo minoritario debba esserne effettivamente riconosciuto come membro<sup>316</sup>. I requisiti previsti dalla legislazione svedese erano, al contrario, prevalentemente basati sulla partecipazione alle attività economiche della comunità: imponevano, infatti, la perdita dello status di Sami a coloro che non si fossero dedicati all’allevamento di renne per più di tre anni consecutivi.

Per il Comitato, invece, risulta necessaria una commistione di elementi soggettivi e oggettivi che dimostrino che l’adesione del singolo e la sua autoidentificazione come membro di un gruppo minoritario trovino conferma nel dato fattuale. Quest’ultimo può essere rappresentato dall’origine etnica, dall’esistenza di legami con il gruppo o dalla lingua. Non appare invece decisivo il riconoscimento formale da parte della legislazione statale<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> Ivi, par. 13.1 e 13.2.

<sup>313</sup> Ivi, par. 14.

<sup>314</sup> Ivi, par. 17.

<sup>315</sup> HRC, *Ivan Kitok c. Svezia*, comunicazione n. 197/198527, *views* del luglio 1988, UN Doc. CCPR/C/33/D/197/1985.

<sup>316</sup> Ivi, par. 9.7.

<sup>317</sup> G. Pentassuglia, *Minorités en droit international*, Les Éditions du Conseil de l’Europe, Strasburgo, 2004, p. 78.

## *1.2 Connessione tra la dimensione individuale e collettiva della tutela dell'identità*

Se l'art. 27 identifica nei singoli membri delle minoranze i beneficiari degli obblighi di protezione imposti agli Stati, la tutela dei loro diritti presuppone di per sé, per risultare efficace ed effettiva, una dimensione collettiva della protezione accordata, come già la lettera della disposizione suggerisce<sup>318</sup>. Questa, infatti, prevede che gli appartenenti alle minoranze non possano essere privati del diritto ad avere una vita culturale propria, di professare la propria religione e usare la propria lingua «*in comune con gli altri membri del gruppo*».

Tuttavia, il fatto che non venga attribuito alcuno status speciale alle minoranze in quanto collettività è stato percepito come un grave limite della disposizione che, per alcuni, non apporterebbe alcuna protezione aggiuntiva ai membri delle minoranze rispetto a quella derivante dalle disposizioni sulla non discriminazione<sup>319</sup>.

Allo stesso modo, la formulazione in termini negativi dell'art. 27 ha spinto alcuni commentatori a osservare che imponesse solo obblighi negativi a carico degli Stati parti, che avrebbero dovuto limitarsi a non interferire con l'esercizio dei diritti culturali dei membri delle minoranze, escludendo invece l'adozione di misure positive a sostegno del loro effettivo godimento<sup>320</sup>. Proprio per questo, subito dopo l'entrata in vigore del Patto, l'articolo è stato accolto in maniera piuttosto sfavorevole in dottrina ed è stato definito come una disposizione debole<sup>321</sup>, limitata<sup>322</sup>, negativa e insufficiente<sup>323</sup>.

Entrambe le critiche possono considerarsi superate, ancora una volta, dall'attività interpretativa svolta dal Comitato. Nel Commento generale n. 23, l'organo ha infatti chiarito che l'art. 27 conferisce ai membri delle minoranze un diritto distinto e aggiuntivo

---

<sup>318</sup> R. Wolfrum, 'The Protection of Indigenous Peoples in International Law', in *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 59, 1999 p. 371.

<sup>319</sup> Si veda F. Albanese, 'Ethnic and Linguistic Minorities in Europe', in *Yearbook of European Law*, Vol. 11, 1991, p. 320 in cui si ritiene addirittura che la disposizione sembri più una raccomandazione che una norma vincolante.

<sup>320</sup> P. Thornberry, 'Is There a Phoenix in the Ashes? International Law and Minority Rights', in *Texas International Law Journal*, 1980, p. 449.

<sup>321</sup> J. Humphrey, 'The United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, Vol. 62, 1968, p. 870.

<sup>322</sup> Y. Dinstein, 'Collective Human Rights of Peoples and Minorities', in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, 1976, p. 118.

<sup>323</sup> T. Buergenthal, 'The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 720.

rispetto a tutti gli altri diritti previsti dal Patto<sup>324</sup> e che assolutamente non può dirsi sussunto dalle norme poste a tutela della non discriminazione<sup>325</sup>.

Inoltre, se è vero che i diritti protetti sono diritti individuali, il loro esercizio effettivo richiede, come prerequisito necessario, il supporto dello Stato affinché sia garantita la sopravvivenza della cultura, della lingua e della religione delle minoranze. La protezione offerta dall'art. 27 è diretta infatti a garantire, come il Comitato ha specificato, «the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned, thus enriching the fabric of society as a whole»<sup>326</sup>.

Da ciò discende il fatto che, nonostante la sua formulazione in termini negativi, l'art. 27 impone obblighi positivi di protezione a carico dello Stato<sup>327</sup>. Il Comitato ha elaborato dunque un'interpretazione creativa ed espansiva della disposizione, riconoscendo che l'esercizio del diritto di godere della propria cultura ha in sé necessariamente una dimensione collettiva che può richiedere che lo Stato implementi misure positive volte a proteggere l'identità delle minoranze<sup>328</sup>. Del resto, tale diritto può essere esercitato in maniera significativa solo "in comune", cioè all'interno di un gruppo che, come tale, deve essere preservato<sup>329</sup>.

### *1.2.1 La tutela dell'identità del gruppo come possibile limite al diritto del singolo a godere della propria cultura minoritaria*

Le componenti essenziali dell'identità delle minoranze che l'art. 27 impone di proteggere sono le sue manifestazioni culturali, linguistiche e religiose<sup>330</sup>. Prima di

---

<sup>324</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 1.

<sup>325</sup> Ivi, par. 4. C. Holder, 'Culture as an Activity and Human Right: An Important Advance for Indigenous Peoples and International Law', in *Alternatives*, Vol. 33, 2008, p. 10.

<sup>326</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 9. F. Lenzerini, 'Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples', in *European Journal of International Law*, Vol. 22, 2011, p. 115.

<sup>327</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 9.

<sup>328</sup> *Ibidem*: «Although the rights protected under article 27 are individual rights, they depend in turn on the ability of the minority group to maintain its culture, language or religion. Accordingly, positive measures by States may also be necessary to protect the identity of a minority and the rights of its members to enjoy and develop their culture and language and to practise their religion, in community with the other members of the group».

<sup>329</sup> C. Tomuschat, 'Protection of Minorities under art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights', in R. Bernhardt (a cura di), *Völkerrecht als Rechtsordnung—Internationale Gerichtsbarkeit*, Menschenrecht, Springer Verlag, Berlino, 1983, p. 949.

<sup>330</sup> R. Brett, 'The International Covenant on Civil and Political Rights and Minorities', in J. Cator and J. Niessen (a cura di), *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, Churches' Commission for Migrants in Europe, Strasbourg, 1994, p. 39.

analizzarle, però, occorre specificare che i diritti garantiti dalla disposizione non sono assoluti e il primo limite che incontrano è rappresentato proprio dalla necessità di preservare l'identità del gruppo. Infatti, il Comitato ha chiarito, in alcuni ricorsi individuali, che le interferenze con il godimento di tali diritti non configurano necessariamente una violazione dell'art. 27. Così, in *Sandra Lovelace c. Canada*, è stato per la prima volta asserito dall'organo che le restrizioni previste dalla legge, fondate su giustificazioni ragionevoli, oggettive e coerenti con le altre disposizioni del Patto, devono considerarsi ammissibili<sup>331</sup>.

Al contrario, nel caso di specie, impedire all'autrice della comunicazione di vivere nella propria riserva di origine, a causa della perdita dello status di indiana per aver sposato un non nativo, costituiva una violazione del Patto perché tale limitazione non era né ragionevole né necessaria a preservare l'identità del gruppo<sup>332</sup>. Ne risulta che il diritto del singolo a godere della propria cultura minoritaria può subire una compressione se a dover essere preservata è l'identità del gruppo.

Una simile tensione tra interessi individuali del singolo membro del gruppo e collettivi della minoranza in quanto tale è emersa anche in altri ricorsi presentati al Comitato. Ad esempio, nel già richiamato caso *Ivan Kitok c. Svezia*, l'autore della comunicazione aveva lamentato la violazione dell'art. 27 poiché la perdita dello status di Sami e della possibilità correlata di svolgimento dell'allevamento di renne si traduceva nell'impossibilità di godere della propria cultura di origine. Dall'altra parte, la Svezia aveva dichiarato che la *ratio* della legislazione in base alla quale ciò era avvenuto era da rinvenirsi in ragioni economiche ed ecologiche che avevano quale fine quello di garantire la sicurezza e il benessere della comunità Sami nel suo complesso<sup>333</sup>. Il Comitato ha rinvenuto un possibile conflitto tra la legislazione, atta a proteggere i diritti della minoranza nel suo insieme, e la sua applicazione al singolo membro della minoranza che, pur appartenendo all'etnia Sami, si era trovato escluso dalla possibilità di allevare renne perché non aveva praticato tale attività per alcuni anni<sup>334</sup>.

In questa occasione, il Comitato ha ribadito che la restrizione del diritto di un singolo membro della minoranza deve avere una giustificazione ragionevole e oggettiva ed essere

---

<sup>331</sup> HRC, *Sandra Lovelace c. Canada*, cit., par. 16.

<sup>332</sup> Ivi, par. 17.

<sup>333</sup> HRC, *Ivan Kitok c. Svezia*, cit., par. 9.6.

<sup>334</sup> Ivi, par. 9.7 e 9.8.

necessaria a garantire la sopravvivenza e il benessere del gruppo in quanto tale<sup>335</sup>. Nel caso di specie, ha giudicato le restrizioni necessarie a garantire il futuro dell'allevamento di renne e il sostentamento di coloro per i quali tale attività costituiva la principale fonte di reddito e ha pertanto escluso una violazione dell'art. 27 del Patto.

Le *views* rese dal Comitato nelle due comunicazioni richiamate dimostrano come, al di là della titolarità individuale del diritto a godere della propria cultura, l'art. 27 miri anche a proteggere l'identità della minoranza nel suo complesso.

### *1.3. Identità culturale e protezione degli stili di vita tradizionali*

Il cuore dell'art. 27 è costituito senza dubbio dalla tutela dell'identità culturale dei membri delle minoranze e, per il loro tramite, dei gruppi stessi. A tal proposito, il Comitato ha sostenuto che la cultura può assumere diverse forme, incluso un particolare stile di vita, associato all'uso delle risorse naturali e delle terre e, dunque, anche attività tradizionali di caccia e pesca<sup>336</sup>. Pertanto, il concetto di cultura è stato interpretato in senso ampio: non si è inteso ricomprendervi esclusivamente la produzione artistica e musicale, le opere letterarie nella lingua minoritaria, l'istituzione di organizzazioni culturali, ma anche, più in generale, gli usi e costumi, le tradizioni, i riti e il modo di vivere che concorrono a forgiare l'identità della minoranza<sup>337</sup>. Il Comitato, sin dall'inizio, dunque, si è discostato dalla nozione tradizionale di cultura come bene, prediligendo la visione alternativa della cultura come modo di vivere dei gruppi minoritari. Come evidenziato da Marcella Ferri, sin dall'origine si è fatto «riferimento ad una concezione antropologica di cultura che pone l'accento sul ruolo eminentemente identitario che essa svolge»<sup>338</sup>.

La “giurisprudenza” del Comitato ha riguardato in massima parte le attività economiche tradizionali, chiarendo quando debbano essere considerate parte integrante

---

<sup>335</sup> Anche in *Apirana Mahuika et al. c. Nuova Zelanda*, comunicazione n. 547/1993, *views* del 27 ottobre 2000, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, par. 9.6: «where the right of individuals to enjoy their own culture is in conflict with the exercise of parallel rights by other members of the minority group, or of the minority as a whole, the Committee may consider whether the limitation in issue is in the interests of all members of the minority and whether there is reasonable and objective justification for its application to the individuals who claim to be adversely affected».

<sup>336</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 7.

<sup>337</sup> Si veda sulla nozione di cultura in relazione all'art. 27: F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', cit.; M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, op. cit., p. 659.

<sup>338</sup> M. Ferri, *Dalla Partecipazione all'identità, L'evoluzione della tutela internazionale dei diritti*, op. cit., p. 87.



dell'identità culturale di un gruppo etnico e pertanto siano meritevoli di protezione ai sensi dell'art. 27 del Patto<sup>339</sup>. Di norma, infatti, la regolamentazione di tali pratiche è una questione che riguarda esclusivamente lo Stato<sup>340</sup>. I primi due requisiti affinché un'attività economica possa essere considerata di rilevanza culturale e rientrare dunque nell'ambito di applicazione dell'art. 27 sono il fatto che costituisca una fonte di sostentamento vitale per il gruppo e che sia una pratica radicata nel tempo<sup>341</sup>. Così, ad esempio, l'allevamento di lama è stato giudicato elemento essenziale della cultura di una comunità etnica peruviana poiché rappresentava una forma di sussistenza e una tradizione ancestrale tramandata di padre in figlio<sup>342</sup>.

Tuttavia, tali prerogative sono necessarie ma non sufficienti a far sì che un'attività rientri nell'ambito di protezione della disposizione, come è stato chiarito in *Diergaardt c. Namibia*<sup>343</sup>. Gli autori della comunicazione, membri della comunità Rehoboth, lamentavano la violazione da parte della Namibia dell'art. 27 poiché, attraverso l'esproprio di alcune terre tradizionalmente adibite a pascolo, lo Stato aveva negato loro il diritto di godere della propria cultura. Il Comitato ha chiarito che, se è vero che tale disposizione include la protezione di stili di vita e attività economiche tradizionali, nel caso di specie i ricorrenti non potevano fondare le proprie pretese sull'art. 27 poiché, sebbene il legame con le terre fosse risalente, tale rapporto non aveva dato origine a una tradizione culturale, basata sulla pastorizia, in grado di distinguere e caratterizzare il gruppo. Pertanto, il Comitato ha concluso all'unanimità che l'art. 27 non fosse stato violato poiché l'espropriazione si era concretata in un danno di natura meramente economica, che non aveva avuto invece alcun riflesso sulla cultura del gruppo<sup>344</sup>. Questo ricorso mostra come la disposizione non imponga lo stesso livello di protezione per

---

<sup>339</sup> HRC, *Ivan Kitok c. Svezia*, cit., par. 9.2; *Länsman c. Finlandia*, comunicazione n. 511/1992, *views* del 26 ottobre 1994, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, par. 9.2; *Apirana Mahuika et al. c. Nuova Zelanda*, cit., par. 9.3.

<sup>340</sup> HRC, *Ivan Kitok c. Svezia*, cit., par. 3.2.

<sup>341</sup> Sulle attività tradizionali si veda: S. Vezzani, 'Protection of Traditional Knowledge of Agricultural Interest in International Law', in A. Di Blasé, V. Vadi (a cura di), *The Fundamental Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma Tre Press, 2020; S. Wiessner, 'The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges', in *European Journal of International Law*, Vol. 22, 2011, p. 133.

<sup>342</sup> HRC, *Ángela Poma Poma c. Perù*, comunicazione n. 1457/2006, *views* del 27 marzo 2009, UN Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, par. 7.4; *Lubicon Lake Band c. Canada*, comunicazione n. 167/1984, *views* del 26 marzo 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, par. 32.2.

<sup>343</sup> HRC, *J. G. A. Diergaardt et al. c. Namibia*, comunicazione n. 760/1997, *views* del 25 luglio 2000, UN Doc. CCPR/C/36/D/760/1997.

<sup>344</sup> *Ivi*, par. 10.6.

qualsiasi attività praticata dai membri di un gruppo minoritario, ma che sia necessario dimostrare un legame tra tale pratica e la cultura che distingue il gruppo.

Inoltre, la cultura è stata interpretata come un concetto dinamico, che può evolvere nel tempo. Infatti, nei casi riguardanti l'allevamento delle renne nella penisola scandinava da parte di individui di etnia Sami, il Comitato ha ritenuto che gli Stati fossero obbligati a proteggere la cultura di un membro di una minoranza anche quando le attività tradizionali di sussistenza del gruppo erano mutate e progredite, grazie all'apporto degli sviluppi delle nuove tecnologie<sup>345</sup>. Nonostante ai metodi tradizionali di allevamento si fossero affiancate tecniche moderne, il Comitato ha sostenuto che quel tipo di attività, strettamente connessa con il territorio e praticata in gruppo dai membri della comunità Sami, continuasse a essere distintiva della cultura della minoranza e, dunque, ha affermato l'obbligo dello Stato di proteggerla<sup>346</sup>.

Il Comitato ha poi spesso evidenziato il legame esistente tra le terre abitate da alcune minoranze, soprattutto popoli indigeni, e la loro identità culturale<sup>347</sup>. Tale aspetto rileva anche in una recente decisione, *Daniel Billy c. Australia*<sup>348</sup>, in cui il Comitato si è pronunciato per la prima volta sugli effetti che il cambiamento climatico può produrre sull'integrità culturale di gruppi estremamente vulnerabili. Gli autori della comunicazione, membri di una comunità indigena delle Isole dello Stretto di Torres, ritenevano lo Stato responsabile di non aver adottato né le misure di adattamento necessarie a garantire l'abitabilità delle isole, a fronte dell'innalzamento del livello del mare, né quelle di mitigazione dell'impatto del cambiamento climatico attraverso una riduzione delle emissioni di gas clima alteranti. In tal modo, l'Australia avrebbe messo in pericolo, *inter alia*, la sopravvivenza della cultura minoritaria che dipendeva dalla possibilità dei suoi membri di risiedere nelle isole di origine e dalla salute ecologica delle aree marine circostanti, ormai in parte danneggiate<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> HRC, *Länsman c. Finlandia*, cit., par. 9.3; *Ivan Kitok c. Svezia*, cit.; *Ilmari Länsman et al. c. Finlandia*, communication n. 511/1992, *views* del 26 ottobre 1994, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992; *Apirana Mahuika et al c. Nuova Zelanda*, cit., par. 9.4.

<sup>346</sup> HRC, *O. Sara et al c. Finlandia*, comunicazione n. 431/1990, *views* del 23 marzo 1994, UN Doc. CCPR/C/50/D/431/1990, par. 7.4.

<sup>347</sup> HRC, *Concluding Observations: Belize*, UN Doc. CCPR/C/BLZ/CO/1, 2013, par. 25; Cile, UN Doc. CCPR/C/CHL/CO/6, 2014, par. 10; Kenya, UN Doc. CCPR/C/KEN/CO/3, 2012, par. 24; Messico, UN Doc. CCPR/C/79/Add.109, 1999, par. 19.

<sup>348</sup> HRC, *Daniel Billy c Australia*, comunicazione n. 3624/2019, *views* del 22 settembre 2022, UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019.

<sup>349</sup> *Ivi*, par. 3.5.

Il Comitato ha ribadito che l'art. 27 è diretto a garantire la sopravvivenza e il continuo sviluppo dell'identità culturale dei popoli indigeni: infatti, pur proteggendo diritti individuali, questi dipendono dalla possibilità che il gruppo minoritario in quanto tale mantenga la propria cultura<sup>350</sup>. Nel caso di specie, ha riconosciuto l'interdipendenza tra l'integrità culturale del gruppo e le terre tradizionali, la cui disponibilità si rende necessaria non solo per la pesca e l'agricoltura ma anche per lo svolgimento di particolari cerimonie culturali. Il Comitato ha sostenuto che la mancata adozione di misure di adattamento tempestive e adeguate a proteggere la capacità degli autori del ricorso di mantenere il proprio stile di vita tradizionale, di trasmettere ai propri figli e alle generazioni future la propria cultura e tradizioni e l'uso delle risorse terrestri e marine sostanzialmente violava l'obbligo positivo dello Stato parte di proteggere il diritto dei ricorrenti di godere della propria cultura minoritaria ai sensi dell'art. 27 del Patto<sup>351</sup>.

### *1.3.1 Limiti allo sfruttamento delle risorse necessarie per le attività tradizionali e obbligo di garantire l'effettiva partecipazione al processo decisionale*

Dai casi precedentemente richiamati, è emerso l'obbligo degli Stati di proteggere i membri di gruppi minoritari da attività, pubbliche e private, che interferiscono con il loro stile di vita tradizionale poiché questo definisce, per l'appartenente ad una minoranza, la sua cultura<sup>352</sup>. Pertanto, il Comitato ha accertato la violazione dell'art. 27 tutte le volte che uno Stato ha sfruttato o consentito a terzi di sfruttare le risorse naturali indispensabili per lo svolgimento delle attività tradizionali di un gruppo minoritario. L'organo ha

---

<sup>350</sup> HRC, *Käkkäläjärvi et al. c. Finlandia*, comunicazione 2950/2017, *views* dell'11 febbraio 2018, UN Doc CCPR/C/124/D/2950/2017, par. 9.9.

<sup>351</sup> HRC, *Daniel Billy c. Australia*, cit., par. 8.14.

Un altro aspetto che il Comitato ha ricondotto alla nozione ampia di cultura (che esula dalla nozione di cultura come stile di vita) è il diritto, espressamente previsto dalla Dichiarazione del 1992, di mantenere legami con gli altri membri del proprio gruppo e con altre minoranze, magari situate in Stati diversi ma con cui sussistano dei legami identitari in termini di etnia, nazionalità, cultura, lingua o religione. Si veda, ad esempio: HRC, *Concluding Observations*: Israele, UN Doc CCPR/C/ISR/CO, 2014).

<sup>352</sup> M.K. Addo, 'Practice of United Nations and Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, 2010, p. 601.

La maggior parte dei ricorsi ha riguardato attività dello Stato o di terzi che sfruttavano le risorse naturali indispensabili per lo svolgimento di attività tradizionali di allevamento (HRC, *Länsman c. Finlandia*, cit.; *Jouni E. Länsman et al. c. Finlandia*, comunicazione n. 6717/1995, *views* del 30 ottobre 1996, UN Doc CCPR/C/58/D/671/1995; *Ivan Kitok c. Svezia*, cit.), o pesca (HRC, *Apirana Mahuika et al. c. Nuova Zelanda*, cit.; *George Howard c. Canada*, comunicazione n. 879/1999, *views* del 26 luglio 2005, UN Doc CCPR/C/84/D/879/1999) o la produzione di danni ambientali atti a minare la sopravvivenza economica del gruppo (HRC, *Chief Ominayak and the Lubicon Lake Band c. Canada*, cit.).

chiarito che quando tali misure abbiano l'effetto di negare *de facto* il diritto dei membri delle minoranze di godere della propria cultura dovranno essere ritenute incompatibili con gli obblighi derivanti dall'art. 27. Ad esempio, nel caso *Lubicon Lake Band c. Canada*, l'espropriazione del territorio tradizionalmente usato dalla minoranza per attività di caccia e pesca e il fatto che era stato dato in gestione a compagnie impegnate in attività di estrazione di petrolio e gas naturale avevano effettivamente minacciato il modo di vivere e la cultura del gruppo, distruggendo le basi della sua sussistenza e concretando una violazione della disposizione<sup>353</sup>.

Al contrario, sono state considerate legittime le attività di sfruttamento da parte dello Stato o di terzi che hanno avuto un impatto limitato sullo stile di vita degli appartenenti a minoranze. Così, ad esempio, in *Ilmari Länsman et al c. Finlandia*, gli autori del ricorso lamentavano una violazione dell'art. 27 poiché le attività estrattive compiute da un'impresa privata avvenivano in un'area sul pendio di un monte sacro per la religione Sami e ostacolavano le attività di tradizionali di allevamento di renne<sup>354</sup>. Il Comitato ha riconosciuto che i ricorrenti erano indiscutibilmente membri di una minoranza ai sensi dell'art. 27 e che l'allevamento di renne costituiva una parte integrante della loro cultura. Tuttavia, ha sostenuto che le misure che, come nel caso di specie, hanno un impatto contenuto sullo stile di vita dei membri di una minoranza non violano la disposizione<sup>355</sup>.

Infine, il Comitato ha chiarito che i membri di una minoranza non possono lamentare una violazione dell'art. 27 qualora siano stati opportunamente consultati nella decisione che ha portato all'adozione della misura che interferisce con il loro diritto<sup>356</sup>. Il Comitato ha infatti sostenuto, andando ben al di là del testo della disposizione, che grava sugli Stati

---

<sup>353</sup> Ivi, par. 33.

<sup>354</sup> S. Pritchard, 'The International Covenant on Civil and Political Rights and Indigenous Peoples', in S. Pritchard (a cura di), *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Zed Books, The Federation Press, London, 1998, p. 198.

<sup>355</sup> HRC, *Ilmari Länsman et al. c. Finlandia*, cit., par. 9.3.

Come il Comitato ha avuto modo di specificare in seguito, nella stima dell'impatto delle attività economiche, promosse o avallate dallo Stato, sulla vita culturale delle minoranze si devono considerare non solo le conseguenze immediate delle stesse ma anche i possibili effetti che verranno prodotti in un orizzonte temporale più esteso (HRC, *Apirana Mahuika et al. c. Nuova Zelanda*, cit, par. 9.5; *Jouni E. Länsman et al. c. Finlandia*, cit., par. 10.2). Non è possibile determinare in *abstracto* la violazione del diritto ma bisogna esaminare il contesto in cui ha avuto luogo e considerare che la lesione può essere determinata dall'effetto cumulativo di misure che singolarmente considerate non si tradurrebbero nell'erosione del diritto dei membri di un gruppo minoritario a godere della propria cultura (HRC, *Kalevi Paadar et al. c. Finlandia*, comunicazione n. 2102/2011, *views* del 26 marzo 2014, UN Doc C CPR/C/110/D/2102/2011, par. 7.7; *Jouni E. Länsman et al. c. Finlandia*, cit., par. 10.7).

<sup>356</sup> HRC, *Ilmari Länsman et al. c. Finlandia*, cit., par. 10.3: i membri della minoranza erano stati consultati in merito alla concessione dell'appalto alla società estrattiva.

anche l'obbligo di garantire agli appartenenti alle minoranze l'effettiva partecipazione alle decisioni che li riguardano, diritto già espressamente previsto nella già richiamata Dichiarazione del 1992<sup>357</sup>.

Nella "giurisprudenza" successiva, il Comitato ha escluso la violazione dell'art. 27 tutte le volte in cui lo Stato abbia dimostrato di aver in qualche modo coinvolto le minoranze – che non sempre si sono dette soddisfatte dalle modalità di consultazione – nel processo decisionale<sup>358</sup>. Come evidenziato da Shelton, ciò ha di fatto favorito il fallimento della quasi totalità delle comunicazioni individuali *ex art. 27*<sup>359</sup>. Più in generale, è stato sostenuto che il criterio del coinvolgimento della minoranza sembrava costruito come «more as a flexible material parameter to determine 'non-denial' and less as a prior strict legal requirement to protect minority identity»<sup>360</sup>. In effetti, non sembra convincente concludere che lo svolgimento di mere consultazioni, nelle quali il punto di vista delle minoranze non era stato affatto tenuto in considerazione, equivalesse ad un coinvolgimento delle minoranze nel processo decisionale<sup>361</sup>. Ad esempio, a titolo comparativo, nell'ambito della già richiamata Convenzione ILO n. 169, affinché la consultazione possa considerarsi effettiva non deve tradursi in una mera notifica ai popoli indigeni delle attività che li coinvolgeranno ma si richiede che gli stessi siano accuratamente e pienamente informati e che abbiano la reale possibilità di influenzare il

---

<sup>357</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par. 7. A. Verstichel, 'Recent Developments in the UN Human Rights Committee's Approach to Minorities, with a Focus on Effective Participation', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 12, 2005, p. 28.

<sup>358</sup> HRC, *Jouni E Lansman et al c. Finlandia*, cit.; *Apirana Mahuika et al c. Nuova Zelanda*, cit., par. 9.5. A commento: N. Bankes, 'International Human Rights Law and Natural Resources Projects Within the Traditional Territories of Indigenous Peoples', in *Alberta Law Review*, Vol. 47, 2010, p. 472; P. Boast, 'Maori Fisheries 1986-1998: A Reflection', in *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 30, 1999, p. 111

<sup>359</sup> D. Shelton, 'The U.N. Human Rights Committee's Decisions', in *Human Rights Dialogue*, Series 2, 2005, p. 31.

<sup>360</sup> G. Pentassuglia, 'Minority Issues as a Challenge in the European Court of Human Rights: A Comparison with the Case Law of the United Nations Human Rights Committee', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2003, p. 437.

<sup>361</sup> K. Henrard, 'Minority Protection Mechanisms as Means to Prevent and Settle Disputes Over Sovereignty', in M. Jovanovic and K. Henrard (a cura di), *Sovereignty and Diversity*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, p. 123.

processo decisionale<sup>362</sup>. Uno standard simile è stato sviluppato, come si vedrà nel prossimo capitolo, anche dalla Corte interamericana<sup>363</sup>.

Il Comitato ha aderito a questo standard più rigoroso a partire dal caso *Poma Poma c. Perù*<sup>364</sup>, originato dalla costruzione da parte dello Stato di pozzi che deviavano l'acqua da una parte delle Ande alla costa del Pacifico. Tale operazione aveva prodotto la distruzione dell'ecosistema dell'altopiano e, conseguentemente, la morte di grandi quantità di lama e alpaca dal cui allevamento dipendeva la comunità di appartenenza dell'autrice del ricorso. È in questa circostanza che il Comitato ha avuto modo di specificare che la partecipazione al processo decisionale in relazione alle misure che possono potenzialmente interferire con le attività tradizionali economicamente significative deve essere effettiva, non si deve tradurre in una mera consultazione e il consenso espresso deve essere libero e informato<sup>365</sup>. Nel caso di specie, il Comitato ha rilevato che né l'autrice né la comunità nel suo complesso erano state consultate riguardo la costruzione dei pozzi che le aveva private della possibilità di usufruire delle proprie attività tradizionali e che, pertanto, vi era stata una violazione dell'art. 27 del Patto<sup>366</sup>.

Il Comitato ha dunque elaborato un doppio test per valutare se l'interferenza con il diritto delle minoranze a godere della propria cultura produca o meno una violazione dell'art. 27: la misura deve essere sostenibile – ossia non deve tradursi nella totale negazione del diritto dei membri del gruppo che devono poter continuare a beneficiare

---

<sup>362</sup> *Convenzione ILO n. 169*, cit., art. 6: «1. Nell'applicare le disposizioni di questa convenzione, i Governi debbono: a) consultare i popoli in oggetto, attraverso procedure appropriate, e in particolare attraverso le loro istituzioni rappresentative, ogni volta in cui si prendono in considerazione misure legislative o amministrative che li possano riguardare direttamente; b) istituire misure che consentano a tali popoli, in misura almeno pari rispetto alle altre componenti della popolazione, di partecipare liberamente e a tutti i livelli dei processi decisionali, nelle istituzioni elettive e negli organismi amministrativi o altri, responsabili delle politiche e dei programmi che li riguardano; c) istituire misure che permettano il pieno sviluppo delle istituzioni e delle iniziative proprie di tali popoli e, laddove appropriato, di fornir loro le risorse a tal fine necessarie».

<sup>363</sup> Cfr, Capitolo 2, Sezione II.

<sup>364</sup> HRC, *Angela Poma Pomacv. Perù*, cit.

<sup>365</sup> *Ivi*, par.7.6

Si veda K. Göcke, 'The Case of *Ángela Poma Poma v. Peru* before the Human Rights Committee. The Concept of Free, Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol 14, 2010, p. 337.

<sup>366</sup> La necessità di un consenso libero ed informato è stata reiterata dal Comitato in numerose *Osservazioni conclusive*. Si vedano, a titolo esemplificativo: HRC, *Concluding Observations: Cile*, CCPR/C/CHL/CO/6, 2014, par. 10; Finlandia, CCPR/C/FIN/CO/6, 2013, par. 16.

delle proprie attività tradizionali – e deve essere garantita l’effettiva partecipazione dei membri al processo decisionale<sup>367</sup>.

#### *1.4 La tutela dell’identità linguistica e religiosa*

Gli altri ambiti di applicazione dell’art. 27, afferenti all’identità linguistica e religiosa dei membri delle minoranze, sono rimasti largamente inesplorati, almeno nell’attività quasi-giurisdizionale del Comitato. Questa lacuna è dovuta in parte al fatto che la maggior parte dei ricorsi sono stati presentati da membri di popoli indigeni, interessati prevalentemente alla protezione delle terre e delle attività tradizionali cruciali nella preservazione della loro cultura, oltre al fatto che la dimensione religiosa trova una sua tutela anche nell’art. 18 del Patto<sup>368</sup>.

Per le minoranze, la lingua rappresenta un elemento centrale di espressione, trasmissione e preservazione dell’identità del gruppo<sup>369</sup>. Come precisato dal Commento generale n. 23, il diritto all’uso della propria lingua madre da parte degli appartenenti a gruppi minoritari riguarda la sfera sia privata che pubblica<sup>370</sup>. Su tale base, il Comitato, nelle *Osservazioni conclusive* relative a diversi Stati, ha censurato il loro comportamento sotto diversi profili: il mancato utilizzo delle lingue minoritarie nei documenti adottati dalle pubbliche amministrazioni<sup>371</sup>; l’assenza della lingua minoritaria dalla toponomastica e dai segnali stradali<sup>372</sup>; la mancanza di interpreti che facilitino l’accesso al sistema giudiziario nella propria lingua<sup>373</sup>. L’importanza di tali aspetti è legata alla rilevanza che assume il riconoscimento ufficiale delle minoranze nella società e al fatto

---

<sup>367</sup> L. Heinämäki, ‘Rethinking the Status of Indigenous Peoples in International Environmental Decision-Making: Pondering the Role of Arctic Indigenous Peoples and the Challenge of Climate Change’, in T. Koivurova, E. Carina, H. Keskitalo, N. Bankes (a cura di), *Climate Governance, Environment and Policy*, Springer, 2009, p. 225; S. Wheatley, ‘Deliberative Democracy and Minorities’, in *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, p. 523.

<sup>368</sup> G. Pentassuglia, ‘Minority Protection in International Law: From Standard-Setting to Implementation’, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 68, 1999, p. 149.

<sup>369</sup> R. Izák, *Report of the Independent Expert on Minority Issues*, UNDoc. A/HRC/22/49, 2012, par. 18.

<sup>370</sup> HRC, *General Comment No. 23*, cit., par 5.3.

<sup>371</sup> Ad esempio: HRC, *Concluding Observations*: Georgia, CCPR/C/GEO/CO/4, 2014, par. 19; Israele, CCPR/C/ISR/CO/3, 2010, par. 23; Sudan, CCPR/C/79/Add.85, 1997, par. 20; Algeria, CCPR/C/79/Add.95, 1998, par. 15; Namibia, CCPR/CO/81/NAM, 2004, par. 21; Polonia, CCPR/CO/82/POL, 2004, par. 20.

<sup>372</sup> HRC, *Concluding Observations*: Estonia, CCPR/CO/77/EST, 2003, par. 16; Israele, 2010, cit., par. 23.

<sup>373</sup> HRC, *Concluding Observations*: Guatemala, CCPR/C/GTM/CO3, 2012, par. 26; Marocco, CCPR/C/MAR/CO/6, 2016, par. 49.

che l'uso esclusivo della lingua ufficiale in pubblico e nel rapporto con le amministrazioni pubbliche può contribuire al declino delle lingue minoritarie<sup>374</sup>.

Inoltre, l'aspetto che senza dubbio è stato più volte rimarcato nelle *Osservazioni conclusive* concerne il diritto dei membri di una minoranza a ottenere un'educazione nella propria lingua madre, che abbia ad oggetto insegnamenti riguardanti la propria cultura – che deve poter essere appresa –, e all'istituzione di proprie scuole<sup>375</sup>. Del resto, già la Corte permanente di giustizia internazionale nel 1935 aveva considerato la possibile chiusura di tutte le scuole minoritarie in Albania, essenziali per soddisfare i bisogni speciali in termini educativi delle minoranze, come una violazione degli obblighi assunti dagli Stati cd. minoritari, nell'ambito del regime istituito dopo la Grande guerra a protezione di tali gruppi<sup>376</sup>. Il diritto dei membri delle minoranze nazionali di condurre attività educative autonome, incluso il mantenimento delle scuole, è stato inoltre affermato nella Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione<sup>377</sup>, nella già richiamata Dichiarazione del 1992 sui diritti delle persone appartenenti a minoranze e, come si vedrà, anche dal Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Tuttavia, il diritto di istituire proprie scuole non deve impedire ai membri della minoranza di comprendere e imparare la cultura e la lingua maggioritaria, gli standard educativi non devono essere inferiori a quelli generali e la frequenza di tali istituti deve essere opzionale. In molte *Osservazioni conclusive*, il Comitato si è occupato del non-riconoscimento delle scuole minoritarie<sup>378</sup> o del fatto che lo Stato garantiva forme di sussidi e supporto inferiori rispetto ad altri istituti privati<sup>379</sup>.

Per quanto riguarda le comunicazioni individuali, almeno in una prima fase, in dottrina è stato rimarcato il fatto che il Comitato è stato molto cauto nel rilevare violazioni dell'art. 27 in relazione all'identità linguistica di gruppi minoritari, prediligendo il ricorso ad altre

---

<sup>374</sup> HRC, *Concluding Observations*: Australia, A/43/40, 1988, par. 454; Canada, CCPR/C/ CAN/CO/6, 2015, par. 19; Croazia, CCPR/C/HRV/CO/3, 2015, par. 22; Slovacchia, CCPR/C/79/Add.79, 1997, par. 24.

<sup>375</sup> HRC, *Concluding Observations*: Macedonia, CCPR/C/MKD/CO/2, 2008, par. 19; Mongolia, CCPR/C/MNG/CO/5, 2011, par. 27; Giappone, CCPR/C/JPN/CO/6, 2014, par. 26; Kirgizstan, CCPR/C/KGZ/CO/2, 2014, par. 27; Marocco, CCPR/C/MAR/CO/6, 2016, par. 49; Norvegia, CCPR/C/NOR/CO/7, 2018, par. 36.

<sup>376</sup> CPGI, *Minority Schools in Albania*, cit.

<sup>377</sup> UNESCO, *Convention Against Discrimination in Education*, 14 dicembre 1960, in vigore dal 22 maggio 1962, Art. 5(1)(c).

<sup>378</sup> HRC, *Concluding Observations*: Giappone, CCPR/C/79/Add.102, 1998, par. 31.

<sup>379</sup> HRC, *Concluding Observations*: Cipro, CCPR/C/CYP/CO/4, 2015, par. 23; Belgio, CCPR/C/79/Add.99, 1998, par. 25; Lussemburgo, CCPR/CO/77/LUX, 2003, par. 7; Bulgaria, CCPR/C/BGR/CO/4, 2018, par. 35.



disposizioni del Patto<sup>380</sup>. Così, ad esempio, in *Raihman c. Lettonia*<sup>381</sup>, il Comitato ha protetto l'uso del proprio nome da parte dei membri delle minoranze per il tramite di una disposizione diversa dall'art. 27, ossia l'art. 17 del Patto. L'autore del ricorso era un membro della comunità ebraica di lingua russa il cui cognome, in seguito all'acquisto della cittadinanza lettone e senza il suo consenso, era stato traslitterato in una nuova forma. L'obbligo giuridico di imporre l'ortografia lettone nei documenti ufficiali aveva comportato, per il ricorrente, una serie di limitazioni quotidiane, generando un sentimento di privazione e arbitrarietà. Pertanto, il Comitato ha ritenuto che fosse applicabile la nozione di privacy che si riferisce all'ambito della vita di una persona nella quale questa può esprimere liberamente la propria identità, di cui il cognome costituisce una componente importante. Nel caso di specie, l'interferenza con il diritto di scegliere e cambiare il proprio nome era prevista dalla legge<sup>382</sup> e perseguiva il fine legittimo di proteggere l'integrità e il corretto funzionamento della lingua lettone che durante il periodo sovietico era stata esposta a innumerevoli difficoltà.

Tuttavia, l'aggiunta forzata di una desinenza a un cognome, utilizzato nella sua forma originaria da decenni, che ne modificava la pronuncia, è stata considerata una misura intrusiva e non proporzionata all'obiettivo di tutela della lingua di Stato. Basandosi sulla giurisprudenza precedente, in cui si riteneva che la protezione offerta dall'art. 17

---

<sup>380</sup> P. M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 799. Douglas Kibbee, 'Minority Language Rights: Historical and Comparative Perspectives', in *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2008, p. 79.

Ad esempio, nel già richiamato *Diergaardt et al. c. Namibia*, gli autori avevano denunciato il diniego di uso della propria lingua madre nell'amministrazione, nella giustizia, nell'istruzione e nella vita pubblica. La Costituzione della Namibia proclamava l'inglese come unica lingua ufficiale, consentendo tuttavia che la legge disciplinasse l'uso eventuale di altre lingue. Per i ricorrenti, la mancata adozione di una legislazione che regolasse l'uso dell'*Afrikaans* costituiva una discriminazione contro coloro che non erano madre-lingua inglesi. Ad opinione del Comitato, gli autori della comunicazione avevano inoltre dimostrato che lo Stato aveva istruito i propri ufficiali a non utilizzare in nessun caso tale idioma, sia nei documenti scritti che in forma orale. Riconoscendo che la circolare che imponeva tale divieto fosse intenzionalmente diretta ad impedire l'uso dell'*Afrikaans*, il Comitato ha rinvenuto una violazione non dell'art. 27 ma dell'art. 26 del Patto, relativo alla non discriminazione. Per un commento si rimanda a: Alexander Morawa, 'Minority Languages and Public Administration: A Comment on Issues Raised in *Diergaardt et al. v. Namibia*', in *ECMI Working Paper 16*, 2002.

<sup>381</sup> HRC, *Raihman c. Lettonia*, comunicazione n. 1621/2007, *views* del 28 ottobre 2007, UN Doc. CCPR/C/100/D/1621/2007.

<sup>382</sup> L'art. 19 della Legge sulla lingua statuuiva, infatti, che tutti i nomi dovessero essere scritti in conformità alle regole fonetiche e grammaticali lettoni, senza alcuna eccezione per i nomi di persone aventi diversa origine etnica.

comprendesse il diritto di scegliere e cambiare il proprio nome<sup>383</sup>, il Comitato ha sostenuto che tale protezione tutelasse *a fortiori* le persone dall'imposizione del cambiamento del proprio nome da parte di uno Stato, rinvenendo una violazione dell'art. 17 del Patto. Al contrario, il Comitato non ha ritenuto necessario affrontare la questione alla luce dell'art. 27<sup>384</sup>, nonostante il ricorrente avesse sottolineato come il nome fosse un elemento centrale della cultura della minoranza etnica, religiosa e linguistica di cui faceva parte e che dunque fosse strettamente correlato alla preservazione dell'identità della stessa<sup>385</sup>.

Particolarmente significativa risulta invece la decisione relativa a *Mavlonov e Sa'di c. Uzbekistan*, ricorso individuale promosso da due cittadini uzbeki appartenenti all'etnia *tagiki* in seguito alla decisione governativa di non rinnovare la registrazione di una rivista – di cui uno dei due autori era direttore – pubblicata nella lingua della minoranza e utilizzata anche come materiale didattico in diversi istituti in cui l'idioma del gruppo minoritario era lingua di insegnamento<sup>386</sup>. Si tratta dell'unico ricorso in cui il Comitato ha riscontrato una violazione dell'art. 27 a tutela dell'identità linguistica dei membri di una minoranza. Lo scopo del giornale, di cui era stata nei fatti impedita la pubblicazione, era quello di assistere gli studenti appartenenti all'etnia minoritaria nella loro educazione e sviluppo intellettuale, riportare eventi di interesse culturale e denunciare le difficoltà affrontate dal gruppo circa gli ostacoli frapposti all'uso della propria lingua<sup>387</sup>. Il diniego statale si fondava sull'argomento che la rivista fomentava l'odio interetnico ed era dunque contraria alla normativa nazionale.

Al contrario, il Comitato ha riscontrato la violazione dell'art. 27 e ha valorizzato la centralità che l'educazione nella propria lingua assume per la cultura minoritaria, così come il fatto che la stessa sia utilizzata in riviste che affrontano temi centrali per il gruppo

---

<sup>383</sup> HRC, *Canepa c. Canada*, comunicazione n. 558/1993, *views* del 3 aprile 1997, UN Doc. CCPR/C/52/D/558/1993, par. 11.4; *Coeriel and Aurik c. Paesi Bassi*, comunicazione n. 453/1991, *views* del 31 ottobre 1994, UN Doc. CCPR/C/52/D/453/1991, par.10.2.

<sup>384</sup> HRC, *Raihman c. Lettonia*, cit., par. 8.4. Molto simile è la comunicazione *Dimitriy Vladimirovich Bulgakov case c. Ucraina*, comunicazione n. 1803/2008, *views* del 23 maggio 2012, UN Doc. CCPR/C/106/D/1803/2008. Anche questo ricorso è stato esaminato alla luce dell'art. 17 del Patto, nonostante l'autore appartenesse ad una minoranza linguistica.

<sup>385</sup> HRC, *Raihman c. Lettonia*, cit., par. 3.3.

<sup>386</sup> HRC, *Mavlonov e Sa'di c. Uzbekistan*, comunicazione n. 1334/2004, *views* del 19 marzo 2009, UN Doc. CCPR/C/95/D/1334/2004.

<sup>387</sup> In molti casi, il Comitato ha riscontrato una carenza dell'uso della lingua minoritaria nei mezzi di informazione. Si vedano: HRC, *Concluding Observations: Iran*, CCPR/C/IRN/CO/3, 2011, par. 30; *Kyrgyzstan*, CCPR/C/KGZ/CO/2, 2014, par. 27.

minoritario<sup>388</sup>. In tale decisione, il Comitato ha adottato un'interpretazione ampia di cultura che supera la lettera dell'art. 27 – che sembra distinguere nettamente tra il diritto a godere della propria cultura, a utilizzare la propria lingua e praticare il proprio credo religioso – e ha considerato la lingua come elemento culturale determinante per l'identità di un gruppo<sup>389</sup>. Del resto, già Capotorti aveva ribadito l'esigenza di tenere in considerazione il legame esistente tra diritti culturali, linguistici e religiosi di cui all'art. 27<sup>390</sup>.

Infine, ad oggi, il Comitato si è espresso in un'unica occasione sulla dimensione religiosa dell'art. 27. È stato presentato, infatti, un solo ricorso in cui veniva lamentata tale violazione. In *Prince c. Sud Africa*, l'autore della comunicazione, di religione rastafariana, non aveva potuto avviare il periodo di pratica per diventare avvocato perché giudicato inidoneo dalla *Law Society* a causa di precedenti condanne per consumo di cannabis e a seguito della sua dichiarazione di voler continuare a fare uso della sostanza in ossequio ai propri precetti religiosi<sup>391</sup>. Per l'autore, il fallimento della legislazione nazionale di prevedere l'esenzione della responsabilità penale per possesso e uso di cannabis per i membri della minoranza religiosa rastafariana violava il suo diritto a praticare la propria religione ai sensi dell'art. 27<sup>392</sup>. Il Comitato ha riconosciuto che il ricorrente era membro di una minoranza religiosa per la quale il consumo di cannabis costituiva elemento essenziale della pratica e che pertanto la questione rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 27<sup>393</sup>. Tuttavia, il Comitato ha concluso che un divieto generalizzato di possesso e uso di cannabis non costituisca una giustificazione irragionevole all'interferenza con il diritto del membro di una minoranza di professare e praticare il proprio credo religioso che, pertanto, non poteva dirsi negato ai sensi dell'art. 27 del Patto<sup>394</sup>.

---

<sup>388</sup> HRC, *Mavlonov e Sa'di c. Uzbekistan*, cit., par. 8.7.

<sup>389</sup> M. Ferri, *Dalla partecipazione all'identità*, op. cit., p. 104.

<sup>390</sup> F. Capotorti, 'Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities', par. 590.

<sup>391</sup> HRC, *Prince c. Sud Africa*, comunicazione n. 1474/2006, *views* del 31 ottobre 2007, UN Doc. CCPR/C91/D/1471/2006, par. 2.4.

<sup>392</sup> L'autore della comunicazione aveva altresì lamentato una violazione dell'art. 18. Per il Comitato, tuttavia, non vi era stata una violazione di tale diritto perché il divieto di possesso e uso della cannabis perseguiva il fine legittimo di tutela dell'ordine pubblico, della salute e dei diritti di terzi.

<sup>393</sup> HRC, *Prince c. Sud Africa*, cit., par. 7.4.

<sup>394</sup> Se il Comitato non ha chiarito i criteri in base ai quali abbia valutato la ragionevolezza della restrizione, la dottrina ha ritenuto che sia stata effettuata una valutazione sulla base dei criteri *ex art. 18*, che tutela la libertà religiosa. Si veda: M. Ferri, *Dalla partecipazione all'identità*, op. cit., p. 108.

## **2. La tutela dell'identità del minore indigeno o appartenente a minoranze nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza**

L'influenza dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, ma soprattutto della sua interpretazione estensiva ad opera del Comitato dei diritti umani, sono ben visibili nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata nel 1989 dall'Assemblea Generale, che dimostra una spiccata attenzione alla tutela dell'identità culturale dei bambini indigeni o membri di minoranze. Già nel Preambolo, infatti, viene espressamente richiamata l'importanza delle tradizioni e dei valori culturali di ogni popolo per la protezione e lo sviluppo armonioso dei bambini<sup>395</sup>. Tuttavia, è l'art. 30, ampiamente modellato sul testo dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, a prevedere espressamente che i fanciulli rientranti in tali categorie abbiano il diritto di non essere privati della propria vita culturale, di professare e praticare la propria religione e di far uso della propria lingua, insieme agli altri membri del gruppo<sup>396</sup>.

Tale disposizione riflette la consapevolezza degli Stati del ruolo essenziale che i minori svolgono a garanzia della trasmissione intergenerazionale della cultura e del rinnovamento e della sopravvivenza di gruppi minoritari e popoli indigeni. Essa riconosce, inoltre, i bisogni specifici e le vulnerabilità cui sono esposti i minori appartenenti a tali gruppi che, rispetto alla maggioranza della popolazione, sono sottoposti in molti Stati a più alti tassi di violenza, marginalizzazione, mancanza di scolarizzazione e mortalità<sup>397</sup>.

I problemi interpretativi posti dalla disposizione in esame sono sostanzialmente gli stessi analizzati nel paragrafo precedente, dedicato all'analisi dell'art. 27 del Patto. Le *Osservazioni conclusive*, in cui il Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

---

<sup>395</sup> UNGA, *Convention on the Rights of the Child*, 20 novembre 1989, UNTS 1577, p. 3, Preambolo, Considerando 12.

<sup>396</sup> Ivi, art. 30: «Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche oppure persone di origine indigena, un fanciullo che appartiene a una di tali minoranze o è indigeno non può essere privato del diritto di avere una propria vita culturale, di professare e praticare la propria religione o di far uso della propria lingua insieme agli altri membri del gruppo».

<sup>397</sup> UNICEF: *Violence against children in Latin American and the Caribbean 2015-2021*, 2021; *Breaking the silence on violence against indigenous girls, adolescents and young women*, 2014; *The right of Roma children to education*, 2011; *Children of Minorities: Deprivation and Discrimination*, 1995.

(CRC) accerta il rispetto o la violazione dell'art. 30, lamentano spesso la scarsa cooperazione degli Stati nel fornire dati su minoranze e popoli indigeni<sup>398</sup>. Utile ausilio nell'interpretazione sarà, quindi, anche il Commento generale n. 11 sui diritti dei minori indigeni<sup>399</sup>.

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è il primo trattato sui diritti umani a fare un esplicito riferimento ai minori di origine indigena che, in ragione delle specifiche vulnerabilità e bisogni che possono derivare da tale status, vengono distinti espressamente da quelli appartenenti a minoranze. Da questo punto di vista, vi è, dunque, un'evoluzione rispetto al Patto, espressione di una maggiore sensibilità della comunità internazionale. Ciò è indicativo del riconoscimento del fatto che i minori indigeni, per poter pienamente godere dei propri diritti, richiedono misure speciali di protezione<sup>400</sup>.

Anche nel caso della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la protezione accordata ai minori non dipende dal riconoscimento da parte dello Stato delle minoranze o dei popoli indigeni cui appartengono. La questione è stata affrontata dal Comitato nelle sue *Osservazioni conclusive* sulla Francia e la Turchia. Entrambi gli Stati, infatti, hanno apposto una riserva all'art. 30 della Convenzione, il primo sostenendo la non applicabilità della disposizione nei propri confronti, il secondo limitandola a pochi

---

<sup>398</sup> Si vedano a titolo esemplificativo: CRC, *Concluding Observations*: Ruanda, CRC/C/RWA/CO/5-6, 2020, par. 10; Thailandia, CRC/C/THA/CO/3-4, 2012, par. 7; Nigeria, CRC/C/NGA/CO/73-4, 2012, par. 77; Georgia, CRC/C/GEO/CO/3, 2008, par. 78; Filippine, CRC/C/PHL/CO/5-6, 2022, par. 10; Uganda, CRC/C/UGA/CO/2, 2005, par. 82; Ucraina, CRC/C/UKR/CO/3-4, 2011, par. 89.

<sup>399</sup> CRC, *General Comment No. 11 (2009): Indigenous children and their rights under the Convention on the Rights of the Child*, 12 febbraio 2009, UN Doc. CRC/C/GC/11.

<sup>400</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 5.

A questo proposito, i lavori preparatori mostrano uno sforzo da parte dell'UNICEF, dell'organizzazione non-governativa *Four Directions Council* e di alcuni Stati, quali l'Australia e la Norvegia, proteso ad assicurare il riconoscimento dei minori indigeni come categoria separata cui garantire protezione speciale (Commission on Human Rights, *Written Statement submitted by the Four Direction Council*, E/CN.4/1986/1, 5 febbraio 1986; *Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, E/CN.4/1986/39, 13 marzo 1986, par. 66).

Addirittura, in origine era stato proposto un articolo appositamente dedicato agli obblighi degli Stati nei confronti di minori indigeni, poi abbandonato a causa della mancanza di un supporto sufficiente (Commission on Human Rights, *Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/1986/39, cit.: «The States Parties to the present Convention recognize the special needs of children belonging to indigenous populations, which include the right of the child: (a) To have, learn, and, if he chooses, adopt the culture and language of his parents; (b) To enjoy his family of birth and, if alternate family care or adoption is provided, to care or adopt in an otherwise suitable family or community of the same culture wherever possible» (c) To be educated, at least at the primary level, and to the extent practicable within national resources, in the language of his parents as well as an official language of the State».

gruppi. La Francia ha osservato che è irrilevante offrire protezioni specifiche alle minoranze poiché gli artt. 1 e 2 della Costituzione riconoscono il principio dell'uguaglianza di fronte alla legge di tutti i cittadini. Tuttavia, come il Comitato ha evidenziato, esortando il Paese a ritirare la riserva, l'uguaglianza di fronte alla legge può non essere sufficiente «to ensure equal enjoyment of rights by certain minority groups who may face *de facto* discrimination»<sup>401</sup>. In entrambi i casi, il Comitato si è detto preoccupato per l'impatto negativo delle riserve sui diritti culturali e linguistici delle minoranze non riconosciute, in particolare sui minori rom<sup>402</sup> e curdi<sup>403</sup>.

Riguardo ai minori indigeni, nel Commento generale. n 11, il Comitato ha specificato che il criterio cruciale per determinarne l'appartenenza al gruppo è l'autoidentificazione del fanciullo<sup>404</sup>, tenendo conto dell'evoluzione delle sue capacità *ex art.* 12<sup>405</sup>. Tuttavia, a seconda del suo stadio di sviluppo, potrebbe essere appropriato in alcuni casi valutare se anche i suoi genitori reputano il minore e la propria famiglia parte di una minoranza<sup>406</sup>.

Come l'art. 27 del Patto, la formulazione dell'art. 30 della Convenzione è chiara nell'identificare quali beneficiari dei diritti i singoli minori e non il gruppo di appartenenza. Tuttavia, poiché i diritti culturali, religiosi e linguistici devono poter essere esercitati «insieme con gli altri membri del gruppo», il Comitato ha evidenziato la dimensione collettiva dell'art. 30. Tale disposizione, infatti, rappresenta un importante riconoscimento delle tradizioni e dei valori comunitari nelle culture indigene<sup>407</sup>. Proprio per questo, se l'esistenza del gruppo è prerequisito per l'esercizio individuale del diritto,

---

<sup>401</sup> CRC, *Concluding Observations*, Francia, CRC/C/FRA/CO/4, 2009, par. 101.

<sup>402</sup> CRC, *Concluding Observations*: Francia, CRC/C/FRA/CO/6-7, 2023, par. 10; Francia CRC/C/FRA/CO/5, 2016, par. 69.

<sup>403</sup> CRC, *Concluding Observations*: Turchia, CRC/C/TUR/CO/2-3, 2009, par. 9: «The Committee encourages the State party to consider withdrawing its reservations to articles 17, 29 and 30 of the Convention in order to provide better protection and opportunities to all groups of children, in particular children of Kurdish origin, who are not recognized as a minority under the Turkish Constitution and the Treaty of Lausanne of 1923».

<sup>404</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 19.

<sup>405</sup> Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, cit., art. 12: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

<sup>406</sup> Ivi, art. 5: «Gli Stati parti rispettano la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento e i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente Convenzione».

<sup>407</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 16.

si giustificano e possono rendersi necessarie *ex art. 30* misure protettive a beneficio del gruppo nel suo complesso<sup>408</sup>. In maniera innovativa, il Comitato ha reinterpretato anche il principio del superiore interesse del minore come «both a collective and individual right», ritenendo che non possa essere valutato in isolamento dagli interessi del gruppo<sup>409</sup>. È necessario, infatti, tenere costantemente in considerazione la stretta connessione esistente tra i diritti culturali dei minori indigeni e la necessità di esercitarli collettivamente con gli altri membri della collettività.

Tuttavia, la complessità della relazione tra bambino e gruppo minoritario può dare origine a una potenziale tensione tra interessi individuali e collettivi. A tal proposito, il Comitato ha riconosciuto che i minori indigeni spesso non hanno ottenuto la specifica attenzione che meritavano, che è stata oscurata da più ampie preoccupazioni per i popoli indigeni nel loro complesso. Tuttavia, nel caso dei bambini, il superiore interesse del minore non può mai essere ignorato o violato a favore del miglior interesse del gruppo<sup>410</sup>. Così, ad esempio, il minore non può essere obbligato a fare propria la cultura, la lingua o le tradizioni del gruppo, nemmeno nel caso in cui ciò sia necessario alla sopravvivenza della collettività nel suo complesso<sup>411</sup>. L'esercizio dei diritti *ex art. 30* è sempre dipendente dalla scelta personale del minore, da valutare alla luce dell'evoluzione delle sue capacità ai sensi degli artt. 5 e 12 della Convenzione.

Inoltre, il diritto a godere della propria cultura deve essere sempre esercitato in accordo con le altre disposizioni della Convenzione e, in nessuna circostanza, può essere giustificato se appare pregiudizievole alla dignità, salute o sviluppo del minore<sup>412</sup>. Pertanto, sebbene siano radicati in alcune culture tradizionali, pratiche come i matrimoni precoci o forzati, la mutilazione genitale femminile, i riti di iniziazione violenti, sono da considerarsi incompatibili con la Convenzione. Di conseguenza, gli Stati hanno l'obbligo di eradicarli e di promuovere campagne di sensibilizzazione volte a modificare gli stereotipi di genere che spesso sono alla base di tali tradizioni<sup>413</sup>. Del resto, l'art. 24, par.

---

<sup>408</sup> T. Liesbam, 'Can International Law Imagine the World of Indigenous Children?', in *International Journal of Children Rights*, Vol. 15, 2007, p. 295.

<sup>409</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 30.

<sup>410</sup> *Ibidem*.

<sup>411</sup> P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002; P. Alston, *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, 1994.

<sup>412</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 22.

<sup>413</sup> CRC, *General comment No. 18 on harmful practices*, 14 novembre 2014, UN Doc. CRC/C/GC/18.

3, della Convenzione prevede espressamente l'obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure appropriate per abolire le pratiche che siano pericolose per la salute dei minori<sup>414</sup>.

### *2.1. Gli obblighi degli Stati a tutela dell'identità culturale dei minori indigeni o appartenenti a minoranze*

Come l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, anche l'art. 30 è formulato in termini negativi e proposte differenti, come quelle elaborate dalla Jugoslavia e dall'UNICEF, furono rigettate durante i lavori preparatori<sup>415</sup>. Il Comitato, però, si è sempre espresso a supporto di un obbligo positivo per gli Stati parti di assumere le misure legislative, amministrative o giudiziarie necessarie per proteggere da atti dello Stato o di terze parti i diritti dei minori ai sensi dell'art. 30<sup>416</sup>.

Sulla base dell'attività del Comitato è possibile confermare che derivano dalla disposizione in esame tre distinte categorie di obblighi. La prima è l'obbligo di rispettare, ossia il classico obbligo negativo di non interferire con il godimento del diritto. Come il Comitato ha avuto modo di chiarire, sono pertanto chiaramente contrarie alla disposizione le misure che vietano la partecipazione dei minori ad attività culturali del gruppo di appartenenza. Così, ad esempio, il Comitato si è detto preoccupato per le misure assimilazioniste praticate dal Vietnam nei confronti dei bambini appartenenti a minoranze etniche e ha raccomandato allo Stato di rispettare l'identità culturale propria di tali fanciulli<sup>417</sup>. Le Parti hanno l'obbligo di riconoscere e rispettare la cultura, la storia, la lingua e lo stile di vita tradizionale indigeno, come fonte di arricchimento dell'identità culturale dello Stato nel suo complesso, non interferendo con il diritto dei minori di goderne<sup>418</sup>. Ad esempio, il Comitato ha espresso il suo timore nei confronti della

---

<sup>414</sup> Convenzione sui diritti dell'infanzia, cit., art. 24, par. 3: «Gli Stati parti adottano ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori».

Per approfondimenti che non si possono svolgere in questa sede si rimanda a: J. Tobin, 'The International Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Children's Health: What Does It Mean and Require of States?', in *Human Rights Law Review*, Vol 9, Issue 3, pp. 373-39; J. Boyden, A. Pankhurst, Y. Tafere, 'Harmful Traditional Practices and Child Protection', in *Young Lives Working Paper*, Vol. 93, 2013.

<sup>415</sup> Commission on Human Rights, *Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, 2 marzo 1989, UN Doc E/CN.4/1989/48, par. 494 ss.

<sup>416</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 17.

<sup>417</sup> CRC, *Concluding Observations: Vietnam*, CRC/C/VNM/CO/3-4, 2012, par. 40.

<sup>418</sup> Ivi, par. 9.



legislazione brasiliana che promuoveva un'integrazione dei minori indigeni reputata in contrasto con il principio della diversità culturale<sup>419</sup>.

Com'è già ampiamente emerso dalla ricostruzione, gli Stati parti hanno anche l'obbligo di proteggere e di realizzare i diritti discendenti dall'art. 30. L'effettivo esercizio dei diritti dei minori indigeni alla cultura, lingua e religione rappresenta, infatti, per il Comitato, un fondamento essenziale per uno Stato culturalmente diversificato e conforme ai propri obblighi in materia di diritti umani<sup>420</sup>. Nelle prime *Osservazioni conclusive*, l'approccio del Comitato sul punto risultava più cauto, limitandosi a suggerire agli Stati di assumere *measure adequate* a proteggere i diritti dei minori indigeni o appartenenti a minoranze e a preservare la loro identità storica e culturale<sup>421</sup>. Più di recente, il Comitato ha individuato chiaramente l'obbligo degli Stati, ai sensi dell'art. 30, di assumere *tutte le misure necessarie* per garantire ai minori indigeni il diritto di godere della propria cultura, praticare la propria religione e usare la propria lingua<sup>422</sup>.

Per quanto riguarda il contenuto del diritto, i diritti culturali dei minori sono stati interpretati in senso ampio dal Comitato che vi ha ricompreso lo stile di vita tradizionale, l'accesso alle risorse, la tutela dell'integrità ambientale<sup>423</sup>, i contatti con altri gruppi indigeni<sup>424</sup>. Le *Osservazioni conclusive* hanno fatto spesso riferimento all'importanza dei

---

<sup>419</sup> CRC, *Concluding Observations*: Brasile, CRC/C/15/Add.241, 2004, par. 71.

<sup>420</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 81.

<sup>421</sup> CRC, *Concluding Observations*: Thailandia, CRC/C/THA/CO/2, 2006, par. 79: «In this regard, the Committee urges the State party to take adequate measures to protect the rights of indigenous and minority children to preserve their historical and cultural identity, customs, traditions and languages, taking into account the recommendations adopted by the Committee on its day of general discussion on the rights of indigenous children in September 2003».

<sup>422</sup> CRC, *Concluding Observations*: Singapore, CRC/C/SGP/CO/2-3, 2011, par 72: «Il recommande aussi à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour garantir aux groupes ethniques minoritaires, en particulier aux Malais, le droit de vivre selon leur propre culture et de pratiquer leur propre religion et leur propre langue dans tous les domaines de la vie»; Danimarca, CRC/C/DNK/CO/4, 2011, par. 68: «The Committee reiterates the recommendations of the Human Rights Committee in 2008 (CCPR/C/DNK/CO/5, para. 13) and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in 2010 (CERD/C/DNK/CO/18-19, para. 17) and urges the State party to, in accordance with the Committee's general comment No. 11 (2009) on indigenous children and their rights under the Convention, take all measures necessary for ensuring that Inughuit children are able to exercise their right to grow up in a safe cultural environment, maintain and develop their identity and use their own language without being disqualified and discriminated against».

Si veda anche: S. Harris-Short, J. Tobin, 'Article 30- Cultural, Linguistic and Religious Rights of Minorities and Indigenous Children', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, 2019, p. 1181 ss.

<sup>423</sup> Si veda, ad esempio, CRC, *Concluding Observations*: Guyana, CRC/C/15/Add.224, 2004, par. 57.

<sup>424</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 35.

diritti fondiari e agli effetti dannosi dell'espropriazione degli stessi<sup>425</sup>. Così, ad esempio, il Comitato ha invitato il Ruanda a riconoscere i diritti dei minori *Batwa* e delle loro famiglie ad avere accesso alle risorse delle foreste e a sviluppare iniziative per riconnettersi con le terre ancestrali e le loro pratiche culturali tradizionali<sup>426</sup>.

Un ulteriore aspetto dei diritti culturali è poi il diritto di partecipazione al processo decisionale volto all'elaborazione di leggi, politiche e programmi che coinvolgano i popoli indigeni. Il Comitato ha in più occasioni ribadito la necessità che, come previsto dall'art. 12 della Convenzione, tali consultazioni prevedano, nella misura del possibile, la presenza dei minori indigeni<sup>427</sup>. Inoltre, anche il diritto di avere un nome appartenente alla propria tradizione culturale è stato considerato espressione del diritto a godere della propria cultura<sup>428</sup>.

Infine, nel Commento generale n. 17 sul diritto a partecipare alla vita culturale, che si sofferma ampiamente sullo status dei minori in condizioni di vulnerabilità, il Comitato ha chiarito come per tutti i bambini – in questo caso non solo indigeni – la cultura è uno strumento per esprimere la propria identità, rendere significativa la propria esistenza e costruire la propria visione sul mondo<sup>429</sup>. Se l'eredità culturale contribuisce a forgiare il loro senso di identità, a loro volta i minori concorrono allo sviluppo ulteriore della stessa.

Inoltre, se la dimensione religiosa dell'art. 30 ha ricevuto scarsa attenzione da parte del Comitato, ampio spazio è stato dedicato nelle *Osservazioni conclusive* alle lingue native, che svolgono un ruolo centrale per lo sviluppo dell'identità etnica del bambino e, dall'altra parte, se conosciute e trasmesse alle generazioni future, garantiscono la sopravvivenza culturale dei gruppi minoritari<sup>430</sup>. Pertanto, dall'art. 30 deriva il diritto di usare e ricevere un'istruzione nella propria lingua<sup>431</sup>, favorendo il più possibile la

---

<sup>425</sup> Si veda, ad esempio, CRC, *Concluding Observations*: Guatemala, CRC/C/GTM/CO/3-4, 2010, par. 101; Bolivia, CRC/C/BOL/CO/4, 2009, par. 85.

<sup>426</sup> CRC, *Concluding Observations*: Ruanda, CRC/C/RWA/CO/3-4, 2013, par. 57.

<sup>427</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 20. CRC, *Concluding Observations*: Nicaragua, CRC/C/NIC/CO/4, 2010, par. 84: «The Committee recommends that the State Party: (a) Promote the right to be heard with regard to indigenous and Afro-descendant children in decision-making and cultural life»; Camerun, CRC/C/CMR/CO/2, 2010, par. 83.

<sup>428</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 44.

<sup>429</sup> CRC, *General comment No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31)*, CRC/C/GC/17, 17 aprile 2013, par. 17.

<sup>430</sup> Sul punto si veda F. De Varennes, *Language, minorities and human rights*, Brill, 2021.

<sup>431</sup> CRC, *Concluding Observations*: Finlandia, CRC/C/15/Add.53, 1996, par. 18; Georgia, CRC/C/GEO/CO/3, 2008, par. 76; Guyana, cit., par. 57; Cile, CRC/C/CHL/CO/3, 2007, par. 73; Nigeria, CRC/C/NGA/CO/3-4, 2010, par. 77; El Salvador, CRC/C/SLV/CO/3-4, 2009, par. 92; Lettonia,

partecipazione dei minori indigeni o membri di minoranze a curriculum bilingue o interculturali<sup>432</sup>. Come il Comitato ha chiarito in molte *Osservazioni conclusive*, la qualità dell'istruzione in questi percorsi non deve essere più bassa di quella standard, nonostante ciò possa richiedere delle risorse aggiuntive<sup>433</sup>. In effetti, già ai sensi dell'art. 29, l'educazione deve avere tra i suoi obiettivi lo sviluppo dell'identità culturale del minore ed è impossibile che ciò avvenga senza che vengano studiati il proprio idioma e il contenuto della propria cultura di origine<sup>434</sup>. Ad esempio, è stato raccomandato all'Algeria di incrementare i suoi sforzi nella promozione dell'identità culturale dei bambini *Amazigh*, allocando risorse umane e finanziarie adeguate all'insegnamento della loro lingua madre nelle scuole<sup>435</sup>. Inoltre, è stato riconosciuto il diritto dei popoli indigeni di stabilire delle proprie scuole, a patto che la frequenza sia su base volontaria, non sia compromessa la capacità dei minori di sapersi esprimere nella lingua ufficiale e gli standard educativi siano equivalenti a quelli delle altre scuole<sup>436</sup>. Infine, è stato valorizzato anche il ruolo dei mass media nella protezione della diversità linguistica. Già ai sensi dell'art. 17 grava, infatti, sugli Stati l'obbligo di incoraggiare i mezzi di comunicazione ad avere riguardo ai bisogni linguistici dei minori indigeni o appartenenti a minoranze<sup>437</sup>, affinché possano avere accesso alle informazioni<sup>438</sup>.

---

CRC/C/15/Add.142, 2001, par. 51; Myanmar, CRC/C/15/Add.237, 2004, par. 19; Marocco, CRC/C/15/Add.60, 1996, par. 14.

<sup>432</sup> CRC, *General comment No. 11*, par. 62.

<sup>433</sup> CRC, *Concluding Observations: Nepal*, CRC/C/NPL/CO/3-5, 2015, par. 67.

<sup>434</sup> Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, cit., art. 29, par. 1, lett. d: «Gli Stati parti concordano che l'educazione del minore deve essere diretta allo sviluppo del rispetto per...l'identità culturale del minore, la sua lingua e valori...». Si veda: L. Laundry, J. Tobin, 'Article 29: The Aims of Education', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, op. cit., p. 1116 ss.

<sup>435</sup> CRC, *Concluding Observations: Algeria*, CRC/C/15/Add.269, 2005, par. 84.

<sup>436</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 60.

<sup>437</sup> Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, cit., art. 17, par. 4: «Gli Stati parti incoraggiano i mass media a tenere conto in particolar modo delle esigenze linguistiche dei fanciulli autoctoni o appartenenti a un gruppo minoritario».

<sup>438</sup> CRC, *General comment No. 11*, cit., par. 40. CRC, *Concluding Observations: Mongolia*, CRC/C/MNG/CO/5, 2017, par. 22.

### **3. Gli avanzamenti registrati nella tutela dell'identità culturale dei membri delle minoranze grazie all'attività interpretativa dei meccanismi di controllo dei trattati sui diritti umani: una sintesi**

L'interpretazione evolutiva da parte del Comitato dei diritti umani ha reso l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici un pilastro per la protezione dell'identità culturale delle minoranze e dei loro membri, sebbene i ricorsi individuali presentati ad oggi siano piuttosto esigui. Nonostante i limiti della formulazione della disposizione e la tradizionale opposizione di alcuni Stati a misure di protezione delle minoranze, il Comitato dei diritti umani è riuscito ad accrescere significativamente il suo ambito di protezione<sup>439</sup>. Tre sono stati i principali sviluppi interpretativi cui si è allineato anche il Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, in relazione all'art. 30 della relativa Convenzione. Il primo è che l'appartenenza del singolo a un gruppo minoritario o a un popolo indigeno e, dunque, la tutela accordata alla sua identità culturale, non dipendono dal riconoscimento formale dell'esistenza di una minoranza da parte della legislazione nazionale ma da una commistione di elementi soggettivi ed oggettivi che dimostrino che l'autoidentificazione del singolo trovi conferma nel dato fattuale.

In secondo luogo, se i beneficiari degli obblighi di protezione imposti agli Stati sono, in entrambi i casi, i singoli individui, i meccanismi di controllo hanno valorizzato la "dimensione collettiva" del diritto all'identità. Infatti, l'esercizio effettivo di tale diritto richiede, quale requisito necessario, il sostegno dello Stato affinché sia garantito il continuo sviluppo dell'identità culturale, religiosa, linguistica e sociale delle minoranze e dei popoli indigeni in quanto gruppi. L'esercizio del diritto di godere della propria cultura ha in sé necessariamente una dimensione collettiva che può richiedere che lo Stato implementi misure positive volte a proteggere l'identità del gruppo di appartenenza. Entrambe le disposizioni sarebbero infatti risultate inefficaci allo scopo qualora fossero state interpretate, come i lavori preparatori e le rispettive formulazioni suggerivano, in modo tale da far gravare sugli Stati esclusivamente un obbligo negativo di astensione da interferenze con il diritto all'identità culturale dei membri della minoranza. Da ciò deriva anche il corollario necessario che il diritto del singolo a godere della propria cultura

---

<sup>439</sup> P. Hilpold, 'Standard-Setting in the Field of Minority Rights', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 17, 2007, pp. 181–205, p. 197.

minoritaria può subire una compressione se a dover essere preservata è l'identità del gruppo. Tuttavia, nell'ambito della Convenzione per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, quando sorgono potenziali conflitti tra interessi individuali e collettivi, deve essere data sempre prevalenza all'interesse superiore del minore, che non può essere mai subordinato all'interesse del gruppo nel suo insieme.

Infine, entrambi i meccanismi di controllo hanno interpretato la cultura e l'identità culturale come concetti ampi che ricomprendono usi e costumi, tradizioni e il modo di vivere che concorrono a forgiare l'identità delle minoranze. È stata dunque valorizzata una concezione antropologica di cultura che pone l'accento sul suo ruolo identitario e sono state protette, soprattutto, le attività economiche tradizionali, stabilendo un diritto di partecipazione effettiva al processo decisionale in relazione alle misure che possono potenzialmente interferirvi. Va infine ricordato che l'esatta portata degli obblighi derivanti dall'art. 27 con riferimento alla dimensione dell'identità linguistica e religiosa delle minoranze è rimasta inesplorata nella "giurisprudenza" del Comitato poiché la maggior parte dei ricorsi sono stati presentati da membri dei popoli indigeni, interessati prevalentemente alla tutela delle terre e delle attività tradizionali.



## SEZIONE II

# LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ MINORITARIA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

### 4. Notazioni preliminari

Se nella sezione precedente è stata indagata l'ampiezza della protezione dell'identità culturale garantita da trattati conclusi a livello universale, le prossime pagine saranno dedicate al ruolo svolto dai meccanismi di controllo degli accordi regionali a tutela dei diritti umani nel tentativo di accomodare le diversità culturali e religiose di gruppi minoritari e dei loro membri all'interno delle società pluralistiche degli Stati parti. Anche in questi sistemi, infatti, le vicende che per prime hanno fatto sorgere richieste di protezione dell'identità hanno riguardato minoranze o singoli appartenenti a tali gruppi. Si analizzerà pertanto come la Corte europea dei diritti umani (sez. II) e la Corte interamericana dei diritti umani (sez. III) abbiano, sia pure in maniera differente, tentato di rispondere alla pluralità di istanze di riconoscimento provenienti dai gruppi minoritari, analizzando i rispettivi testi convenzionali alla luce della realtà sociale.

Solo un approccio di tipo multiculturale<sup>440</sup>, che riconosce e valorizza la diversità culturale e le specificità dei gruppi minoritari, consente, infatti, la coesistenza armoniosa dei diversi segmenti che compongono la società, tutelando l'identità delle comunità tradizionalmente marginalizzate, quali sono spesso le minoranze. Si vedrà dunque se e in che misura i meccanismi di controllo regionali siano riusciti a superare la polarizzazione tra diverse appartenenze culturali, evitando il rischio di dar vita non a una reale integrazione ma ad un pluralismo antagonistico<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> C. Herrera Castillo, H. Bocanegra Acosta, 'Ciudadanías multiculturales y pluralismo cultural: perspectivas jurídicas y sociales sobre el concepto de ciudadanía', in *Revista Republicana*, Vol. 20, 2016; I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012; P. Talavera Fernández, 'Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos', in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 5(28), 2011, pp. 7-38.

<sup>441</sup> M. Ricca, 'Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale', in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. 2, 2010, p. 544.

Da un punto di vista testuale, sia la Convenzione europea dei diritti umani<sup>442</sup> che la Convenzione americana sui diritti umani<sup>443</sup> abbracciano l'approccio universalista della tutela dei diritti umani – che, come abbiamo visto nel primo capitolo, rompe con il paradigma precedente<sup>444</sup> – e, pertanto, non contengono disposizioni specifiche circa la protezione dell'identità delle minoranze<sup>445</sup>. Le relative Corti si sono confrontate, pertanto, con due strumenti in apparenza mal equipaggiati ad affrontare tale sfida. Cionondimeno, entrambe sono riuscite a garantire una protezione significativa per i gruppi minoritari della regione, rivisitando e interpretando in maniera evolutiva l'ambito di applicazione delle disposizioni delle Convenzioni di riferimento. Nelle prossime pagine, attraverso la ricostruzione della giurisprudenza dei due organi giurisdizionali, verrà analizzata l'effettiva capacità di protezione dell'identità – prevalentemente ma non solo – culturale delle minoranze nei due sistemi regionali.

Al di là della premessa comune costituita dalla mancanza di disposizioni *ad hoc*, è *in primis* il diverso orizzonte socioculturale in cui le due Corti operano che ha condizionato e continua a condizionare il contenuto delle richieste di riconoscimento e di tutela delle identità minoritarie promosse davanti ai due organi. Se la Corte europea, infatti, si è dovuta confrontare, in una prima fase, con le rivendicazioni identitarie delle tradizionali minoranze nazionali ed etniche europee e poi con le tensioni derivanti da un aumento della diversità religiosa, la Corte interamericana ha dovuto affrontare le richieste di protezione delle specificità culturali dei popoli indigeni. Come emergerà chiaramente nel corso dell'analisi, la diversità dei soggetti che reclamano la tutela delle proprie caratteristiche identitarie ha avuto come risultato l'elaborazione, ad opera delle due Corti, di differenti approcci finalizzati alla salvaguardia dell'identità.

Al fine di individuarne le caratteristiche distintive, la seconda sezione sarà dedicata alla corposa giurisprudenza elaborata in materia dalla Corte europea dei diritti umani che può essere distinta in due filoni: il primo riguarda la tutela delle minoranze come gruppo attraverso la protezione di enti rappresentativi delle stesse; il secondo, invece, la tutela

---

<sup>442</sup> Consiglio d'Europa, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 novembre 1950, ETS 5.

<sup>443</sup> Organizzazione degli Stati Americani (OAS), *American Convention on Human Rights, 'Pact of San Jose'*, Costa Rica, 22 novembre 1969.

<sup>444</sup> Cfr Capitolo I, Sezione I, par. 3.

<sup>445</sup> P. Macklem, 'Minority rights in international law', in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6(3-4), 2008, pp. 531-552.



dei singoli appartenenti a gruppi minoritari. Per quanto riguarda il primo profilo, si approfondirà il tema della rivendicazione dell'identità delle minoranze nella sfera pubblica come preconditione per la realizzazione di società democratiche aperte e inclusive attraverso partiti politici, associazioni culturali e comunità religiose autonome. Si vedrà come la libertà di associazione e la valorizzazione del pluralismo divengano strumenti per la promozione dell'identità di diversi gruppi minoritari (par. 6). Per quanto riguarda, invece, la protezione dei singoli membri, verranno indagati tre aspetti. Il primo è l'ampiezza della tutela dell'identità religiosa nella controversa giurisprudenza inerente al divieto, previsto dagli ordinamenti di alcuni Stati, di indossare simboli religiosi, in particolare il velo islamico (par. 7). In secondo luogo, verrà analizzato se e in quali modalità la Corte di Strasburgo tutela le pratiche e l'identità culturale degli individui appartenenti a gruppi minoritari per mezzo del diritto al rispetto della vita privata e familiare (par. 8). In questo caso saranno due le dimensioni che verranno in rilievo: la protezione dello stile di vita tradizionale e il diritto all'autodefinizione etnica degli appartenenti a gruppi minoritari. Infine, l'ultimo aspetto oggetto di indagine sarà il grado di tutela offerto dalla giurisprudenza della Corte all'identità razziale ed etnica attraverso il divieto di discriminazione (par. 9).

La terza sezione sarà invece dedicata all'analisi delle modalità attraverso le quali la Corte interamericana dei diritti umani è riuscita a garantire la protezione dell'identità dei popoli indigeni, sottolineando, di volta in volta, la diversità di approcci rispetto alla Corte europea. Pertanto, prima di tutto, verrà evidenziato il passaggio con cui nel sistema interamericano la tutela dell'identità ha assunto una dimensione collettiva con il riconoscimento dei popoli indigeni quali titolari di alcuni dei diritti della Convenzione (par. 11). Se, come vedremo, l'elemento primario dell'identità culturale indigena è rappresentato dalla relazione, quasi spirituale, con le terre ancestrali, l'analisi successiva sarà volta a indagare come la tutela delle specificità di tali popoli venga garantita, in prima battuta, attraverso il ricorso al diritto di proprietà, valorizzato nella sua dimensione culturale, da cui vengono derivati obblighi stringenti per gli Stati (par. 12). In secondo luogo, ci si interrogherà sull'uso, ad opera della Corte, del diritto all'identità culturale come strumento per interpretare gli obblighi degli Stati nei confronti dei popoli indigeni, in relazione soprattutto al diritto alla vita, alla partecipazione politica e al trattamento umano (par. 13). Infine, verrà richiamato uno sviluppo recente e che quindi non può

considerarsi ancora espressione di una giurisprudenza consolidata, che prevede la diretta giustiziabilità del diritto all'identità culturale in quanto diritto implicitamente rientrante tra i diritti economici, sociali e culturali protetti dall'art. 26 della Convenzione americana (par. 14).

## **5. I principali strumenti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa a tutela delle minoranze nazionali**

Come visto nel primo capitolo, se in una prima fase del diritto internazionale la questione della tutela dell'identità si era posta soprattutto in relazione alla salvaguardia delle minoranze, nell'immediato dopoguerra l'introduzione di un regime speciale che ne garantisse la protezione cessava di essere una priorità nell'agenda degli Stati e veniva reputata persino non necessaria. Si riteneva, infatti, che la protezione dell'eguaglianza e il divieto di discriminazione offerti dall'emergente regime universale di tutela dei diritti umani sarebbero stati sufficienti per la salvaguardia sia dei singoli individui membri di gruppi minoritari che di queste collettività in quanto tali<sup>446</sup>.

Non sorprende dunque che la Convenzione europea per i diritti dell'uomo, adottata nel 1950, in linea con gli standard dell'epoca non contempra diritti delle minoranze in quanto gruppi. Inoltre, si tratta di un accordo dedicato prevalentemente alla salvaguardia dei diritti civili e politici, mentre sono soprattutto i diritti culturali – in relazione ai quali mancano nella Convenzione disposizioni specifiche – quelli che più facilmente consentono una tutela diretta delle caratteristiche peculiari dei gruppi minoritari e dei loro membri. Come verrà evidenziato a breve, la protezione dell'identità delle minoranze è stata dunque possibile soltanto attraverso un'interpretazione estensiva della Convenzione ad opera della Corte. Infatti, l'unico riferimento esplicito alle minoranze è contenuto nell'art. 14 della Convenzione<sup>447</sup> che, in combinazione con altre disposizioni

---

<sup>446</sup> H. Hannum, 'The Concept and Definition of Minorities', in M. Weller (a cura di), *Universal Minority Rights: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford University Press, Oxford, 2007; A. Eide, 'Good Governance, Human Rights, and the Rights of Minorities and Indigenous Peoples', in H. Otto and G. Alfredsson, R. Clapp (a cura di), *Human Rights and Good Governance – Building Bridges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York, 2002, p. 47; F. Horn, 'Recent Attempts to Elaborate Standards on Minority Rights', in O. Bring and S. Mahmoudi (a cura di), *Current International Law Issues – Nordic Perspectives: Essays in Honour of Jerzy Sztucki*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

<sup>447</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di

dell'accordo<sup>448</sup>, vieta pratiche discriminatorie sulla base dell'appartenenza a una minoranza nazionale, termine che, come sarà osservato più avanti, la Corte si è astenuta sempre dal definire<sup>449</sup>.

La mancanza di disposizioni dedicate alla protezione delle minoranze e della loro identità come gruppi è stata definita una «glaring omission»<sup>450</sup> ed è vero che nei fatti avrebbe potuto rendere la Corte inadatta all'effettiva protezione dell'identità degli individui facenti parte di gruppi minoritari. In effetti, nei primi casi portati all'attenzione dell'allora Commissione, fino alla fine degli anni '80, le istanze avanzate da appartenenti alle minoranze hanno faticato a trovare accoglimento e sono state etichettate dalla dottrina come dei ripetuti fallimenti<sup>451</sup>. Similmente, nel 1993, la proposta presentata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa circa l'elaborazione di un Protocollo alla Convenzione che si occupasse dei diritti delle minoranze è stata rifiutata dagli Stati parti<sup>452</sup>.

È stato solo nella seconda metà degli anni '90, con l'adesione al Consiglio d'Europa di numerosi Stati dell'Europa orientale, caratterizzati al proprio interno da composizioni etniche non omogenee, che si è assistito a una rinnovata attenzione al problema delle minoranze e della tutela dei diritti dei loro membri all'interno dell'organizzazione<sup>453</sup>.

---

colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

<sup>448</sup> A tal proposito, si ricorda che nel 2000 è stato adottato il Protocollo n. 12 alla Convenzione che prevede un divieto generale di non discriminazione. Tuttavia, è stato ratificato da soli 20 Stati.

CoE, il Protocollo n. 12 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, serie dei trattati n. 177, 4 novembre 2000).

<sup>449</sup> A. D. Güler, 'The Protection of Minorities in the Council of Europe: Possibilities to Use the European Convention on Human Rights for Minority Issues', in *Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi*, 2017.

<sup>450</sup> S. Stavros, 'Cultural Rights for National Minorities: Covering the Deficit in the Protection Provided by the European Convention on Human Rights', in *IALS Bulletin*, Vol. 25, 1997, pp. 7-13.

<sup>451</sup> C. Tavani, 'The Protection of Cultural Identity of Minorities in International Law: Individual versus Collective Rights', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2010, pp. 55-92, G. Pentassuglia, 'Minority Protection in International Law: From Standard-Setting to Implementation', in *Nordic Journal of International Law*, 1999, pp. 131-160; A. M. de Zayas, 'The International Judicial Protection of Peoples and Minorities', in C. Brölmann, R. Lefeber, and M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

<sup>452</sup> Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1201(1993). Una proposta simile, nuovamente archiviata, è stata avanzata anche nel 2012 (Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *An Additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities*, Doc. 12879, 23 febbraio 2012).

<sup>453</sup> P. Thornberry, 'Treatment of Minority and Indigenous Issues in the European Convention on Human Rights', in G. Alfredsson and M. Stavropoulou (a cura di), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes - Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002; R. Hofmann, 'The Future of Minority Issues in the Council of Europe and the Organization for Security and Cooperation

Infatti, proprio in quegli anni, anche in ragione della riemersione di conflitti etnici interni agli Stati europei, sono stati adottati due accordi a livello regionale: la Carta europea per le lingue regionali e minoritarie e la Convenzione quadro per protezione delle minoranze nazionali. Nonostante siano trattati dal contenuto piuttosto vago e non definiscano con precisione il contenuto degli obblighi di protezione a carico degli Stati contraenti, la loro rilevanza risiede nel fatto che la Corte europea li ha richiamati spesso nella propria giurisprudenza come standard di riferimento in tema di protezione dell'identità dei singoli membri delle minoranze.

Il primo accordo è stato adottato nel 1992 allo scopo di tutelare la diversità linguistica che storicamente ha caratterizzato i Paesi europei e l'uso delle diverse lingue nella vita pubblica e privata<sup>454</sup>. Il Preambolo, in maniera enfatica, afferma l'esistenza di un diritto inalienabile dei singoli all'uso di una lingua minoritaria, mentre le disposizioni che compongono il testo della Carta impongono agli Stati un generico obbligo di adottare misure a sostegno di tali idiomi, chiedendo alle Parti di inviare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa dei rapporti periodici che documentino lo stato di attuazione dell'accordo<sup>455</sup>.

Nel 1995, invece, è stata adottata la Convenzione quadro per protezione delle minoranze nazionali<sup>456</sup>. Tale strumento affonda le proprie radici nella consapevolezza – richiamata nel Preambolo, soventemente evocato anche dalla Corte europea nelle sue sentenze – che «gli sconvolgimenti della storia europea hanno dimostrato che la protezione delle minoranze nazionali è essenziale per la stabilità, la sicurezza democratica e la pace» e che la tolleranza e il dialogo sono necessari per consentire alla «diversità culturale» di essere una fonte di «arricchimento» anziché di «divisione». Anche in questo caso, si tratta per lo più di norme dal contenuto piuttosto vago. Pertanto, non sorgono a carico degli Stati che hanno ratificato il trattato dei precisi obblighi positivi per proteggere

---

in Europe', in M. Weller, D. Blacklock and K. Nobbs (a cura di), *The Protection of Minorities in the Wider Europe* Palgrave MacMillan, New York, 2008.

<sup>454</sup> CoE, *European Charter for Regional or Minority Languages*, 4 novembre 1992, ETS 148.

<sup>455</sup> R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani, Teoria e Prassi*, Giappichelli Editore, 2020, p. 166.

<sup>456</sup> CoE, *Framework Convention for the Protection of National Minorities*, 1 febbraio 1995. Si veda H. Klebes, 'The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities', in *Human Rights Law Journal*, Vo. 16, 1995, p. 92.

i singoli membri delle minoranze<sup>457</sup>. Ciò è imputabile al disaccordo tra le Parti su varie questioni, a partire dalla definizione stessa di minoranza. A questo proposito, è interessante notare come nella Relazione esplicativa alla Convenzione quadro si ammetta la scelta consapevole a favore di un approccio pragmatico che, in assenza della possibilità di raccogliere il sostegno generale di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa sul punto, rinuncia a fornire una definizione di minoranza nazionale<sup>458</sup>. Tuttavia, da diverse disposizioni si ricava che a rilevare sia non soltanto il vincolo di nazionalità ma che a definire l'identità delle minoranze nazionali concorrano vari elementi, tra cui l'etnia, la cultura e il patrimonio culturale, la religione e la lingua che gli Stati parti si impegnano a preservare<sup>459</sup>.

Tale approccio pragmatico lo si ritrova, come emergerà nei paragrafi successivi, anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che, pur utilizzando espressamente nelle sue pronunce il termine minoranza e pur avendo, in più occasioni, sostenuto che la protezione delle stesse sia essenziale per la garanzia della pace e della democrazia nel continente europeo<sup>460</sup>, si è sempre astenuta dal fornirne una definizione. Una notazione preliminare che appare opportuno effettuare – poiché è una caratteristica trasversale alla quasi totalità delle controversie che verranno esaminate – è infatti che la Corte non ha preso posizione sulle rivendicazioni che provengono dai gruppi minoritari circa il proprio status<sup>461</sup>. L'organo, infatti, ha sempre evitato di definire se le comunità

---

<sup>457</sup> C. Focarelli, *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 239; J. Künzli, W. Kalin, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 376.

<sup>458</sup> CoE, *Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, ETS N. 157, 1 febbraio 1995, par 12.

<sup>459</sup> CoE, Convenzione quadro, cit., art. 5: «Le Parti si impegnano a promuovere le condizioni adatte a permettere alle persone appartenenti a minoranze nazionali di conservare e sviluppare la loro cultura, nonché di preservare gli elementi essenziali della loro identità, cioè la loro religione, la loro lingua, le loro tradizioni ed il loro patrimonio culturale. 2. Senza pregiudizio delle misure prese nel quadro della loro politica generale d'integrazione, le Parti si astengono da ogni politica o pratica tendente ad una assimilazione contro la loro volontà delle persone appartenenti a delle minoranze nazionali e proteggono queste persone contro ogni azione diretta ad una tale assimilazione».

<sup>460</sup> Corte EDU, *Gorzelik et al c. Polonia*, ricorso n. 44158/98, 17 febbraio 2004, par. 97.

<sup>461</sup> G. Gilbert, 'The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, 2002, p. 736; A. Yupsanis, 'Freedom of Association and Minority Diversity in Democratic Society: Aspects of the European Court of Human Rights' Case Law', in *Spanish Journal of International Law*, Vol. 26, 2022, p.113

coinvolte fossero minoranze ai sensi del diritto internazionale, in cui – come si è visto nel primo capitolo – non si è comunque pervenuti ad una sua definizione giuridica precisa<sup>462</sup>.

In assenza di una precisa definizione nella giurisprudenza della Corte e nel testo degli accordi adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa, può essere utile far riferimento alla proposta di un Protocollo addizionale alla Convenzione europea sulle minoranze nazionali avanzata, come detto in precedenza, dall'Assemblea parlamentare nel 1993 e reiterata anche nel 2012, che chiarisce il significato da attribuire alla locuzione nell'ambito regionale europeo. L'art. 1 della proposta specificava, infatti, che, ai sensi della Convenzione europea, si doveva intendere per minoranza nazionale un gruppo di persone che: a) risiedono stabilmente nel territorio dello Stato di cui sono cittadini; b) sono numericamente inferiori – ma comunque rappresentano un segmento significativo – rispetto alla maggioranza della popolazione dello Stato; c) presentano caratteristiche etniche, culturali, religiose e linguistiche distintive; e, infine, d) cercano di preservare ciò che costituisce la loro identità comune, compresa la propria cultura, tradizioni, religione e lingua<sup>463</sup>. Si tratta di una definizione che ricalca quella che ha ottenuto maggior consenso in dottrina, ossia, come visto nel capitolo precedente, quella elaborata dal Relatore Speciale Francesco Capotorti nel suo Studio del 1973 sui diritti delle persone appartenenti a minoranze etniche, religiose e linguistiche<sup>464</sup>. Per poter essere considerati dunque membri di una minoranza meritevole di protezione, oltre al requisito della nazionalità dello Stato parte, è richiesto che il gruppo sia portatore di caratteristiche distintive in termini di etnia, lingua, religione o cultura, caratteristiche che i suoi membri si impegnano a tutelare. Si vedrà che nella sua giurisprudenza i gruppi minoritari protetti

---

<sup>462</sup> W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 582.

<sup>463</sup> Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1201(1993), *An Additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities*, 1993, art. 1.

<sup>464</sup> F. Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, par. 97: «A minority is a group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, and whose members being nationals of the state, possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity direct towards preserving their culture, traditions, religion or language».

Rispetto a tale definizione quella elaborata all'interno del CoE presenta due caratteristiche atipiche: non vi è alcun riferimento al fatto che la minoranza si trovi in una posizione non dominante e si richiedono una permanenza stabile e una presenza numericamente significativa all'interno dello stato. Si veda K. Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection, Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, The Hague Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 26.

*de facto* dalla Corte, indipendentemente o meno dal loro riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, ricadono in questa definizione.

### *5.1 Segue: le disposizioni che garantiscono la tutela delle identità minoritarie e il ruolo delle clausole limitative nella Convenzione europea*

Pur con i limiti sopra accennati, gli sviluppi interni al Consiglio d'Europa, accompagnati dalla dissoluzione del blocco sovietico, hanno reso la Corte europea sensibile alla tutela dell'identità etnica e della diversità culturale degli appartenenti ai gruppi minoritari<sup>465</sup>. Pertanto, a partire dagli anni '90, la Corte ha dato vita ad una giurisprudenza crescente in materia.

Come chiarito nell'introduzione, verrà dapprima analizzata la giurisprudenza attraverso cui la Corte ha protetto l'identità delle minoranze come gruppi per il tramite della tutela riservata ad enti rappresentativi delle stesse. Ciò è stato reso possibile da un'interpretazione estensiva del diritto alla libertà di associazione (art. 11). In secondo luogo, verranno esaminate le controversie in cui sono state realizzate delle forme di tutela dell'identità dei singoli appartenenti a minoranze mediante il diritto alla libertà religiosa (art. 9) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8). Infine, verranno ripercorsi gli avanzamenti registrati in materia di protezione dell'identità etnica e razziale delle minoranze derivanti dall'applicazione del divieto di discriminazione (art. 14)<sup>466</sup>.

La similitudine nella struttura degli artt. 8<sup>467</sup>, 9<sup>468</sup> e 11<sup>469</sup> rende utile ricordare in estrema sintesi, prima ancora di analizzare le specifiche controversie rilevanti ai fini di

---

<sup>465</sup> A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 170 ss.

<sup>466</sup> R. Medda-Windischer, 'Old and New Minorities: Diversity Governance and Social Cohesion from the Perspective of Minority Rights', in *Acta Universitatis Sapientiae: European and Regional Studies*, Vol. 11, 2017, pp. 25-42.

<sup>467</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 8, par. 2: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>468</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 9, par. 2: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

<sup>469</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 11, par. 2: «L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla

questo studio, come la Corte è solita procedere nei casi in cui la Convenzione ammette una possibile interferenza dell'autorità pubblica nel godimento del relativo diritto. In tutti e tre i casi, infatti, l'enunciazione del diritto è accompagnata, nel secondo comma, dalla cd. "clausola di limitazione", la quale statuisce che l'eventuale ingerenza statale viola gli obblighi derivanti dalla Convenzione se non rispetta le condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica<sup>470</sup>.

Prima di tutto, dunque, l'ingerenza deve essere prevista dalla legge, termine che nella Convenzione assume un significato autonomo e sta ad indicare la sussistenza di una base giuridica nel diritto interno dello Stato convenuto<sup>471</sup>. La legislazione nazionale deve essere compatibile con lo stato di diritto, chiara, prevedibile e accessibile<sup>472</sup>.

La Corte poi, com'è ben noto, valuta se l'interferenza sia giustificata dal perseguimento di una finalità legittima. Tali interessi meritevoli di tutela sono elencati, in tutti e tre gli articoli cui si sta facendo riferimento, in un elenco tassativo e possono essere suddivisi in tre categorie a seconda del titolare degli interessi che la misura statale restrittiva si prefigge di proteggere: interessi dello Stato (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, difesa dell'ordine pubblico); del corpo sociale nel suo complesso (prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, benessere economico del Paese); e di privati (diritti e libertà altrui)<sup>473</sup>. Spetta allo Stato convenuto dimostrare che l'ingerenza nel comprimere il godimento del diritto di un ricorrente persegua un fine legittimo<sup>474</sup>.

Una volta verificata la legittimità dello scopo perseguito, la Corte, per accertare la violazione, deve valutare la necessità dell'ingerenza in una società democratica. Questa operazione si prefigura di ricercare il corretto bilanciamento tra gli interessi generali dello Stato e la protezione dei diritti del ricorrente. La restrizione del diritto, dunque, per

---

prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

<sup>470</sup> S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p. 303 ss.; W. Schabas, *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 401 ss.

<sup>471</sup> Si veda, ed esempio: Corte EDU, *Vavrička e altri c. Repubblica ceca*, ricorsi n. 47621/13 e altri 5, 8 aprile 2021, par. 266 ss.

<sup>472</sup> Corte EDU, *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983, Serie A n. 61, par. 87; *Lebois c. Bulgaria*, ricorso n. 67482/14, 19 ottobre 2017, par. 66; *Piechowicz c. Polonia*, ricorso n. 20071/07, 17 aprile 2012, par. 212.

<sup>473</sup> D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 348 ss.

<sup>474</sup> Corte EDU, *Mozzer c. Repubblica di Moldavia e Russia*, ricorso n. 11138/10, 21 ottobre 2016, par. 194.



risultare compatibile con la Convenzione, deve rispondere ad un «bisogno sociale imperativo», essere giustificata sulla base di motivi sufficienti e pertinenti ed essere proporzionale alla finalità che intende realizzare<sup>475</sup>. La Corte riconosce agli Stati un margine di apprezzamento nel determinare l'equilibrio tra gli interessi concorrenti. Infatti, in virtù del principio di sussidiarietà, del continuo contatto con le forze vitali del Paese e della diversità delle tradizioni giuridiche europee, sono le autorità statali quelle che si trovano nella posizione più adeguata a compiere un'operazione di questo tipo. La valutazione delle autorità nazionali rimane poi ovviamente soggetta al controllo della Corte, cui spetta la valutazione finale circa la necessità dell'interferenza nel caso concreto<sup>476</sup>.

L'ampiezza del margine di apprezzamento accordato agli Stati varia a seconda di vari fattori, tra cui la natura del diritto e la sua rilevanza per l'individuo<sup>477</sup>. Ad esempio, come si vedrà, quando ad essere in gioco è un aspetto cruciale dell'identità di un individuo, la Corte tende a ridurlo sensibilmente. Un altro aspetto che incide sull'ampiezza del margine di apprezzamento e che, come vedremo, sarà utilizzato in maniera a volte contraddittoria dalla Corte, è l'esistenza o meno di un *consensus* europeo. Se nella regolamentazione della materia oggetto della controversia vi è infatti uniformità tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa, il margine di discrezionalità statale si riduce e «rende incompatibile con la Convenzione l'adozione di soluzioni divergenti»<sup>478</sup>. In assenza di *consensus* – valutato sulla base di un'indagine comparativa degli ordinamenti nazionali – e, soprattutto, laddove la questione in gioco abbia importanti risvolti etici e morali, lo Stato avrà, invece, maggiore discrezionalità nel determinare l'importanza degli interessi in gioco e il modo migliore per proteggerli<sup>479</sup>.

---

<sup>475</sup> Si veda E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000, p. 56.

<sup>476</sup> Corte EDU, *Szuluk c. Regno Unito*, ricorso n. 36936/05, 2009, par. 45: «The final evaluation as to whether the reasons cited for the interference are relevant and sufficient remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention».

<sup>477</sup> La Corte riassume la sua giurisprudenza pertinente in: Corte EDU, *M. A. c. Danimarca*, ricorso n. 6697/18, 9 luglio 2021, par. 140-163; *Klaus Müller c. Germania*, ricorso n. 24173/18, 19 novembre 2020, par. 66.

<sup>478</sup> S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit. p. 311. La Corte sintetizza la propria giurisprudenza su questo profilo in Corte EDU, *Vavrička e altri c. Repubblica ceca*, cit., par. 273-275.

<sup>479</sup> Si veda ad esempio: Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, 24 gennaio 2017, par. 184.

## 6. La libertà d'associazione come strumento di tutela dell'identità di gruppi minoritari

I primi casi ricevuti dalla Corte europea dei diritti umani, a partire dalla fine degli anni '90, hanno riguardato la manifestazione e la rivendicazione dell'identità dei gruppi minoritari nella sfera pubblica e, non a caso, provenivano da Turchia, Grecia e, soprattutto, da Stati dell'ex blocco sovietico appena entrati nel Consiglio d'Europa<sup>480</sup>. Il *fil rouge* di tali controversie è la dissoluzione di partiti politici espressione delle minoranze o il rifiuto da parte delle autorità statali di registrare associazioni culturali, chiese o comunità religiose minoritarie che, a vario titolo, le rappresentavano.

La giurisprudenza della Corte in materia di tutela dei gruppi minoritari e libertà di associazione è molto vasta e una sua ricostruzione completa esula dalle possibilità di questa ricerca<sup>481</sup>. Quel che è significativo rilevare sin d'ora è che, in ragione degli sviluppi storici del continente europeo ma anche di quelli che sono ritenuti essere i valori fondanti la Convenzione, le prime forme di tutela dell'identità gruppi minoritari hanno assunto una dimensione collettiva. L'identità delle minoranze è infatti stata salvaguardata – salvo rarissime eccezioni in cui i ricorsi sono stati avanzati da singoli ricorrenti – attraverso la tutela della libertà associativa di enti e formazioni sociali rappresentative del gruppo, particolarmente adatte a tale scopo.

Infatti, la Corte ha analizzato i ricorsi ricevuti alla luce dell'art. 11 della Convenzione, concernente la libertà di associazione<sup>482</sup> che viene tradizionalmente considerata uno degli elementi di base di una società democratica<sup>483</sup>. Come vedremo, tale diritto riveste un'importanza particolare per le minoranze poiché, come messo in luce dalla Grande

---

<sup>480</sup> G. Pentassuglia, 'Minority Issues as a Challenge in the European Court of Human Rights: A Comparison with the Case Law of the United Nations Human Rights Committee', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 43, 2003, pp. 401-451; C. F. Furtado, 'Guess Who's Coming to Dinner? Protection of National Minorities in Eastern and Central Europe under the Council of Europe', in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 34, 2002, pp. 333-411.

<sup>481</sup> Si veda, a proposito: A. D. Güler, 'The Protection of Minorities in the Council of Europe: Possibilities to Use the European Convention on Human Rights for Minority Issues', in *Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi*, 2017, pp. 2451-2506.

<sup>482</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 11, par. 1: «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi».

<sup>483</sup> D. Golubovic, 'Freedom of Association in the Case Law of the European Court of Human Rights', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, 2013, pp. 758-771; S. Sottiaux, S. Rummens, 'Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association', in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10.1, 2012, pp. 106-126.

Camera, la formazione di associazioni, che diano voce e promuovano l'identità di tali gruppi, è strumentale alla loro preservazione<sup>484</sup>.

La Corte, pertanto, secondo lo schema precedentemente richiamato, ha dovuto valutare se le interferenze statali nel godimento di tale diritto perseguissero uno dei fini legittimi previsti dal secondo comma dell'art. 11<sup>485</sup> e se fossero necessarie in una società democratica. Come si evidenzierà nel corso dell'analisi, nella maggior parte delle controversie, la Corte ha rigettato le argomentazioni avanzate dagli Stati come giustificazione per la restrizione dei diritti associativi di gruppi minoritari<sup>486</sup>. La giurisprudenza della Corte, infatti, è stata coerente nel ritenere che la dissoluzione dei partiti o delle associazioni rappresentative delle minoranze non si giustificasse alla luce di bisogni sociali imperativi – che sono gli unici che legittimano restrizioni in una società democratica – anche perché nei casi sottoposti a scrutinio le attività di partiti politici, comunità religiose e associazioni espressione delle minoranze erano state condotte con mezzi non violenti e non potevano considerarsi in opposizione ai principi democratici<sup>487</sup>.

Pertanto, sancendo nella quasi totalità dei casi una lesione del diritto alla libertà di associazione, la Corte ha fatto dell'art. 11 della Convenzione un pilastro per la protezione dell'identità delle minoranze e, in una certa misura come vedremo, anche della protezione della diversità culturale. Il principio guida che ha orientato la Corte di Strasburgo è stato infatti la valorizzazione e il rispetto del pluralismo che è stato identificato quale valore fondante la Convenzione, costruita sul riconoscimento e la tutela per le differenti identità culturali, religiose ed etniche delle minoranze<sup>488</sup>.

Nelle prossime pagine, in maniera estremamente sintetica, analizzeremo questa ricca e coerente giurisprudenza prodotta dalla Corte che ha promosso la realizzazione di società aperte e inclusive, in cui le identità delle minoranze devono ottenere forme di

---

<sup>484</sup> Corte EDU, *Gorzelik and et al c. Polonia*, ricorso n. 44158/98, 17 febbraio 2004, par. 93.

<sup>485</sup> Si ricorda che si tratta della sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale e, infine, la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>486</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, ricorso n. 133/1996/752/951, 30 gennaio 1998; *Partito socialista ed altri c. Turchia*, ricorso n. 20/1997/804/1007, 25 maggio 1998; *Sidiropoulos e altri c. Grecia*, ricorso n. 57/1997/841/1047, 10 luglio 1998; *Organizzazione macedone Ilinden c. Bulgaria*, ricorsi n. 29221/95 e 29225/95, 2 Ottobre 2001; *Gorzelik e altri c. Polonia*, cit.

<sup>487</sup> J. Marko, 'Effective Participation of National Minorities in Public Affairs in Light of National Case Law', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 16, 2009, pp. 621-42.

<sup>488</sup> Corte EDU, *Gorzelik c. Polonia*, cit., par. 92.

riconoscimento e protezione nella sfera pubblica<sup>489</sup>. Per ragioni organizzative, analizzeremo prima le controversie riguardanti i partiti politici, poi quelle sulla mancata registrazione di associazioni espressione dell'identità culturale delle minoranze e, infine, quelle concernenti le comunità religiose minoritarie.

### *6.1 La tutela dell'identità di minoranze rappresentate da partiti politici*

I primi ricorsi aventi ad oggetto la tutela dell'identità delle minoranze nella sfera pubblica attraverso l'esercizio del diritto alla libertà associativa sono provenute dalla Turchia e riguardavano il tentativo delle autorità statali di sciogliere i partiti politici espressione delle minoranze<sup>490</sup>.

Particolarmente rilevante è stata la sentenza resa in *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*<sup>491</sup>. Nel caso di specie, il partito comunista era stato sciolto, subito dopo la sua costituzione e ancor prima che entrasse in attività, esclusivamente sulla base del programma presentato e in ragione del fatto che, tra le finalità dichiarate, figurava la promozione dell'esistenza, dell'identità, della lingua e della cultura del popolo curdo<sup>492</sup>. Pertanto, il convenuto giustificava la sua dissoluzione sulla base del fatto che il partito avrebbe messo a rischio la sicurezza nazionale, minando l'integrità nazionale e territoriale e creando violenza e ostilità tra diversi settori della società<sup>493</sup>. Del resto, saranno queste le principali argomentazioni avanzate anche dagli altri Stati convenuti in controversie simili.

La Corte, dopo aver precisato che i partiti politici rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 11 poiché rappresentano una forma di associazione essenziale per il corretto funzionamento della democrazia, ha sottolineato l'esistenza di un nesso con la tutela della

---

<sup>489</sup> G. Pentassuglia, 'The Strasbourg Court and Minority Groups: Shooting in the Dark or a New Interpretive Ethos?', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 199, 2012, pp. 1-23.

<sup>490</sup> D. Kurban, 'Protecting Marginalised Individuals and Minorities in the ECHR: Litigation and Jurisprudence in Turkey', in D. Anagnostou and E. Psychogiopoulou (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010; L. Cariolou, 'Recent Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Protection of Minorities', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2008, pp. 512-544.

<sup>491</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, ricorso n. 133/1996/752/951, 30 gennaio 1998.

<sup>492</sup> Ivi, par. 9.

<sup>493</sup> Ivi, par. 39.

libertà d'espressione – disciplinata dall'art. 10<sup>494</sup> –. Quest'ultima, infatti, costituisce uno dei fini che la libertà di associazione si prefigura di promuovere<sup>495</sup>. Inoltre, il pluralismo e la tolleranza necessari in una società democratica, unico modello politico ritenuto compatibile con la Convenzione<sup>496</sup>, richiedono che la libertà d'espressione ricomprenda non solo le idee ricevute con favore o considerate innocue ma anche quelle che offendono, creano shock o disturbo nello Stato o in qualsiasi settore della società<sup>497</sup>. Proprio perché i partiti politici contribuiscono enormemente al dibattito pubblico, che costituisce il cuore del sistema democratico, le eccezioni contenute nel secondo comma dell'art. 11 devono essere interpretate molto restrittivamente. Le ragioni avanzate dagli Stati per giustificare l'interferenza devono essere «convincing and compelling»<sup>498</sup> e ai convenuti deve essere garantito un ristretto margine di apprezzamento quando ad essere coinvolti sono i partiti politici<sup>499</sup>.

È partendo da queste premesse che la Corte ha sostenuto una posizione che è stata ribadita in tutti i casi di dissoluzione di partiti politici, non soltanto quella espressione dei curdi in Turchia<sup>500</sup> ma, più in generale, di tutti quelli rappresentativi di minoranze e che promuovono la tutela delle rispettive identità<sup>501</sup>. L'organo giurisdizionale ha ritenuto infatti che sia ingiustificato per lo Stato ostacolare un partito politico soltanto perché questo cerca di dibattere in pubblico la situazione di una porzione minoritaria della popolazione, di prendere parte alla vita politica e di trovare, in accordo con le regole

---

<sup>494</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 10, par. 1: «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

<sup>495</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit., par. 42. Vedi anche: Corte EDU, *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna*, ricorso n. 2580/04 e 25817/04, 30 giugno 2009. Tale posizione viene sostenuta per la prima volta in *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorso n. 7601/76; 7806/77, 13 agosto 1981, par. 57.

<sup>496</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit., par. 43; *Chiesa di Scientology di Mosca c. Russia*, ricorso n. 18147/02, 5 aprile 2007, par. 74.

<sup>497</sup> Per la prima volta Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 7 dicembre 1976; *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit. par. 43.

<sup>498</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit., par. 46.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

<sup>500</sup> Corte EDU, *Partito socialista e altri c. Turchia*, cit., par. 45; *Partito Democrazia e Libertà (ÖZDEP) c. Turchia*, ricorso n. 23885/94, 8 dicembre 1999, par. 44; *Yazar e altri c. Turchia*, ricorsi n. 22723/93, 22724/93 e 22725/93, 9 aprile 2002, par. 48; *Hadep e Demir c. Turchia*, ricorso n. 28003/03, 14 dicembre 2010, par. 60.

<sup>501</sup> Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, cit., par. 88.

democratiche, soluzioni capaci di soddisfare tutte le parti interessate<sup>502</sup>. Nel caso di specie, una misura così drastica come lo scioglimento immediato e permanente di un partito – esclusivamente sulla base del suo programma e prima ancora che abbia iniziato le sue attività ed essendo quindi impossibile accertare le sue presunte intenzioni non pacifiche – è stata giudicata dalla Corte sproporzionata rispetto all’obiettivo perseguito e quindi non necessaria in una società democratica<sup>503</sup>.

La stessa posizione è stata ribadita in casi successivi in cui la Corte non ha ravvisato, a differenza di quanto sostenuto dalla Turchia, forme di incitamento alla violenza e tentativi di aggirare le regole democratiche da parte di partiti politici dall’agenda pro-curdi<sup>504</sup>. Un’ulteriore precisazione ad opera della Corte – di importanza centrale per la potenziale tutela dell’identità delle minoranze – è che l’essenza della democrazia consiste nel tutelare e far operare anche quei partiti i cui programmi politici mettono in discussione l’organizzazione politica di uno Stato, purché non danneggino la democrazia stessa<sup>505</sup>. Pertanto, anche nel caso *Partito socialista ed altri c. Turchia*, lo scioglimento del partito socialista, il cui obiettivo era la costituzione di un sistema federale in cui turchi e curdi avrebbero dovuto trovare un’eguale rappresentanza, è stato considerato una violazione dell’art. 11 della Convenzione. Ai partiti è richiesto esclusivamente il soddisfacimento di due condizioni principali, ossia che i mezzi usati siano legali e democratici e che i cambiamenti strutturali proposti siano compatibili con i principi democratici<sup>506</sup>. Per valutarlo, la Corte ha analizzato i contenuti dei programmi, le dichiarazioni dei leader e le azioni dei partiti politici espressione delle minoranze<sup>507</sup>.

Questa giurisprudenza mostra come per la Corte non possa esserci democrazia senza pluralismo<sup>508</sup> e che quest’ultimo non possa prescindere dalla partecipazione delle minoranze etniche nella vita pubblica e nei processi politico-sociali<sup>509</sup>. In particolar

---

<sup>502</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit., par. 57.

<sup>503</sup> Ivi, par. 58.

<sup>504</sup> Corte EDU, *Partito socialista e altri c. Turchia*, cit., par. 46.

<sup>505</sup> Ivi, par. 47.

<sup>506</sup> Corte EDU, *Yazar e altri c. Turchia*, cit., par. 49.

<sup>507</sup> L. Peroni, ‘Minorities before the European Court of Human Rights: Democratic Pluralism Unfolded’, in J. Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 33.

<sup>508</sup> Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, cit., par. 43; *Partito Socialista e altri c. Turchia*, cit., par. 41; *Partito Democrazia e Libertà (ÖZDEP) c. Turchia*, cit., par. 37; *Yazar e altri c. Turchia*, cit., par. 46; *Hadep e Demir c. Turchia*, cit., par. 57.

<sup>509</sup> G. van der Schyff, ‘The concept of democracy as an element of the European Convention’, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 28, 2005; S. Marks, ‘The European

modo, sono stati fissati i parametri sulla base dei quali gli Stati possono invocare la sicurezza nazionale come fine per limitare le rivendicazioni, anche politiche, delle minoranze. Laddove non c'è incitamento alla violenza o rifiuto dei principi democratici, l'espressione pacifica delle pretese di una minoranza che cerca di tutelare la propria identità non può essere impedita<sup>510</sup>. Un ampio spettro di progetti politici delle minoranze, dall'organizzazione di un sistema federale, al riconoscimento costituzionale, dalla secessione alla rivendicazione di peculiarità linguistiche, sono state dunque considerate compatibili con i principi democratici che, se non impongono agli Stati l'adozione delle rivendicazioni delle minoranze, richiedono almeno che queste possano essere espresse e non siano illegittimamente impediti. A meno che gli Stati non provino che i partiti espressione delle minoranze abbiano come obiettivo quello di minare il sistema democratico<sup>511</sup>, la Corte ha sempre dato priorità alla manifestazione dell'identità delle minoranze nella sfera pubblica che avviene per il tramite della garanzia della libertà di espressione e associazione assicurata ai rispettivi partiti politici<sup>512</sup>.

## *6.2 La tutela dell'identità culturale delle minoranze rappresentate da enti diversi dai partiti*

La seconda categoria di controversie analizzate è quella in cui la tutela dell'identità culturale delle minoranze è avvenuta attraverso la tutela della libertà di associazione di enti diversi dai partiti. Il caso più significativo è stato *Sidiropoulos e altri c. Grecia*<sup>513</sup>, le cui conclusioni sono state reiterate nel più recente *Casa della Civilizzazione macedone c. Grecia*<sup>514</sup> del 2015. Gli obiettivi fissati nello statuto dell'associazione ricorrente erano il

---

Convention on Human Rights and Its "Democratic Society", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 66, 1996, p. 210.

<sup>510</sup> S. Berry, 'Democracy and the Preservation of Minority Identity: Fragmentation within the European Human Rights Framework', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 24, 2017, pp. 205-228, M. Iovane, 'The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 14, 2007, pp. 231-262.

<sup>511</sup> Corte EDU, *Etxebarria e altri c. Spagna*, ricorsi n. 35579/03, 35613/03, 35634/03, 30 giugno 2009; *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna*, cit.

<sup>512</sup> S. Berry, 'Democracy and the Preservation of Minority Identity', cit., p. 213.

<sup>513</sup> Corte EDU, *Sidiropoulos e altri c. Grecia*, ricorso n. 26695/95, 10 luglio 1998.

<sup>514</sup> Corte EDU, *Casa della Civilizzazione macedone c. Grecia*, ricorso n. 1295/10, 9 luglio 2015. In questo caso, il ricorso è stato promosso dalla medesima associazione della controversia precedente e dai suoi rappresentanti, a fronte di un nuovo rifiuto opposto dalle autorità greche alla sua registrazione. La composizione del comitato direttivo dell'associazione è parzialmente cambiata tra un caso e l'altro. Ciò

perseguimento dello sviluppo culturale e artistico dei suoi membri, che rivendicavano un'identità etnica e una "coscienza" macedone, e la tutela delle tradizioni, del folklore e del patrimonio culturale della regione in cui abitavano, Florina<sup>515</sup>.

Nei vari gradi di giudizio, le corti nazionali avevano fondato il rifiuto di registrazione sul fatto che, a loro parere, l'associazione si prefiggeva quale reale finalità la promozione dell'esistenza di una minoranza di etnia macedone, e dunque slava, in Grecia. Tuttavia, tale presenza era giudicata etnologicamente e storicamente infondata e si riteneva che avrebbe potuto minare l'integrità territoriale dello Stato. Gli intenti dell'associazione erano dunque da considerare contrari alla legge<sup>516</sup>, in quanto avrebbero contribuito a sostenere aspirazioni irredentiste nella regione della Macedonia, di cui implicitamente si metteva in discussione l'identità propriamente greca<sup>517</sup>.

La Corte EDU non si è limitata ad asserire che gli abitanti della regione avessero il diritto di formare associazioni per promuovere e tutelare le proprie peculiarità culturali e tradizioni e che, pertanto, i fini perseguiti nel caso di specie fossero perfettamente legittimi<sup>518</sup>. L'organo ha sostenuto anche un'interpretazione della Convenzione come strumento vivente<sup>519</sup>, che non può che essere influenzata dagli sviluppi e dagli standard comunemente accettati dai Paesi membri del Consiglio d'Europa che ne adattano il significato ai cambiamenti sociali, etici, scientifici e giuridici. Da questo punto di vista, la Corte non ha potuto ignorare i mutamenti avvenuti nel post-guerra fredda che hanno portato all'adozione di testi sulla protezione dei diritti delle minoranze nel quadro del Consiglio d'Europa, che la Corte ha richiamato espressamente insieme ad altri atti di *soft law*<sup>520</sup>. In particolar modo, ha sostenuto che gli sviluppi intercorsi sul piano internazionale consentano ai fondatori di un'associazione che rivendica un'identità minoritaria

---

porta la Corte, *inter alia*, a decidere di valutare la controversia alla luce dell'art. 11 e non anche dell'art. 46 della Convenzione riguardante il rispetto delle sentenze definitive della Corte da parte degli Stati parti.

<sup>515</sup> Ivi, par. 8.

<sup>516</sup> Ivi, par. 11.

<sup>517</sup> Per un caso simile ma più recente si veda Corte EDU, *Club macedone per la Tolleranza etnica ein Buglaria e Radonov c. Bulgaria*, ricorso n. 67197/2013, 28 maggio 2020, par. 24-25.

<sup>518</sup> Corte EDU, *Casa della Civilizzazione macedone c. Grecia*, cit., par. 44.

<sup>519</sup> G. Letsas, 'The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy', in A. Føllesdal, Birgit Peters, Geir Uffstein (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, p. 106 ss.; S. Theil, 'Is the 'living instrument' approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law?', in *European Public Law*, Vol. 23, 2017.

<sup>520</sup> R. Hofmann, 'Implementation of the FCNM: Substantive Challenges', in A. Verstichel (a cura di), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?* Intersentia, 2008, p. 159 ss.



autonoma di formare associazioni per proteggere il proprio patrimonio culturale<sup>521</sup>. Infatti, come ribadito in altri ricorsi, la promozione dell'identità culturale di una minoranza per il tramite di associazioni costituisce un fine che non può essere considerato di per sé illegittimo per il timore che possa mettere a repentaglio l'unità nazionale<sup>522</sup>.

Più in generale, nella sua giurisprudenza sul tema, la Corte ha affermato che l'esistenza in uno Stato di minoranze e di culture differenti è un "fatto storico" che una società democratica deve non solo tollerare ma persino proteggere e supportare<sup>523</sup>. Il fatto che uno Stato non abbia proceduto al riconoscimento ufficiale di un gruppo come una minoranza per la Corte non lo esenta dall'obbligo di garantire l'esercizio effettivo della libertà di associazione agli enti rappresentativi delle stesse. La Corte di Strasburgo lo ha ribadito nel 2020 nel caso *Club macedone per la Tolleranza etnica in Bulgaria e Radonov c. Bulgaria*<sup>524</sup>, in cui le corti bulgare si erano rifiutate di registrare un'associazione a tutela della minoranza etnica macedone poiché, a loro avviso, tale gruppo minoritario non esisteva e minava l'unità della nazione. Per la Corte, una tale motivazione non giustificava il rifiuto di registrazione che configurava una violazione dell'art. 11<sup>525</sup>.

La Corte, dunque, in queste controversie, attraverso la tutela offerta dall'art. 11 alle associazioni rappresentative di gruppi minoritari – che rivendicano attraverso di esse la propria identità etnica, la propria storia e cultura – ha tutelato indirettamente l'identità

---

<sup>521</sup> Corte EDU, *Sidiropoulos e altri c. Grecia*, cit., par. 44: «[e]ven supposing that the founders of an association like the one in the instant case assert a minority consciousness, the Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE (Section IV) of 29 June 1990 and the Charter of Paris for a New Europe of 21 November 1990 — which Greece has signed — allow them to form associations to protect their cultural and spiritual heritage». Tale tesi è ribadita anche in Corte EDU, *Club macedone per la Tolleranza etnica in Bulgaria e Radonov c. Bulgaria* cit., par. 39.

<sup>522</sup> Corte EDU, *Bekir Ousta e altri c. Grecia*, ricorso n. 35151/05, 11 gennaio 2008, par. 45; *Associazione turca di Xanthi e altri c. Grecia*, ricorso n. 26698/05, 27 marzo 2008, par. 51-53.

<sup>523</sup> Corte EDU, *Sidiropoulos e altri c. Grecia*, cit., par. 41; *Associazione turca di Xanthi e altri c. Grecia*, cit., par. 51. Vedi L. M. Danforth, 'The Macedonian Minority in Northern Greece', in J. S. Forward (a cura di), *Endangered Peoples of Europe: Struggles to Survive and Thrive*, Greenwood Press, 2001, p. 85.

<sup>524</sup> Corte EDU, *Club macedone per la Tolleranza etnica in Bulgaria e Radonov c. Bulgaria*, cit., par. 24-25.

<sup>525</sup> La stessa posizione era già stata espressa dalla Corte nella saga riguardante sempre la Bulgaria e un'altra associazione i cui membri rivendicavano una coscienza macedone, minoranza che per il convenuto non esisteva nel proprio Stato. Corte EDU, *Stankov e l'Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, ricorsi n. 29221/95 e 29225/95, 2 ottobre 2001; *Organizzazione macedone unita Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*, ricorso n. 44079/98, 20 ottobre 2005; *Organizzazione macedone unita Ilinden-PIRIN e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 59489/00, 20 ottobre 2005; *Ivanov e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 46336/99, 24 novembre 2005; *Organizzazione macedone unita Ilinden e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 59491/00, 19 gennaio 2006; *Organizzazione macedone unita Ilinden e Ivanov c. Bulgaria (no. 2)*, ricorso n. 37586/04, 18 ottobre 2011; *Organizzazione macedone unita Ilinden e altri c. Bulgaria (no. 3)*, ricorso n. 34960/04, 18 ottobre 2011; *Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, ricorso n. 29496/16, 11 gennaio 2018.

delle minoranze, indipendentemente dal fatto che siano state riconosciute o meno dal rispettivo Stato. In questo modo, ha garantito una protezione *de facto* delle identità minoritarie<sup>526</sup>.

Sempre in virtù del ruolo centrale che le stesse svolgono per la garanzia del sistema democratico e del pluralismo, la Corte ha ritenuto che le associazioni che promuovono l'identità culturale, etnica o religiosa delle minoranze non possano essere considerate di per sé una minaccia all'ordine pubblico, all'integrità e alla sicurezza nazionale<sup>527</sup>. Vi è una solida giurisprudenza che dimostra che ciò vale anche laddove tali associazioni causino tensioni sociali<sup>528</sup>. Contro la classica obiezione statale, secondo cui tali tensioni possono essere distruttive dell'ordine pubblico e della pace sociale, la Corte ha considerato tali sviluppi una conseguenza inevitabile del pluralismo<sup>529</sup>. Ne deriva che compito dello Stato non sia quello di rimuovere le radici di tali tensioni, sciogliendo le associazioni, ma garantire che i gruppi in competizione, di maggioranza e di minoranza, si tollerino tra loro. Soltanto favorendo le condizioni che rendono possibile, in una società democratica<sup>530</sup>, l'espressione delle diverse identità nazionali ed etniche, l'adozione di politiche che garantiscano una reale e piena uguaglianza per l'intera popolazione, nonché le condizioni necessarie per lo sviluppo di tutte le diverse tradizioni culturali è possibile costruire, per la Corte, l'interazione armoniosa dei diversi gruppi, necessaria per il raggiungimento della coesione sociale<sup>531</sup>. Nel caso delle associazioni espressione delle minoranze, la Corte ha precisato che il pluralismo deve costruirsi «on the genuine

---

<sup>526</sup> F. Tulkens, S. Piedimonte, *The Protection of National Minorities in the Case- Law of the European Court of Human Rights*, Committee of Experts on Issues Relating to the Protection of National Minorities (DH-MIN), 7th Meeting, Strasbourg, 12-13 marzo 2008.

<sup>527</sup> Corte EDU, *Gorzelik c. Polonia*, cit., para. 92; *Bekir Ousta e altri c. Grecia*, cit., par. 36; *Associazione turca di Xanthi e altri c. Grecia*, cit., par. 43. V. Aarbakke, 'The Identity Question Regarding the Macedonian Nation and Minorities: The Conflicting Views of its Neighbours and the Implications for North Macedonia's Path Towards the EU', in B. Ferreira Costa (a cura di), *Challenges and Barriers to the European Union Expansion to the Balkan Region*, IGI Global, 2021, p. 209.

<sup>528</sup> Corte EDU, *Bekir Ousta e altri c. Grecia*, cit., par. 44; *Ouranio Toxo c. Grecia*, ricorso n. 74989/01, 20 gennaio 2006, par. 40. Si veda: H. Sawari, J. Aslani and K. Aslani, 'The Protection of National Minorities within the Council of Europe: An Analytical Review', in *International Journal of Humanities*, Vol. 21, 2014, pp. 55-82.

<sup>529</sup> Corte EDU, *Ouranio Toxo c. Grecia*, cit., par. 40.

<sup>530</sup> D. Anagnostou, 'The Strasbourg Court, Democracy and the Protection of Marginalised Individuals and Minorities', in D. Anagnostou and E. Psychogiopoulou (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

<sup>531</sup> Corte EDU, *Gorzelik c. Polonia*, cit., par. 92: «The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion».

recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities»<sup>532</sup>. Risulta evidente come l'organo adotti una versione ampia di pluralismo che deve essere inteso anche come pluralismo culturale<sup>533</sup>.

### 6.3 *La tutela dell'identità religiosa delle minoranze rappresentate da comunità religiose e Chiese*

Una tipologia di controversie molto simili riguarda la libertà associativa delle comunità religiose o delle chiese minoritarie. Tali ricorsi, pur implicando il coinvolgimento diretto dell'art. 9 riguardante la tutela della libertà religiosa, ricadono, come quelli precedentemente esaminati, anche nell'ambito di applicazione dell'art. 11 della Convenzione. Un'altra similitudine è rappresentata dal fatto che sono stati promossi nello stesso arco temporale dei precedenti in massima parte da Stati dell'Europa orientale post-sovietica, dove la governance della diversità religiosa si è trovata in tensione tra le restrizioni statali sulla religione e la tentazione di un ritorno a Stati confessionali<sup>534</sup>.

Anche il percorso argomentativo seguito dalla Corte è stato pressoché il medesimo dei casi analizzati poc'anzi e, pertanto, ci si limiterà a richiamarlo sinteticamente. Il principio ispiratore di questa giurisprudenza è stato, infatti, ancora una volta il pluralismo, sul rispetto del quale la Corte ha fondato la protezione dell'identità collettiva dei gruppi religiosi minoritari. Nel sistema europeo di tutela dei diritti umani, infatti, anche la garanzia della libertà religiosa e della pluralità delle sue possibili manifestazioni è considerata come una componente costitutiva della società democratica<sup>535</sup>. Eventuali tensioni tra diverse comunità religiose sono viste come una conseguenza inevitabile del pluralismo, a fronte del quale lo Stato non deve agire eliminando quest'ultimo ma

---

<sup>532</sup> Corte EDU, *Tebieti Mühafize Cemiyeti e Israfilov c. Azerbaijan*, ricorso n. 37083/038 ottobre 2009), par. 53; *Ouranio Toxo c. Grecia*, cit., par. 35; *Stankove l'Organizzazione unita macedone n Ilinden c. Bulgaria*, cit., par. 58.

<sup>533</sup> G. Pentassuglia, 'Evolving Protection of Minority Groups: Global Challenges and the Role of International Jurisprudence', in *International Community Law Review*, Vol. 11, 2009, pp. 185-218. J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme: La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, EUI, 2006.

<sup>534</sup> J. Richardson, 'Religion, Constitutional Courts, and Democracy in Former Communist Countries', in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, 2006, p. 129-38.

<sup>535</sup> M. Koenig, 'The Governance of Religious Diversity at the European Court of Human Rights', in Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 59.

cercando di garantire che i diversi gruppi in competizione tra loro possano in qualche modo riconciliare i propri interessi e tollerarsi vicendevolmente<sup>536</sup>.

È su questa base che la Corte ha legittimato le rivendicazioni avanzate dalle minoranze in seguito al rifiuto delle autorità statali di registrare comunità religiose o Chiese minoritarie<sup>537</sup>. Partendo dal presupposto che la libertà di religione non possa che ricomprendere l'aspettativa legittima che ai credenti sia permesso associarsi liberamente, senza che vi sia un intervento arbitrario da parte dello Stato<sup>538</sup>, questa linea giurisprudenziale ha favorito la protezione dell'identità – e dunque, al tempo stesso, della diversità – religiosa in società multireligiose, promuovendo l'autonomia e lo sviluppo delle organizzazioni religiose che sono state così tutelate da indebite interferenze statali e ingiustificati dinieghi di registrazione<sup>539</sup>.

Da questo punto di vista, in diverse controversie, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'esistenza di comunità religiose autonome, espressione dell'identità delle diverse componenti della popolazione, è al cuore della protezione offerta dagli artt. 9 e 11 della Convenzione<sup>540</sup>. L'esistenza autonoma di comunità religiose, a cui deve essere consentito di funzionare pacificamente, è indispensabile per il pluralismo in una società democratica e la tutela dell'identità religiosa dei suoi membri<sup>541</sup>. Se la vita organizzativa della comunità religiose – in questo caso minoritarie – non fosse protetta dalla Convenzione,

---

<sup>536</sup> Corte EDU, *Chiesa di Scientology di Mosca c. Russia*, cit., par. 72; *Serif c. Grecia*, cit., par. 51.

<sup>537</sup> Corte EDU, *Chiesa metropolitana di Bessarabia et al c. Moldavia*, ricorso n. 45701/99, 13 dicembre 2001; *Chiesa cattolica canea c. Grecia*, ricorso n. 25528/94, 16 dicembre 1997; *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ricorso n. 30985/98, 26 Ottobre 2000; *Serif c. Grecia*, ricorso n. 39178/97, 14 dicembre 1999; *Sacro sinodo della Chiesa bulgara ortodossa e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 35677/04, 22 gennaio 2009.

<sup>538</sup> K. Henrard, 'A Patchwork of "Successful" and "Missed" Synergies in the Jurisprudence of the ECHR', in K. Henrard, R. Dunbar (a cura di), *Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Z. Calo, 'Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights', in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26, 2010; F. Tulkens, 'The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism vs. Pluralism', in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, 2009, p. 2575-91; A. Nieuwenhuis, 'The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights', in *European Constitutional Law Review*, Vol. 3, 2007, pp. 367-84.

<sup>539</sup> Corte EDU, *Testimoni di Geova e altri c. Russia*, ricorso n. 302/02, 10 giugno 2010, par. 99.

<sup>540</sup> Corte EDU, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ricorso n. 30985/96, 26 ottobre 2000, par. 62.

<sup>541</sup> Corte EDU. *Metodiev e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 58088/08, 15 giugno 2017. L'esistenza di comunità religiose autonome riguarda non solo l'organizzazione della comunità in quanto tale, ma ha anche ricadute sull'effettivo godimento del diritto alla libertà religiosa da parte di tutti i suoi membri attivi, che possono pertanto qualificarsi come vittime della violazione pur non essendo tra coloro che hanno presentato domanda di registrazione.

tutti gli altri aspetti della libertà e dell'identità religiosa dell'individuo risulterebbero compressi<sup>542</sup>.

Ciò è stato ribadito anche in un caso piuttosto recente in cui, a fronte della mancanza nel sistema giuridico turco di una procedura specifica che consentisse il riconoscimento o la registrazione delle minoranze religiose, la Corte ha rilevato la violazione, da parte della Turchia, del diritto alla libertà di associazione e religiosa nei confronti della minoranza alevita e, dunque, ha indirettamente protetto l'identità religiosa di tale gruppo<sup>543</sup>.

Nel caso in esame, il mancato riconoscimento della natura religiosa della fede alevita aveva compromesso l'esistenza stessa della comunità religiosa, e quindi dell'identità della minoranza che tale comunità rappresentava, costituendo pertanto una violazione dell'obbligo negativo degli Stati di astenersi dall'interferire con la dimensione collettiva del diritto alla libertà religiosa<sup>544</sup>. Quando è in gioco l'organizzazione di una comunità religiosa, il rifiuto di riconoscerla costituisce infatti un'ingerenza nel diritto alla libertà di religione ai sensi dell'art. 9 della Convenzione e nella libertà di associazione ex art.11 che, come per i partiti politici, solo ragioni particolarmente stringenti possono giustificare<sup>545</sup>.

Ciò vale – a maggior ragione – anche nei casi di scioglimento di organizzazioni religiose già riconosciute che per essere ritenuto necessario deve essere eccezionale e

---

<sup>542</sup> Ivi, par. 70.

<sup>543</sup> Corte EDU, *Dogan e altri c. Turchia*, ricorso n. 62649/10, 26 aprile 2016. Per un'analisi del caso si veda: M. Ferri, 'The Dogan et al. V. Turkey Case: A Missed Opportunity to Recognise Positive Obligation as Regards the Freedom of Religion', in *European Papers*, 2017; T. Pagotto, 'La minoranza alevita e la discriminazione religiosa: la Grande Camera condanna la Turchia per violazione degli Artt. 9 e 14 CEDU' in in *DPCEOnline*, Vol. 3, 2017.

Il Dipartimento degli affari religiosi turco non considerava la fede alevita come un movimento religioso autonomo ma come una semplice interpretazione dell'Islam. In questa controversia, la Corte ha ribadito i principi espressi in tutta la sua giurisprudenza precedente. Come già affermato in relazione ad altri ricorsi (Corte EDU, *Chiesa metropolitana di Bessarabia et al. c. Moldavia*, cit.; *Esercito della Salvezza di Mosca c. Russia*, ricorso n. 72881/01, 5 gennaio 2007, par. 61), la Corte ritiene che le autorità statali abbiano, da un lato, il dovere di rimanere neutrali e imparziali nell'esercizio del loro potere normativo e nelle relazioni con le diverse religioni e credenze (Corte EDU, *Supremo sacro consiglio della Comunità musulmana c. Bulgaria*, ricorso n. 39023/97, 16 dicembre 2004, par. 93), e che, dall'altro, si debbano astenere dal valutarne la legittimità e prendere posizione nei conflitti tra gruppi religiosi o al loro interno (*Sacro sinodo della Chiesa cattolica ortodossa bulgare e altri c. Bulgaria*, cit., par. 120). Infatti, è ormai giurisprudenza consolidata il fatto che, salvo casi del tutto eccezionali, il diritto alla libertà di religione garantito dalla Convenzione esclude qualsiasi discrezionalità dello Stato nel determinare se le convinzioni religiose o i mezzi utilizzati per esprimere tali convinzioni siano legittimi (Corte EDU, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, cit., par. 77-78, *Chiesa metropolitana di Bessarabia e altri*, cit. par., 123).

<sup>544</sup> Corte EDU, *İzzettin Doğan e altri c. Turchia*, ricorso n. 62649/10, 26 aprile 2016, par. 109.

<sup>545</sup> Corte EDU, *Chiesa metropolitana di Bessarabia et al. c. Moldavia*, cit., par. 105.

giustificato da motivi molto gravi, come la Corte ha ravvisato in una serie di ricorsi presentati da comunità religiose minoritarie contro la Russia<sup>546</sup>.

Infine, si vuole evidenziare come nella controversia *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria*<sup>547</sup> – che riguardava diverse comunità religiose che in seguito all’entrata in vigore di una nuova legge ecclesiastica ungherese avevano perso il proprio status di Chiese registrate e i vantaggi ad esse collegati –, la Corte si sia spinta fino a riconoscere che, alla luce dell’art. 11 della Convenzione, gravi sugli Stati l’obbligo positivo di creazione di un sistema di riconoscimento che faciliti l’acquisizione della personalità giuridica da parte delle comunità religiose<sup>548</sup>. In tal modo, la protezione dell’identità delle minoranze religiose viene rafforzata attraverso l’obbligo di fornire personalità giuridica ai loro enti rappresentativi.

Dalla giurisprudenza sin qui richiamata emerge come la Corte abbia tutelato l’identità delle minoranze attraverso la protezione della libertà di associazione e della dimensione collettiva del diritto di manifestare la propria religione da parte di comunità religiose minoritarie. Tali aspetti sono stati considerati requisiti essenziali per garantire un reale pluralismo, inerente al concetto stesso di società democratica<sup>549</sup>.

#### *6.4 Una sintesi: il ruolo dell’articolo 11 nella tutela dell’identità delle minoranze*

Nella giurisprudenza analizzata, la Corte è riuscita a salvaguardare, attraverso la tutela della libertà di associazione di partiti, associazioni e comunità religiose rappresentative delle minoranze, il diritto dei gruppi minoritari a mantenere la propria identità e a preservare la propria cultura. Nelle sentenze, sono state valorizzate la dimensione culturale del pluralismo e il fatto che la diversità deve essere considerata una fonte di

---

<sup>546</sup> Corte EDU, *Centro biblico della Repubblica Chuvash c. Russia*, ricorso n. 33203/08, 12 giugno 2014; *Testimoni di Geova di Mosca e altri c. Russia*, ricorso n. 302/02, 10 giugno 2010; *Taganrog LRO e altri c. Russia*, ricorso n. 32401/10, 7 giugno 2022; *Kimlya e altri c. Russia*, ricorsi n. 76836/01 e 32782/03, 23 giugno 2009.

<sup>547</sup> Corte EDU, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria*, ricorso n. 70945/11, 27 settembre 2012, par. 90.

<sup>548</sup> *Ivi*, par. 111.

<sup>549</sup> La Corte si era già espressa sul punto in: Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 260-A, 25 maggio 1993.

arricchimento<sup>550</sup>. Lo strumento utilizzato è stato l'art. 11 che si è rivelato di importanza cruciale per le minoranze poiché può svolgere un ruolo decisivo a garanzia della promozione ed espressione della loro identità, non soltanto come singoli ma, attraverso la tutela di diversi tipi di formazioni sociali, anche più direttamente come gruppi<sup>551</sup>. Garantire la libertà di associazione delle minoranze, le cui posizioni possono essere anche molto divisive, purché non supportino la violenza e non siano irrispettose dei principi democratici, favorisce un dibattito, un confronto dialettico e un'interazione tra individui e gruppi con differenti identità che, a determinate condizioni, può condurre ad una maggiore coesione sociale<sup>552</sup>.

Inoltre, si vogliono mettere in rilievo altri due elementi. Il primo è che definendo le minoranze come “fatto storico”, la Corte, almeno implicitamente, si è allineata alla posizione oggi prevalente nel diritto internazionale in base alla quale l'esistenza di una minoranza non dipende dal riconoscimento dello Stato<sup>553</sup>.

Il secondo è che la Corte, in tutte le sentenze analizzate, ha evitato di pronunciarsi sull'esistenza o meno dell'identità culturale controversa o sull'esattezza dei termini usati dai ricorrenti per definirla, sfuggendo così dal rischio di cadere in una visione essenzialista dell'identità. Garantendo ai gruppi minoritari di esprimere quella che è percepita come la propria identità etnica e culturale, indirettamente ha riconosciuto che quest'ultime non sono categorie fisse e naturali ma, proprio perché costruite, possono essere oggetto di negoziazioni e contestazioni<sup>554</sup>.

---

<sup>550</sup> Corte EDU, *Bączkowski e altri c. Polonia*, ricorso n. 1543/06, 3 maggio 2007, par. 64; *Zhdanov e altri c. Russia*, ricorso n. 12200/08, 16 luglio 2019, par. 163.

<sup>551</sup> Corte EDU, *Gorzelik c. Polonia*, cit., par. 93; *Associazione Rhino e altri c. Svizzera*, ricorso n. 48848/07, 11 ottobre 2001, par. 61

<sup>552</sup> Si veda: Corte EDU, *Esercito della Salvezza di Mosca e altri c. Russia*, cit., par. 61; *Gorzelik c. Polonia*, cit., par. 92; *Ouranio Toxo c. Grecia*, cit., par. 35; *Stankov e l'Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, cit., par. 58. Si veda anche K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 93.

<sup>553</sup> F. de Varennes, 'Using the European Court of Human Rights to Protect the Rights of Minorities', in M. Weller, A. Morawa (a cura di), *Minority Issues Handbook. Mechanisms for the Implementation of Minority Rights*, Council of Europe Publishing, 2004, p. 83.

<sup>554</sup> J. Ringelheim, 'Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?', in *German Law Journal*, Vol. 3, 2002, pp.1-15.

## 7. Simboli religiosi e manifestazione individuale dell'identità religiosa dei membri delle minoranze

Se finora l'analisi è stata dedicata alla tutela dell'identità delle minoranze in quanto tali attraverso la protezione dei loro enti rappresentativi, ci si occuperà adesso di esaminare controversie in cui a rilevare è la salvaguardia dell'identità di singoli individui appartenenti al gruppo minoritario, a partire dall'identità religiosa. Anche se in alcuni casi la Corte si è pronunciata sulla tutela dell'identità religiosa di individui appartenenti a comunità religiose maggioritarie<sup>555</sup>, quelli riguardanti membri di gruppi minoritari appaiono più interessanti.

La disposizione attraverso la quale si articola la tutela dell'identità religiosa è l'art. 9 della Convenzione europea che, prendendo a prestito il linguaggio della Dichiarazione Universale dei diritti umani<sup>556</sup>, protegge sia il *forum internum* del credo religioso, vale a dire il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, di scegliere e cambiare confessione, che il *forum externum* della pratica religiosa, ossia il diritto di manifestare la propria fede religiosa<sup>557</sup>. Il secondo comma disciplina, invece, per quali finalità sia legittimo, in una società democratica, interferire con il diritto di manifestare la propria fede religiosa. Si tratta, come già ricordato, della sicurezza e dell'ordine pubblico, della morale, della salute e della protezione di diritti e libertà altrui<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> Esulano dalla ricostruzione quei casi che, pur contribuendo a definire i contorni della tutela della libertà di manifestare il proprio credo religioso, hanno ad oggetto simboli espressione delle confessioni maggioritarie. Ad esempio, non sarà analizzato il caso: Corte EDU, *Eweida e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, 15 gennaio 2013, in cui due ricorrenti lamentavano il divieto di indossare la croce nei rispettivi luoghi di lavoro.

<sup>556</sup> UNGA, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 dicembre 1948, art. 18: «Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance».

<sup>557</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 9, par. 1: «Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice, and observance».

<sup>558</sup> Ivi, art. 9, par. 2: «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».



Dopo una prima fase caratterizzata dall'assenza di ricorsi individuali riguardanti la libertà religiosa<sup>559</sup>, vi è stato, a partire dalla fine degli anni '90, come è stato ricostruito in precedenza, un incremento di casi che hanno avuto ad oggetto, in primo luogo, la dimensione collettiva dell'identità religiosa dei gruppi minoritari. Ora, ci si dedicherà invece all'analisi della tutela, ad opera della Corte, della dimensione individuale dell'identità religiosa dei membri appartenenti a minoranze. Tra i diversi profili che avrebbero potuto essere oggetto di analisi, in questo studio si è scelto di approfondire la giurisprudenza della Corte europea riguardante i divieti imposti da alcuni Stati all'uso di simboli religiosi in istituzioni pubbliche – prevalentemente scuole – o in luoghi pubblici e la loro compatibilità con l'art. 9 della Convenzione.

Tale scelta si giustifica in ragione del ruolo significativo nella costruzione e nella manifestazione della propria identità personale che possono svolgere i simboli religiosi. Questi, infatti, spesso rappresentano valori, convinzioni e appartenenza a una comunità religiosa specifica. Indossarli, dunque, può essere un modo per esprimere la propria fede, connettersi con una tradizione spirituale e comunicare la propria identità religiosa agli altri. Il loro uso, inoltre, travalica la dimensione puramente individuale perché spesso funge da segno esteriore di appartenenza a una comunità, nei nostri casi, minoritaria.

Si ricorda che indossare simboli religiosi costituisce una manifestazione della propria convinzione religiosa ed è, pertanto, un comportamento tutelato dal primo comma dell'art. 9. Ciò è stato ribadito dalla Corte anche in casi in cui il simbolo – come la calotta per un musulmano – non corrispondeva ad un dovere religioso in senso stretto ma era così tradizionalmente radicato da essere interpretato come un obbligo dal soggetto coinvolto o dalla sua comunità<sup>560</sup>. Non si tratta tuttavia di un diritto avente carattere assoluto ma è soggetto alle restrizioni contenute nel secondo comma dello stesso articolo e poc'anzi richiamate. Si può già anticipare che la Corte ha giustificato le interferenze statali riguardanti l'uso da parte dei ricorrenti di simboli religiosi, ponendo una particolare enfasi alla loro necessità per la protezione del pluralismo e della democrazia<sup>561</sup>. L'orientamento della Corte è stato guidato dal principio, di carattere generale ed espresso già in altre

---

<sup>559</sup> M.-B. Dembour, 'The Cases that Were Not to Be: Explaining the Dearth of Case Law on Freedom of Religion in Strasbourg', in I. Pardo (a cura di), *Morals of Legitimacy: Between Agency and the System*, Oxford, Berghahn, 2000, pp. 205-27; E. Fokas, 'The legal status of religious minorities: Exploring the impact of the European Court of Human Rights' in *Social Compass*, Vol. 65(1), 2018, pp. 25-42.

<sup>560</sup> Corte EDU, *Hamidovic c. Bosnia Erzegovina*, ricorso n. 57792/15, 2017.

<sup>561</sup> Z. R. Calo, 'Pluralism, Secularism and the European Court', cit. p. 266.

sentenze, secondo cui «in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected»<sup>562</sup>.

### *7.1 L'uso del velo nelle scuole e nelle università pubbliche: il ruolo del principio di laicità dello Stato*

Ci si occuperà, prima di tutto, di controversie in cui il divieto di indossare simboli religiosi da parte di membri di comunità religiose minoritarie vige all'interno di istituzioni pubbliche, in particolar modo negli istituti scolastici o nelle università.

Il primo caso è stato *Dahlab c. Svizzera*<sup>563</sup>, un ricorso, giudicato inammissibile, che era stato promosso da un'insegnante elementare licenziata a causa della sua decisione di indossare il velo islamico all'interno dell'istituzione scolastica<sup>564</sup>. La Corte ha giudicato legittimi i fini che la legislazione nazionale intendeva perseguire con il divieto: la protezione dei diritti e delle libertà altrui, nella misura in cui la proibizione era intesa a evitare l'interferenza con le credenze religiose degli studenti dell'istituto, e la garanzia del principio di neutralità del sistema educativo statale che deve essere libero da ogni condizionamento religioso. Pertanto, ha ritenuto che lo Stato potesse legittimamente richiedere agli insegnanti, proprio in quanto suoi rappresentanti, di non esprimere le proprie convinzioni religiose<sup>565</sup>.

Va sottolineato il fatto che la qualità e il contenuto dell'insegnamento della docente non sono stati messi in alcun modo in discussione. Infatti, l'accento è stato posto unicamente sul velo che, da simbolo dell'identità religiosa della ricorrente – nella sua dimensione individuale – e indipendentemente dalla condotta della stessa, è divenuto simbolo “potente”, “esterno” e “visibile”, per usare le parole della Corte, capace di costituire una minaccia al pluralismo poiché possibile strumento di proselitismo<sup>566</sup>. I

---

<sup>562</sup> Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 260-A, 25 maggio 1993, para. 31.

<sup>563</sup> Corte EDU, *Dahlab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, 15 febbraio 2001.

<sup>564</sup> La Corte adotta una decisione simile nel caso Corte EDU, *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 6550/01, 24 gennaio 2006.

<sup>565</sup> Sul punto vedi anche Corte EDU, *Karaduman c. Turchia*, ricorso n. 41296/04, 3 aprile 2007.

<sup>566</sup> L. Peroni, 'Minorities before the European Court of Human Rights: Democratic Pluralism Unfolded', in J. Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 44.

giudici, infatti, se da un lato hanno ammesso che fosse difficile presagire gli effetti che tale simbolo avrebbe potuto avere sugli studenti, dall'altro hanno ritenuto che la tenera età degli stessi – inferiore agli 8 anni – li avrebbe resi facilmente influenzabili. Tra l'altro, la Corte ha adottato un approccio paternalista laddove ha sottolineato che l'uso del velo fosse imposto dal Corano e difficilmente conciliabile con i messaggi di tolleranza, rispetto per gli altri, uguaglianza di genere e non discriminazione che gli insegnanti di una società democratica dovrebbero veicolare ai loro allievi<sup>567</sup>.

Infine, la valutazione della proporzionalità della misura è stata condizionata dal fatto che su questioni particolarmente sensibili e in assenza di un *consensus* europeo – non è possibile, infatti, individuare in Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società –, la Corte tende a concedere un ampio margine di apprezzamento agli Stati parti<sup>568</sup>. Si ritiene, infatti, che quando sono in gioco questioni riguardanti il rapporto tra Stato e religione e, in particolare, quando si tratta di regolamentare l'uso di simboli religiosi negli istituti scolastici, per i quali gli approcci adottati in Europa sono diversi, sia da valorizzare il ruolo dello Stato cui deve essere garantita ampia discrezionalità in modo tale che possa tener conto del rispettivo contesto nazionale<sup>569</sup>.

L'orientamento della Corte è rimasto sostanzialmente immutato laddove il divieto di indossare il velo riguardava non le insegnanti ma le studentesse. È stato questo il caso di *Dogru c. Francia*<sup>570</sup>, in cui un'alunna era stata esclusa da un istituto per inosservanza dell'obbligo di frequenza, poiché non era stata ammessa con il velo ai corsi di educazione fisica. Nella controversia, la Corte ha ribadito l'obbligo delle autorità statali di garantire, nel rispetto del pluralismo e delle libertà degli altri, che la manifestazione del proprio credo religioso da parte anche degli studenti nei locali scolastici non assuma la natura di un atto *ostentativo* che possa costituire una fonte di pressione e di esclusione<sup>571</sup>. Il modello secolare francese per la Corte rispondeva a tali preoccupazioni ed è, pertanto, stato ritenuto compatibile con la Convenzione. Il rispetto della neutralità dell'istruzione pubblica e del pluralismo sono stati considerati dunque motivi legittimi per giustificare il

---

<sup>567</sup> Corte EDU, *Dahlab c. Svizzera* cit., p. 13.

<sup>568</sup> C. Evans, 'The "Islamic Scarf" in the European Court of Human Rights', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, 2006, pp. 52-73; S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 17, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2002.

<sup>569</sup> Corte EDU, *Dahlab v. Switzerland*, cit., par. 12.

<sup>570</sup> Corte EDU, *Dogru c. Francia*, ricorso n. 27058/05, 4 Dicembre 2008.

<sup>571</sup> Ivi, par. 67 e 71.

divieto del velo nelle scuole, suscettibile di violare, a causa della sua forte valenza simbolica e identitaria, i diritti e l'autonomia degli altri discenti. Alcuni commentatori hanno evidenziato che è stata così inaugurata una nozione di neutralità che ammette le limitazioni alla possibilità di indossare i simboli religiosi imposte non solo ai dipendenti pubblici, ma anche agli studenti che sono semplici utenti di un pubblico servizio<sup>572</sup>.

Anche in *Leyla Şahin c. Turchia*<sup>573</sup>, è stato al velo che la Corte ha attribuito la capacità di esercitare pressione sugli altri studenti universitari, di nuovo senza che venisse preso in considerazione il comportamento specifico della ricorrente. Chiaramente tale controversia non riguardava un membro di una minoranza religiosa. Tuttavia, si è deciso di richiamare la decisione della Grande Camera per l'impatto che ha rivestito nella giurisprudenza successiva della Corte inerente al divieto di indossare il velo che, salvo rari casi, nei Paesi europei è emblema di una religione minoritaria.

Ancora una volta, nel valutare se l'interferenza con il diritto alla libertà religiosa della ricorrente fosse legittimo in una società democratica, la Corte ha ritenuto che fosse necessario vagliare l'impatto che tale simbolo poteva avere su coloro che avevano scelto di non portarlo. In questo caso, poi, alla tutela dei diritti altrui, si è affiancato, quale fine legittimo di interferenza, il mantenimento dell'ordine pubblico, alla luce del contesto politico turco dell'epoca, nel quale, effettivamente, dei movimenti politici estremisti fondamentalisti stavano cercando di sovvertire l'ordine democratico<sup>574</sup>.

Tuttavia, in questi casi, ad una più attenta analisi, emerge come la Corte sia stata guidata, nella valutazione della necessità della misura, non tanto e non solo dalla deferenza nei confronti degli Stati membri – e dunque dall'ampiezza del loro margine di apprezzamento –, quanto anche da quelle che sono state definite le sue “preferenze

---

<sup>572</sup> H. Elver, *The Headscarf Controversy. Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, 2012; C. Evans, 'Individual and Group Religious Freedom in the European Court of Human Rights: Cracks in the Intellectual Architecture', in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26 (1), 2010, pp. 321-343; K. Meerschaut, S. Gutwirth. 'Legal Pluralism and Islam in the Scales of the European Court of Human Rights: The Limits of Categorical Balancing', in E. Brems (a cura di), *Conflict between Fundamental Rights*, The Hague, Intersentia, 2012, pp. 431-462; M. Ferri, 'The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights: an appraisal in the light of states' positive obligations', in *Religion, State & Society*, Vol. 5, 2017, pp. 186-202.

<sup>573</sup> Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 10 novembre 2005.

<sup>574</sup> Ivi, par. 115:

normative implicite”<sup>575</sup>: ossia dall’adesione a una “logica secolare”<sup>576</sup>. Così, la nozione di laicità e neutralità dello Stato è stata considerata dalla Corte come una garanzia posta a tutela dello Stato democratico in Turchia, coerente con i valori sottesi dalla Convenzione e in armonia con il rispetto dei diritti umani<sup>577</sup>. Pertanto, «an attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one’s religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention»<sup>578</sup>. Nel caso di specie, dunque, indossare il velo islamico è stato considerato una lesione del principio di laicità e, pertanto, non ha potuto ricevere tutela *ex art. 9*.

In ultima analisi, è stato proprio il rispetto del principio di laicità, come elaborato dall’ordinamento turco, che ha condizionato la valutazione della necessità del divieto di indossare simboli religiosi nelle università, il cui uso rischiava di violare la natura laica dell’istituzione stessa<sup>579</sup>. La medesima posizione è stata ribadita anche rispetto al modello di Stato laico elaborato dall’ordinamento francese che può legittimamente imporre restrizioni alla libertà di religione e di manifestare la propria identità religiosa alla luce dei valori della Convenzione<sup>580</sup>. Indossare simboli religiosi – come il velo islamico o il turbante *sikh* – in istituzioni scolastiche pubbliche sfida l’identità secolare europea in un modo che la Corte ha ritenuto minaccioso per la neutralità e la laicità dello Stato<sup>581</sup>. Com’è stato evidenziato da Raffaella Nigro, in questa giurisprudenza la Corte ha mostrato la tendenza a fornire «un’interpretazione del velo islamico *in quanto tale* alla luce della

---

<sup>575</sup> H. Güllalp, ‘Secularism in Europe, As Refracted through the Prism of the European Court of Human Rights: Comparative Analysis of State-Church Relations and the State Regulation of Religion’, in *European Public Law*, 2009, p. 34.

<sup>576</sup> M. Koenig, ‘The Governance of Religious Diversity at the European Court of Human Rights’, in Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 63.

<sup>577</sup> Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, cit., par. 114.

<sup>578</sup> Ivi, par. 114.

<sup>579</sup> Alcuni osservatori sostengono addirittura che, per quanto riguarda la religione, la dottrina costituzionale nazionale turca abbia ispirato lo sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che sembra abbracciare una forma “assertiva” di secolarismo. Si veda ad esempio, H. Keller, A. Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 484.

<sup>580</sup> Si vedano a questo proposito anche Corte EDU, *Kervaci c. Francia*, ricorso n. 31645/04, 4 dicembre 2008, par 72; *Bayrak c. Francia*, ricorso n. 14308/08, 30 giugno 2009; *Gamaleddyn c. Francia*, ricorso n. 18527/08, 30 giugno 2009; *Aktas c. Francia*, ricorso n. 43563/08, 30 giugno 2009.

<sup>581</sup> G. Gonzales, *La Convention européenne des droits de l’homme et la liberté des religions*, Paris Economica, 1997; C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; A. Scolnicov, ‘Does Constitutionalisation Lead to Secularisation?’, in I. Katznelson, G. Stedman Jones (a cura di), *Religion and the Political Imagination*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 295-313; N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Convenzione europea che prescinde dall'ampio margine di apprezzamento pure riconosciuto agli Stati parti»<sup>582</sup>. Infatti, l'iter argomentativo seguito dalla Corte è identico in tutti i casi considerati, trascura le specifiche esigenze avvertite dalle autorità nazionali, non tiene conto dello scopo del divieto nei diversi contesti e si applica in maniera indiscriminata nei casi in cui le ricorrenti siano insegnanti o studentesse<sup>583</sup>.

Come messo in luce da alcune ricostruzioni<sup>584</sup>, è stata la presa di posizione a favore del modello di Stato laico che ha condizionato il modo in cui la Corte ha condotto effettivamente il bilanciamento tra gli interessi generali e quelli delle ricorrenti, limitandosi ad un mero rinvio alla dottrina del margine di apprezzamento che non è risultato il fattore decisivo<sup>585</sup>. Nei casi richiamati, infatti, le ricorrenti sono rimaste sullo sfondo, mentre è stato il velo, il simbolo identitario, al centro del discorso: si è assistito dunque ad una reificazione della loro identità religiosa<sup>586</sup>.

Aver estromesso di fatto la posizione specifica delle ricorrenti, ha fatto sì che nel bilanciamento non siano state prese in considerazione le particolari circostanze del caso. La Corte non ha considerato le ragioni alla base della decisione delle ricorrenti di indossare il velo, l'assenza di una finalità di proselitismo, il pregiudizio cagionato dal divieto dell'uso del simbolo religioso, rinunciando ad effettuare un bilanciamento effettivo, basato sulle circostanze specifiche del caso concreto<sup>587</sup>. Optare per quello che Laura Magi definisce un *categorical balancing test* – che si è limitato a valutare «in astratto l'esistenza di un ragionevole bilanciamento fra il sacrificio imposto alla libera

---

<sup>582</sup> R. Nigro, 'Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 95.

<sup>583</sup> Si veda anche R. Nigro, 'The margin of appreciation doctrine and the case-law of the European Court of Human Rights on the Islamic veil', in *Human Rights Review*, Vol. 11, pp. 531 ss.

<sup>584</sup> Si veda in proposito L. Magi, 'Integrazione culturale a Strasburgo: Analisi di un fenomeno complesso alla luce della querelle sui simboli religiosi,' in Ginevra Cerrina Feroni e Veronica Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie nell'integrazione multiculturale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2018, p. 254 e ss.

<sup>585</sup> P.W. Edge, 'The European Court of Human Rights and religious rights', in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 680 ss.; T. Lewis, 'What not to wear: Religious rights, the European Court, and the margin of appreciation', in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 395 ss.; R. Nigro, 'Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico', in *Diritti umani e diritto internazionale* 2008, p. 71 ss.

<sup>586</sup> M. Billing, 'The Language of Critical Discourse Analysis: The Case of Nominalization', in *Discourse and Society*, 19, 2008, pp. 783-800.

<sup>587</sup> I. Rorive, 'Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer', in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, 2009, p. 2669 ss.

manifestazione della libertà di religione e l'interesse statale di proteggere un determinato modello di laicità»<sup>588</sup> – porta con sé il rischio che qualsiasi misura presa in nome del principio di laicità e che non ecceda l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati sia giudicata compatibile con la Convenzione<sup>589</sup>.

Queste controversie hanno mostrato che il pluralismo religioso che, almeno in teoria, la Corte si propone di rafforzare e proteggere, è stato nei fatti eliminato rimuovendo, attraverso il velo e la possibile tensione creata dalla manifestazione individuale della religione da parte dei membri di minoranze, quella che la Corte ha considerato una forma di pressione e proselitismo<sup>590</sup>. I casi riguardanti l'uso di simboli religiosi all'interno di istituti pubblici<sup>591</sup> suggeriscono dunque che la Corte non solo consideri la concezione del secolarismo come pienamente compatibile con la Convenzione ma che, addirittura, tale modello appaia preferibile quando si ha a che fare con l'Islam<sup>592</sup>. Il risultato è quello di relegare le manifestazioni dell'identità religiosa unicamente nella sfera privata dell'individuo, in ossequio ad un principio di neutralità e laicità dello Stato che, nei fatti, si traduce nell'irrilevanza delle differenze culturali e religiose – di cui i gruppi minoritari

---

<sup>588</sup> L. Magi, 'Integrazione culturale a Strasburgo', cit. p. 254. L'autrice riprende la distinzione tra i test di proporzionalità da: S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, p. 336.

<sup>589</sup> Tale rischio è stato evidenziato dall'opinione parzialmente dissenziente del giudice O' Leary nel caso *Ebrahimian c. Francia*, (ricorso n. 64846/11, 26 novembre 2015). La controversia riguarda il mancato rinnovo del contratto di lavoro presso un ospedale pubblico poiché la ricorrente non era disposta a non indossare il velo sul luogo di lavoro. Se, a differenza dei precedenti, la Corte sembra valutare la posizione della ricorrente, l'interferenza nella libertà di manifestare il credo religioso risulta ancora una volta legittima in ossequio al principio di neutralità e laicità del modello francese dei servizi pubblici.

Per una disamina più approfondita del caso e per le peculiarità derivanti dal fatto che riguarda un dipendente pubblico che non lavora in un istituto scolastico si rimanda a: L. Salvadego, 'Il divieto per i dipendenti del pubblico impiego di esibire simboli religiosi in Francia all'esame dei giudici di Strasburgo', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 466 ss.

<sup>590</sup> Per una lettura critica di questa giurisprudenza si veda: B. D. Bleiberg, 'Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in *Leyla Sahin v. Turkey*', in *Cornell Law Review*, Vol. 91, 2005, pp. 129-69; P. Danchin, 'Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights', in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2011, pp. 662-747; J. Marshall, 'Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008, pp. 631-54; C. Evans, 'Individual and Group Religious Freedom in the European Court of Human Rights: Cracks in the Intellectual Architecture', in *Journal of Law and Religion*, 2010-2011, pp. 321 ss; E. Brems, 'Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings', in *Journal of Law and Policy*, 2014, p. 517 ss.

<sup>591</sup> Oltre ai casi richiamati, si rimanda a: Corte EDU, *Aktas c. Francia*, cit., *Bayrak c. Francia*, cit.; *Gamaleddyn c. Francia*, cit., *Ghazal c. Francia*, ricorso n. 29134/08, 30 giugno 2009; *J. Singh c. Francia*, ricorso n. 25463/08, 30 giugno 2009.

<sup>592</sup> S. Langlaude, 'Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR', in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, p. 929-44.

sono portatori – nella sfera pubblica<sup>593</sup>. Il pluralismo, spesso evocato dalla Corte, è per sua natura inclusivo e mira a riflettere la pluralità di posizioni – non solo religiose – esistenti nella società<sup>594</sup>. Tuttavia, in questi casi ha operato una nozione deformata di neutralità, che è divenuta «always and necessarily, synonymous with “secularism”»<sup>595</sup>. Alla fine, però, tale visione, escludendo la manifestazione dell’identità religiosa in alcune aree della vita pubblica, ha finito per dar luogo a un pluralismo mutilato.

## 7.2 Il divieto di indossare simboli religiosi in luoghi pubblici

Simili perplessità possono essere avanzate anche in merito alla giurisprudenza della Corte relativa al divieto di indossare simboli religiosi in luoghi pubblici. Da questo punto di vista, la controversia più rilevante è senza dubbio *S.A.S. c. Francia*<sup>596</sup>, il cui esito è stato confermato anche in due casi contro il Belgio<sup>597</sup>.

In *S.A.S. c. Francia*, la Grande Camera ha ritenuto compatibile con il diritto a manifestare la propria religione *ex art. 9* la legge francese che vieta la copertura del viso in tutti i luoghi pubblici e che, nei fatti, impone un divieto assoluto di indossare il velo integrale fuori dalla dimensione privata<sup>598</sup>. È evidente che anche questo caso attenga al rapporto complesso che intercorre tra multiculturalismo – che richiede la tutela delle peculiarità identitarie delle minoranze e il conseguente riconoscimento da parte della legge, sia pur con alcuni limiti, delle differenti tradizioni culturali di tali gruppi – e laicità dello Stato<sup>599</sup>.

La ricorrente aveva presentato il ricorso il giorno stesso dell’entrata in vigore della legge e, pertanto, non poteva dirsi vittima in senso tradizionale, poiché non era stata

---

<sup>593</sup> Si veda anche Corte EDU, *Köse and others c. Turchia*, ricorso n. 26625/02, febbraio 2006, concernente il divieto opposto alle studentesse di particolari licei a vocazione religiosa di indossare il velo (con l’eccezione dei corsi di insegnamento coranico). Anche in questo caso, il divieto è volto a tutelare il principio di neutralità e laicità dello stato.

<sup>594</sup> S. Ferrari, ‘The New Wine and the Old Cask: Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe’, in *Ratio Juris*, Vol. 10, 1997, pp. 75-89.

<sup>595</sup> J. Martínez-Torrón, ‘The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law’, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, 2012, p. 380; N. Lerner, ‘How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance’, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions*, Vol. 13, 2005, pp. 65-85; B. Chelini-Pont, E. Tawil, ‘Brèves remarques sur l’arrêt Leyla Sahin’, in *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 2, 2006, pp. 607.

<sup>596</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, ricorso n. 43835/11, 1° luglio 2014.

<sup>597</sup> Corte EDU, *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, ricorso n. 37798/13 11 luglio 2017; *Dakir c. Belgio*, ricorso n. 4619/12, 11 luglio 2017.

<sup>598</sup> Si tratta della legge della legge n. 2010-1192.

<sup>599</sup> J. Raz, ‘Multiculturalism’, in *Ratio Juris*, 1998, p. 199.



colpita da una misura individuale di attuazione. Tuttavia, la Corte ha fatto ricorso – per la prima volta in riferimento all’art. 9 – alla categoria di vittima potenziale<sup>600</sup>, i cui requisiti risultavano pienamente soddisfatti. Nel caso di specie, infatti, la ricorrente si trovava, indiscutibilmente, di fronte alla scelta di adeguarsi al divieto, rinunciando così al diritto di vestirsi seguendo i dettami della religione cui aveva deciso di aderire e in modo tale da riflettere all’esterno la propria identità religiosa; o non adeguarsi al divieto, esponendosi, in tal caso, al pericolo di incorrere nell’imposizione di sanzioni penali<sup>601</sup>.

Come evidenziato da Massimo Starita, il rischio, nel caso di specie, era che la Corte interpretasse il velo integrale come simbolo politico e culturale più che come espressione di una pratica religiosa<sup>602</sup>. Invece, in *S.A.S c. Francia*, la Grande Camera ha ritenuto anzitutto che il *burqa* rientrasse tra le pratiche tutelate dall’art. 9, par. 1, della Convenzione e che dunque la legge francese costituisse una limitazione dell’esercizio della libertà di manifestare la propria identità religiosa. Il fatto che indossare il velo integrale fosse una pratica minoritaria non ha inciso sulla sua qualificazione giuridica<sup>603</sup>.

Per quanto riguarda l’individuazione delle finalità legittime perseguite dalla restrizione, la Corte ha ritenuto che la Francia non potesse invocare il principio dell’uguaglianza di genere per vietare una pratica come il velo integrale che, in realtà, può essere indossato su base volontaria e proprio come rivendicazione identitaria<sup>604</sup>. Né è stata ritenuta valida l’argomentazione dello Stato convenuto secondo il quale il divieto generalizzato di indossare il velo perseguiva un fine legittimo perché il suo uso avrebbe

---

<sup>600</sup> A. Saccucci, ‘Art. 34’, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 626 ss.; A. Vakulenko, ‘Islamic Headscarves’ and the European Convention on Human Rights: an Intersectional Perspective’, in *Social & Legal Studies*, 2007, p. 183 ss.; D. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009.

<sup>601</sup> È lo stesso approccio seguito dalle corti in relazione alle leggi che criminalizzavano i rapporti omosessuali. Si veda a questo proposito: Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, 22 ottobre 1981, par. 41; *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, 26 ottobre 1988, par. 82.

<sup>602</sup> M. Starita, ‘La sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una ‘sentenza-monito’, ma di che tipo?’, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, Vol. 1, 2015, p. 108.

Del resto, è giurisprudenza ormai consolidata quella secondo la quale l’art. 9 non protegge tutte le pratiche motivate o influenzate dalla religione (Commissione europea dei diritti umani, *Arrowsmith c. Regno Unito*, n. 7050/75, rapporto del 12 ottobre 1978) e, in passato, l’organo era stato criticato, per aver sostituito il proprio giudizio a quello della coscienza dei ricorrenti soprattutto laddove aveva avuto a che fare con comportamenti espressione di movimenti minoritari radicali e la loro eventuale copertura nell’articolo 9 della Convenzione (si veda, ad esempio, Corte EDU, *Cha’are Shalom e Tsedek c. Francia*, ricorso n. 27417/95, 27 giugno 2000, par. 82).

<sup>603</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 56.

<sup>604</sup> S. Berry, ‘SAS v. France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?’, in *EJIL: Talk!* del 2 luglio 2014.

scandalizzato la maggioranza della popolazione francese in quanto in violazione del rispetto della dignità umana. Innanzitutto, la Corte di Strasburgo ha ribadito che, per quanto strano poteva apparire al resto della popolazione, tale indumento non veniva indossato al fine di disprezzare gli altri e, dunque, non potesse essere considerato lesivo della dignità umana, piuttosto era utilizzato come segno identitario. Pertanto, indipendentemente dall'opinione della maggioranza, il velo, anche integrale, doveva essere considerato espressione di un'identità culturale e religiosa che contribuiva al pluralismo, linfa vitale della democrazia<sup>605</sup>. Si tratta del riconoscimento del concetto di pluralismo culturale, introdotto in *Gorzelik c. Polonia* in cui la Corte, come già evidenziato, aveva chiarito come nelle società democratiche si deve promuovere non solo il dialogo tra diverse opinioni, idee o posizioni politiche ma anche la coesistenza tra diverse identità culturali<sup>606</sup>.

Inoltre, il divieto generalizzato di indossare il velo integrale in luoghi aperti al pubblico per la Corte non si poteva considerare necessario neppure per ragioni di pubblica sicurezza: sarebbe stato proporzionato solo nel contesto di una minaccia generale all'ordine pubblico che non veniva invocata dalla Francia. Il sacrificio imposto alle donne di rinunciare completamente a un elemento centrale per la propria identità era dunque – in questa prospettiva – da considerarsi sproporzionato, dal momento che l'obiettivo governativo poteva essere raggiunto attraverso misure meno restrittive<sup>607</sup>.

Se tali premesse possono far presupporre una sanzione della legge francese, la decisione finale della Corte è stata di segno opposto. L'organo ha ritenuto, infatti, che la misura perseguisse uno scopo legittimo consistente nel rispetto dei «valori minimi fondamentali di una società democratica e aperta», scopo che è stato considerato – benché non compaia nell'elenco tassativo di cui all'art. 9, par. 2 – rientrare nell'obiettivo della tutela dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte, in particolare, ha giudicato il divieto generalizzato riguardante il *burqa* legittimo e necessario nella misura in cui era atto a proteggere le «esigenze minime della

---

<sup>605</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 118-120.

<sup>606</sup> M. Ferri, 'The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights', cit., p. 195.

<sup>607</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 139; P. Parolari, 'Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso SAS c Francia', in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol.1, 2015, p. 90.

vita in società»<sup>608</sup>. In un primo momento, la Corte ha ammesso che impedire di indossare il velo integrale in pubblico a individui per i quali ciò costituiva un'espressione della propria identità e fede religiosa, oltre che generare forme di discriminazione indiretta, in qualche modo restringeva il pluralismo. Inoltre, a fronte di una pratica quantitativamente circoscritta, il divieto generalizzato appariva ai giudici una reazione eccessiva che avrebbe potuto portare all'exasperazione dei rapporti con le minoranze islamiche e a un rafforzamento degli stereotipi islamofobici.<sup>609</sup> Tuttavia, non sono state ritenute argomentazioni sufficienti per limitare la discrezionalità dello Stato convenuto circa le azioni da adottare al fine di proteggere i requisiti del "vivere insieme".

Nel caso di specie, il divieto del velo integrale è stato interpretato, infatti, come una misura volta a favorire l'interazione tra individui e, dunque, creare un miglior spazio di socializzazione: per queste ragioni, è stato considerato essenziale a difesa del pluralismo, della tolleranza e dell'apertura necessaria in una società democratica<sup>610</sup>. La Corte ha ribadito l'obbligo positivo degli Stati di limitare la libertà di manifestare la propria religione per riconciliare gli interessi dei diversi gruppi religiosi e garantire l'effettività della libertà di religione altrui. Per la Corte si trattava di una scelta di società operata dalle autorità francesi<sup>611</sup>.

Tale scelta ricadeva peraltro nell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto alla Francia, in ragione della presunta mancanza di un *consensus* europeo in materia<sup>612</sup>. La Corte non si è limitata, in questo caso, all'analisi della normativa interna degli Stati poiché la posizione francese sarebbe stata da tale prospettiva minoritaria. In effetti, una disposizione comparabile è stata adottata solo dal Belgio. L'organo ha fatto invece riferimento al fatto che la questione del divieto o meno del velo integrale in pubblico era dibattuta in molti Paesi europei, mentre in altri non costituiva una questione di interesse poiché tale pratica non era diffusa<sup>613</sup>. Tali argomentazioni sono state profondamente

---

<sup>608</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., p. 150.

<sup>609</sup> Ivi, par 153.

<sup>610</sup> Ivi, par. 154.

<sup>611</sup> *Ibidem*.

<sup>612</sup> K. Dzehtsiarou, 'European Consensus: A Way of Reasoning', in *UCD Working Papers in Law Criminology & Socio-Legal Studies*, Vol. 11, 2009; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, pp. 80-98.

<sup>613</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 156.

biasimate in dottrina<sup>614</sup>, poiché tale interpretazione del *consensus* molto ampia e che si discosta dal dato puramente giuridico rischia di avere conseguenze negative in termini di certezza del diritto, oltre a risultare parzialmente incoerente, perché la posizione assolutamente minoritaria del convenuto si sarebbe potuta interpretare proprio come una testimonianza dell'esistenza del consenso tra gli Stati del Consiglio d'Europa circa la non necessità di un divieto generalizzato<sup>615</sup>.

Infine, va sottolineato il fatto che la Corte ha accolto in maniera acritica la nozione del vivere insieme, senza precisarne i confini e l'ambito di applicazione, finendo per sacrificare a questo principio astratto diritti individuali concreti che, al contrario, sono espressamente garantiti dalla Convenzione. Inoltre, limitandosi ad accertare l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento statale senza poi valutare in concreto il bilanciamento effettuato dalla Francia e la sua ragionevolezza, la Corte ha fallito nel suo obiettivo «to protect small minorities against disproportionate interferences»<sup>616</sup>.

### 7.3. *Il superamento di una visione essenzialista del velo*

Se l'utilizzo margine di apprezzamento in questi casi presta il fianco a diverse critiche, va riconosciuto che, nella giurisprudenza analizzata, la Corte ha progressivamente superato la propria rappresentazione stereotipata ed essenzialista del velo e delle donne musulmane<sup>617</sup>. Nei primi casi esaminati infatti l'uso del velo, *tout court*, era stato

---

<sup>614</sup> Si rimanda a G. Gonzales, 'Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne', in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 219 ss.; J. Marshall, 'S.A.S: v France: Burqa Bans and the Control and Empowerment of Identities', in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 377-389; E. Bribosia, I. Rorive, 'Islamic Perspectives and the Human Rights Debate on Face Veil Bans', in Eva Brems (a cura di), *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 163 ss.; X. Delgrange, M. El Berhoumi, 'Pour vivre ensemble, vivons dévisagés : le voile intégrale sous le regard des juges constitutionnels belge et français', in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 639 ss.; B. Dunlap, 'Protecting the Space To Be Unveiled. Why France's Full Veil Ban Does Not Violate the European Convention on Human Rights', in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 968 ss.; E. Darwinet, 'Face-Veil Bans and anti-mask laws', in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2012, p. 217 ss.

<sup>615</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., Opinione separata comune ai giudici Nussberger e Jäderblom, par. 19.

<sup>616</sup> Ivi, Opinione separata comune ai giudici Nussberger e Jäderblom, par. 20. Nello stesso senso, M. Adrian, 'The Principled Slope: Religious Freedom and the European Court of Human Rights', in E. Fokas, & J. T. Richardson (a cura di), *The European Court of Human Rights and Minority Religions: Messages Generated and Messages Received*, Abingdon, Routledge, 2018, p. 9 ss.

<sup>617</sup> J. F. Dovidio, M. Hewstone, P. Glick, V. Esses, 'Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview', in J. F. Dovidio, M. Hewstone, P. Glick, V. M. Esses (a cura di), *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage, 2010, p. 3-28.

delegittimato sulla base di una valutazione che lo voleva di per sé inconciliabile con i principi di uguaglianza di genere e non discriminazione, valori fondanti ogni società democratica<sup>618</sup>. Come visto, non veniva dato alcun valore al fatto che il velo era indossato dalle singole ricorrenti sulla base di convinzioni maturate liberamente e senza alcun intento di indottrinamento esterno<sup>619</sup>.

Come evidenziato da Lourdes Peroni, inoltre, una delle conseguenze create dal ricorso a stereotipi da parte della Corte, era il misconoscimento del gruppo in questione, le donne musulmane, che veniva rappresentato come inferiore e necessariamente oppresso<sup>620</sup>. Assegnando di fatto alle donne musulmane uno status di vittime della propria cultura, la Corte rifletteva un'interpretazione storica e colonialista delle relazioni di genere tra uomini e donne musulmani e finiva per riprodurre gerarchie tra gruppi<sup>621</sup>.

A partire da *S.A.S. c. Francia*, invece, la Corte ha riconosciuto che il velo, lungi dall'essere di per sé in contrasto con l'uguaglianza di genere, dal momento che è spesso indossato su base volontaria, deve essere considerato un'espressione dell'identità culturale e religiosa di chi decide di portarlo. Tale manifestazione, almeno *in abstracto*, contribuisce al pluralismo, essenziale per la democrazia.

#### 7.4 Un pluralismo selettivo

L'analisi sinora condotta evidenzia che il rischio in cui incorre la Corte è quello di cadere in un "pluralismo selettivo"<sup>622</sup> in cui ai membri delle minoranze si chiede di rinunciare, almeno nello spazio pubblico, a simboli visibili ed esterni della propria identità religiosa e culturale, conformandosi alle convenzioni della maggioranza<sup>623</sup>. È la

---

<sup>618</sup> Corte EDU, *Dahlab c. Svizzera*, cit., p. 13.

<sup>619</sup> R. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.

<sup>620</sup> L. Peroni, 'Minorities before the European Court of Human Rights', cit., p. 205.

<sup>621</sup> A. Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 707-738. M. Malik, 'The "Other" Citizens: Religion in a Multicultural Europe', in C. Ungureanu, L. Zucca (a cura di), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, 2012, pp. 93-114.

<sup>622</sup> Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, cit., Opinione separata comune ai giudici Nussberger e Jäderblom, cit., par. 14.

<sup>623</sup> P. Parolari, 'Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani', cit., p. 92; B. Parekh, *A New Politics of Identity. Political Principles for an Interdependent World*, New York, 2008, pp. 84-87.

legittimazione di un modello di integrazione culturale di tipo assimilazionista<sup>624</sup>. Ci si discosta, invece, dalla visione, peraltro sostenuta dalla stessa Corte, secondo cui compito degli Stati non dovrebbe essere quello di eliminare le radici delle tensioni ma favorire una maggiore tolleranza tra gruppi. In questo caso, invece, si rinuncia alla possibilità di una convivenza da eguali nella diversità, richiedendo implicitamente alle donne che per motivi religiosi decidano di indossare il velo di rimanere segregate in casa e inibendo dunque qualsiasi reale possibilità di integrazione<sup>625</sup>.

Dalla nozione di pluralismo come elaborata dalla Corte derivano, dunque, obblighi contrastanti per gli Stati a seconda che a tale nozione si faccia ricorso in relazione all'art. 11, come abbiamo visto nella sezione precedente, o all'art. 9. Nel primo caso, sugli Stati grava l'obbligo positivo di garantire le condizioni necessarie per la promozione del pluralismo culturale, nel secondo, appare legittima una compressione del pluralismo religioso per garantire la coesistenza dei diversi gruppi religiosi. La conseguenza è che il pluralismo religioso acquisisce un significato escludente e confliggente con la sua stessa natura<sup>626</sup>.

## **8. La tutela dell'identità dei membri delle minoranze attraverso il rispetto della vita privata**

### *8.1 La protezione dello stile di vita tradizionale*

Un ultimo aspetto che si intende analizzare è in che misura la Corte di Strasburgo abbia protetto le pratiche e l'identità culturale degli individui appartenenti a gruppi minoritari

---

<sup>624</sup> L. Magi, 'Integrazione culturale a Strasburgo', cit., p. 259. Tuttavia, sarebbe incorretto sostenere che la Corte si faccia portavoce di una visione di secolarismo militante che sostiene un divieto di tutti i simboli religiosi dalla sfera pubblica. A questo proposito si veda il caso Corte EDU, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, ricorso n. 41135/98, 23 febbraio 2010, in cui viene riscontrata una violazione dell'art. 9.

<sup>625</sup> S. Smet, 'Freedom of Religion v. Freedom from Religion: Putting Religious Dictates of Conscience (Back) on the Map', in J. Temperman (a cura di), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden, Brill, 2012, pp. 113-42.

<sup>626</sup> M. Ferri, 'The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights', cit., p. 97; J. Martínez-Torrón, 'Religious Pluralism. The Case of the European Court of Human Rights', in F. Requejo, C. Ungureanu (a cura di), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and Post-Secularism*, London-New York, Routledge, 2014, pp. 123-146; S. Borelli, 'Of Veils, Crosses and Turbans: The European Court of Human Rights and the Protection of Cultural Diversity in Europe', in S. Borelli and F. Lenzerini (a cura di), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, pp. 144-171. Si veda anche M. Ferri, 'How to Strengthen Protection of (Religious) Minorities and Cultural Diversity under EU Law: Some Lessons from Human Rights Protection System', in *Religions*, Vol. 12, 2021, p. 864.

attraverso il ricorso all'art. 8<sup>627</sup> che, si ricorda, riguarda il rispetto della vita privata e familiare. In particolar modo, ci si soffermerà su due dimensioni: la protezione dello stile di vita tradizionale e il diritto all'autodefinizione etnica degli appartenenti a gruppi minoritari.

Per quanto riguarda il primo aspetto<sup>628</sup>, già nel 1983, la Commissione aveva sostenuto che il membro di un gruppo minoritario «is, in principle, entitled to claim the right to respect for his particular lifestyle as “private life”»<sup>629</sup>. Nel caso *G. e E. c. Norvegia*, la sommersione di un appezzamento di terreno a causa della costruzione di una centrale idroelettrica si era tradotta in una lesione della vita privata dei ricorrenti, appartenenti alla comunità Sami, poiché erano state messe a repentaglio la sopravvivenza della loro cultura e le pratiche tradizionali di caccia, pesca e allevamento di renne. Tuttavia, la Commissione aveva rigettato l'ipotesi di una violazione dell'art. 8 da parte della Norvegia per non aver tutelato lo stile di vita tradizionale dei ricorrenti, impedendo la costruzione della centrale. La Commissione aveva ritenuto, infatti, che rimanevano a disposizione dei ricorrenti vaste aree nel nord della Norvegia adatte allo svolgimento di attività tradizionali<sup>630</sup>.

La questione della tutela dello stile di vita dei membri di gruppi minoritari e il suo legame con il rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8* sono tornati alla ribalta e sono stati finalmente affrontati dalla Corte europea nel caso *Chapman c. Regno Unito*. Si tratta del primo caso di una serie di controversie<sup>631</sup>, tutte contro il Regno Unito, originate dalle

---

<sup>627</sup> CoE, *Convenzione europea*, cit., art. 8: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>628</sup> Si veda R. Medda-Windischer, 'The European Court of Human Rights and Minority Rights', in *Journal of European Integration*, Vol. 25, pp. 249-271.

<sup>629</sup> Commissione europea per i diritti umani, *G. ed E. c. Norvegia*, 9278/81 e 9415/81, 3 ottobre 1983.

<sup>630</sup> La stessa linea argomentativa era stata seguita anche dalla Corte nel 2005 che aveva ritenuto manifestamente infondato un ricorso presentato da appartenenti alla minoranza serba che ritenevano che la distruzione del proprio villaggio a causa di operazioni di estrazione della lignite avrebbe condotto alla distruzione della propria cultura. Per la Corte il trasferimento nella cittadina vicina, invece, garantiva ai ricorrenti di vivere nella stessa regione, nello stesso ambiente culturale e il mantenimento della lingua, delle pratiche religiose e dei costumi tradizionali grazie alle garanzie che la Costituzione del Land riservava alla stessa minoranza (Corte EDU, *Noack c. Germania*, inammissibilità, 25 maggio 2005).

<sup>631</sup> Corte EDU, *Beard c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94, 18 gennaio 2001; *Coster c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94, 18 gennaio 2001; *Jane Smith c. Regno Unito*, ricorso n. 25154/94, 18 gennaio 2001, *Lee c. Regno Unito*, ricorso n. 25289/94, 18 gennaio 2001.

difficoltà patite da individui di origine rom nel trovare alloggi compatibili con il proprio stile di vita, a causa della negazione di permessi da parte delle autorità locali per far stazionare caravan in determinati spazi o dall'indisponibilità di aree pubbliche o private adatte a tale scopo<sup>632</sup>. Come vedremo, in queste controversie, la Corte ha legato l'identità rom ad alcune caratteristiche precipue arrivando a ricavare un obbligo positivo degli Stati «to facilitate the Gypsy way of life».

Nel caso di specie, la ricorrente lamentava una violazione dell'art. 8 della Convenzione, e dunque una lesione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, poiché le autorità inglesi le avevano impedito di soggiornare con una roulotte nei terreni da lei acquistati e le avevano negato il rilascio dei permessi di costruzione necessari. Si trattava, infatti, di un'area verde tutelata per motivi ambientali<sup>633</sup>.

La Corte ha riconosciuto e valorizzato immediatamente il fatto che il ricorso concerneva una questione di tutela dell'identità della ricorrente quale appartenente ad un gruppo minoritario che, per tradizione culturale, viveva in modo nomade. Infatti, abitare in una roulotte è stato considerato parte integrante dell'identità etnica della ricorrente in ragione della lunga tradizione della minoranza zingara a seguire uno stile di vita itinerante<sup>634</sup>. Per questo motivo, la Corte ha riconosciuto che le misure che riguardavano lo stazionamento nella roulotte influivano sulla protezione e sul mantenimento di tale identità e rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 8. Infatti, ha sostenuto che la vita privata e familiare deve poter essere condotta in accordo con le proprie tradizioni culturali<sup>635</sup>.

La Corte, dunque, ha ammesso che era stata registrata un'interferenza nel diritto della ricorrente al rispetto della propria vita privata e familiare da condurre in accordo con la propria identità etnica. È passata così a valutare, come nei casi analizzati precedentemente, se tale interferenza fosse giustificata ai sensi dell'art. 8, par. 2, ossia se fosse prevista dalla legge, perseguisse uno scopo legittimo e fosse necessaria in una società democratica. Se i primi due requisiti risultavano soddisfatti, poiché le misure attuate dallo Stato erano disciplinate dalla legge e trovavano una giustificazione legittima

---

<sup>632</sup> Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, 18 gennaio 2001; *Connors c. Regno Unito*, ricorso n. 66746/01, 27 maggio 2004.

<sup>633</sup> Ivi, par 71.

<sup>634</sup> Ivi, par 72-73.

<sup>635</sup> *Ibidem*.



nella protezione dei diritti di altri, realizzata attraverso la tutela dell'ambiente<sup>636</sup>, più complessa era la valutazione operata dalla Corte per stabilire se le stesse dovessero essere considerate o meno proporzionate allo scopo perseguito.

A questo proposito, la Corte ha osservato l'emergenza di un *consensus* europeo, testimoniato dall'adozione, nell'ambito del Consiglio d'Europa, della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, a favore del riconoscimento dei bisogni specifici dei gruppi minoritari e di un obbligo di tutelare la loro identità, sicurezza e stile di vita<sup>637</sup>. Merita di essere rimarcato il fatto che la Corte ha sottolineato come questo sviluppo abbia avuto non solo il fine di proteggere gli interessi delle minoranze ma sia radicato anche nella consapevolezza, diffusa a livello europeo, che la diversità culturale costituisca un valore per la comunità nel suo complesso e vada dunque preservata.

Nel caso di specie ne derivava che, a fronte di una minoranza considerata vulnerabile, i bisogni specifici e lo stile di vita tradizionale della comunità rom dovevano essere oggetto di garanzie specifiche. Pertanto, la Corte ha ricavato dall'art. 8 l'obbligo positivo per gli Stati di «to facilitate the Gypsy way of life»<sup>638</sup>.

Tuttavia, l'impatto della ricostruzione di quest'obbligo non deve essere sovrastimato e non deve essere interpretato come un impegno per lo Stato di adottare tutte le misure necessarie affinché i membri di un gruppo minoritario possano effettivamente vivere in accordo alle proprie tradizioni culturali<sup>639</sup>. Al contrario, si tratta di un obbligo di natura procedurale: lo Stato deve limitarsi a dimostrare di aver preso in considerazione, nella formulazione delle proprie politiche e nei processi decisionali, le specificità dello stile di vita del gruppo minoritario.

Il *consensus* emergente tra i Paesi europei non è infatti stato ritenuto sufficientemente consolidato per derivarvi standard condivisi tra gli Stati. La stessa Convenzione quadro, infatti, si limita a stabilire principi generali mentre gli Stati non hanno trovato un accordo sulle modalità di attuazione. La Corte si è riservata, pertanto, un ruolo di mero supervisore, data la complessità e la sensibilità del bilanciamento richiesto tra gli interessi

---

<sup>636</sup> Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, cit., par. 82.

<sup>637</sup> Ivi, par. 93.

<sup>638</sup> Ivi, par. 96. 1

<sup>639</sup> E. Brems, 'Human Rights as a Framework for Negotiating/Protecting Cultural Differences – An Exploration of the Case Law of the European Court of Human Rights', in M.C. Foblets, J.F. Gaudreault-DeBiens, A. Dundes Renteln (a cura di), *Cultural Diversity and the Law*, 2010, p. 673.

potenzialmente contrastanti in gioco, quello generale alla protezione ambientale e quello della ricorrente<sup>640</sup>.

Inoltre, nell'analisi del rispetto del principio di proporzionalità, la Corte, oltre ad affermare l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento degli Stati in materia di pianificazione e di permessi di costruzione, ha tenuto conto del fatto che la signora Chapman non conduceva più uno stile di vita completamente nomade ma che, al contrario, per periodi di tempo considerevoli risiedeva nelle terre da lei acquistate. La decisione della ricorrente di vivere in una roulotte veniva dunque ridotta ad una questione di mera preferenza individuale<sup>641</sup>. La Corte ha precisato infatti che, poiché non sembrava che la ricorrente desiderasse *veramente* condurre uno stile di vita itinerante, il caso di specie non riguardava la tutela dell'identità e di uno stile di vita tradizionale della minoranza rom<sup>642</sup>. La Corte ha ritenuto che era stata tenuta debitamente in considerazione la situazione della ricorrente sia ai sensi del quadro normativo – che conteneva adeguate garanzie procedurali che tutelavano i suoi interessi – sia dalle autorità di pianificazione che avevano rifiutato i permessi in ragione di esigenze di tutela dell'ambiente. Tali motivi sono stati giudicati dalla Corte pertinenti e sufficienti per giustificare le interferenze nell'esercizio dei diritti della ricorrente<sup>643</sup>. Inoltre, la violazione dell'art. 8 è stata esclusa perché la ricorrente, pur di etnia rom, aveva compiuto scelte abitative che non corrispondevano del tutto allo stile di vita che è tradizionalmente considerato espressivo dell'identità etnica rom, con la conseguenza che il discostamento da tale stile di vita la privava della protezione altrimenti offerta dall'art. 8 all'identità etnica.

In controversie successive, la Corte è riuscita a tutelare gli stili di vita tradizionali dei ricorrenti in maniera più inclusiva e tenendo conto della situazione personale e contingente dei ricorrenti. Particolarmente interessante è stato l'uso della dottrina del margine di apprezzamento nel caso *Connor c. Regno Unito*, riguardante lo sfratto di un ricorrente di

---

<sup>640</sup> Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, cit., par. 94.

<sup>641</sup> J. Ringelheim, 'Chapman Redux: The European Court of Human Rights and Roma Traditional Lifestyle', in E. Brems (a cura di), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2012, pp. 426-444.

<sup>642</sup> Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, cit., par. 105: «It would appear that the applicant does not in fact wish to pursue an itinerant lifestyle. She was resident on the site from 1986 to 1990, and between 1992 and these proceedings. Thus, the present case is not concerned as such with the traditional itinerant Gypsy lifestyle».

<sup>643</sup> Ivi, par. 114.

origine rom dalla roulotte situata sul campeggio municipale in cui aveva vissuto con la sua famiglia ininterrottamente per oltre trent'anni<sup>644</sup>.

La Corte ha ritenuto infatti che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, erano le autorità nazionali le più adatte a tutelare i bisogni e a valutare le condizioni e le esigenze locali, in ragione del contatto diretto con le forze vitali dei rispettivi Paesi. Pertanto, soprattutto in settori che comportavano l'applicazione di politiche sociali o economiche (come, nel caso di specie, le politiche di pianificazione e abitative), il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri doveva generalmente ampio<sup>645</sup>. Tuttavia, ad opinione della Corte, la sua estensione poteva variare in base alla natura dell'interesse in gioco e, in particolar modo, doveva necessariamente ridursi, quando il diritto in discussione era cruciale per l'effettivo godimento di «intimate or key rights»<sup>646</sup>. Era questo il caso dell'art. 8 che riguarda diritti di importanza centrale per l'identità e l'autodeterminazione dell'individuo<sup>647</sup>. Pertanto, la Corte ha stabilito che l'ampiezza effettiva del margine di apprezzamento dovrà essere valutata caso per caso, con particolare attenzione all'estensione dell'intrusione operata dalle politiche sociali di uno Stato nella sfera personale del ricorrente<sup>648</sup>. Nel caso di specie, data la gravità dell'interferenza di tali politiche su un aspetto cruciale dell'identità del ricorrente, la Corte ha ritenuto che l'ingerenza nei suoi diritti ai sensi dell'art. 8 richiedesse seri motivi di ordine pubblico a giustificazione di uno sfratto eseguito con una procedura sommaria e che il margine di apprezzamento fosse limitato<sup>649</sup>.

In questo caso, la Corte ha rigettato il ragionamento avanzato dal governo inglese che identificava il nomadismo come l'essenza della cultura e dell'identità rom. Lo Stato convenuto, infatti, aveva sostenuto che, in considerazione dello stile di vita nomade di questo gruppo etnico, le autorità del Regno Unito non fossero obbligate a garantire l'applicazione della normativa interna in materia di sicurezza della proprietà che si applicava ad altre aree abitative. I siti rom necessitavano, infatti, per lo Stato di essere gestiti in maniera flessibile. Inoltre, il Regno Unito aveva anche sostenuto che il potere

---

<sup>644</sup> Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, ricorso n. 66746/01, 27 maggio 2004, par. 93.

<sup>645</sup> Ivi, par. 82. Vedi anche Corte EDU, *Buckleyc. Regno Unito*, 1996-IV, 26 settembre 1976, p. 1292, par. 75,

<sup>646</sup> Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, cit., par. 93.

<sup>647</sup> Si veda anche Corte EDU, *Gillow c. Regno Unito*, cit., par. 55; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, 2002, par. 90.

<sup>648</sup> Corte EDU, *Hatton e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, 2003, par. 103 and 123.

<sup>649</sup> Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, cit., par. 86.

di sgombero sommario fosse uno strumento di gestione vitale per far fronte a comportamenti antisociali particolarmente diffusi nei campi zingari<sup>650</sup>.

La Corte ha constatato al contrario che lo sgombero sommario del ricorrente e della sua famiglia – che non avevano avuto la possibilità di contestare davanti ad un tribunale le accuse mosse contro di loro – non era stato accompagnato dalle garanzie procedurali richieste, vale a dire l’obbligo di fornire un’adeguata giustificazione per la grave ingerenza nei suoi diritti e, di conseguenza, non poteva essere considerato giustificato da una “urgente necessità sociale” o proporzionato allo scopo legittimo perseguito. Pertanto, si concretava una violazione dell’art. 8.

Anche in controversie successive, la Corte ha ribadito che lo stile di vita tradizionale dei membri delle minoranze deve essere tutelato poiché ricade nell’ambito potenziale del rispetto della vita privata *ex art. 8* della Convenzione<sup>651</sup>. Nel bilanciare i diritti degli appartenenti a gruppi minoritari con l’interesse pubblico ha sottolineato la necessità di tenere in considerazione le caratteristiche dei gruppi, collettivamente intesi, la loro natura eventuale di minoranze svantaggiate e vulnerabili e la loro identità separata da quella della maggioranza della popolazione<sup>652</sup>.

Come è stato correttamente osservato, tuttavia, se l’art. 8 si è rivelato uno strumento utile per tutelare l’identità e gli stili di vita tradizionali dei gruppi minoritari, arrivando a giustificare una restrizione del margine di discrezionalità dello Stato<sup>653</sup>, la Corte si è sempre rifiutata di verificare se le politiche sociali, come quelle contestate nei ricorsi qui analizzati, non tenendo conto delle peculiarità culturali dei membri dei gruppi minoritari, costituissero anche una violazione del divieto di discriminazione *ex art. 14*, ritenendo che

---

<sup>650</sup> Ivi, par 87.

<sup>651</sup> Corte EDU, *Halvar c. Svezia*, ricorso n. 34776/97, marzo 1998); *Könkämä e 38 altri villagi Sami c. Svezia*, ricorso n. 27033/95, 25 novembre 1996); *Villaggio Sami Handölsdalen e altri c. Svezia*, ricorso n. 39013/04, 30 marzo 2010.

<sup>652</sup> Corte EDU, *Winterstein et al c. Francia*, ricorso n. 27013/07, 17 ottobre 2013, par. 150-52; *Yordanova et al c. Bulgaria*, ricorso n. 25446/06, 24 aprile 2012, par. 129.

Di recente, la Corte ha esteso l’ambito di applicazione dell’art. 8 fino a ricomprendervi gli stereotipi negativi sui gruppi che quando raggiungono certi livelli possono avere un impatto sull’identità del gruppo minoritario e sui sentimenti di autostima e fiducia in sé stessi dei propri membri, costituendo una potenziale lesione della vita privata. A questo proposito si veda, ad esempio, Corte EDU, *Budinova e Chaprazov c. Bulgaria*, ricorso n. 12567/13, 4 marzo 2021.

<sup>653</sup> In questo senso si veda Corte EDU, *Munoz Dias c. Spagna*, ricorso n. 49151/07, 8 dicembre 2009; *Noack c. Germania*, ricorso n. 46346/99, 25 Maggio 2000; *Ciuboratu c. Moldavia*, ricorso n. 27138/04, 27 aprile 2010.

la questione fosse assorbita dall'analisi relativa all'art. 8<sup>654</sup>. Ciò ha fatto sì che i contenuti dell'obbligo positivo, gravante sugli Stati, di facilitare lo stile di vita dei membri di un gruppo minoritario, come affermato a partire dal caso Chapman in poi, siano rimasti non precisati. Come evidenziato in dottrina, l'esistenza di un obbligo siffatto dovrebbe giustificare di per sé un trattamento differenziato *ad hoc*, necessario per proteggere le specificità identitarie degli appartenenti a gruppi minoritari<sup>655</sup>.

### 8.1.1 La visione stereotipata dell'identità rom e il suo superamento

La Corte, nella prima fase della sua giurisprudenza sulla protezione degli stili di vita tradizionali, ha adottato una visione essenzialista dell'identità etnica rom. Come abbiamo visto, nel caso Chapman ha compiuto un'opera di astrazione dello stile di vita della ricorrente, riducendolo a un unico tratto considerato rilevante: il nomadismo<sup>656</sup>. Era chiaramente in atto un ragionamento di tipo essenzialista: una determinata pratica culturale veniva considerata caratteristica necessariamente distintiva dei membri del gruppo minoritario, la sua assenza, invece, rischiava di indebolire la pretesa di appartenenza alla collettività considerata<sup>657</sup>. Il richiamo alla storia e alla lunga tradizione di nomadismo asseveravano, nel ragionamento della Corte, l'essenzialità di tale caratteristica per l'identità zingara, che finiva per congelare nel tempo il gruppo in «a retrospective and nostalgic understanding of its identity»<sup>658</sup>. La costruzione essenzialista dell'identità rom – che considera lo stile di vita nomade una caratteristica fissa e “naturale” di cui si oscura invece il carattere contingente e socialmente creato – era però,

---

<sup>654</sup> L'analisi della giurisprudenza in termini di non discriminazione esula dalle possibilità di questo articolo. Si rimanda a K. Henrard, 'The European Court of Human Rights, Ethnic and Religious Minorities and the Two Dimensions of the Right to Equal Treatment: Jurisprudence at Different Speeds?', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 34:3, 2016, pp. 157-177.

<sup>655</sup> G. Pentassuglia, cit., p. 13: «The main problem seems to lie in the decoupling of Article 8 from the right to non-discrimination». R. Toivanen, 'Beyond legal categories of indigeneity and minority-ness: The case of Roma and falling in-between', in R. Medda-Windischer, C. Boulter, T. H. Malloy *Extending the Protection to Migrant Populations in Europe: Old and New Minorities*. Routledge, 2019, p. 65.

Si vedrà come la questione venga in rilievo e sia trattata diversamente dalla Corte in una serie di casi riguardanti il diritto all'istruzione dei minori rom in quanto appartenenti a una minoranza vulnerabile: cfr par. 6.

<sup>656</sup> D. Farget, 'Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 19, 2012, pp. 291-316.

<sup>657</sup> A. Phillips, 'What's Wrong with Essentialism?', in *Scandinavian Journal of Social Theory*, Vol. 20, 2010, pp. 47-60.

<sup>658</sup> A. Eisenberg, *Reasons of Identity: A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford University Press, 2009, p. 131.

al contempo, d'ausilio per comprendere le posizioni dei ricorrenti e funzionale e decisiva nell'ampliamento della portata dell'ambito di applicazione dell'art. 8 che veniva, per la prima volta, esteso alla tutela dell'identità etnica e alla protezione degli stili di vita tradizionali.

Al tempo stesso, la visione essenzialista dell'identità rom diveniva successivamente argomento per ridurre – insieme all'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri in materia di pianificazione e di permessi di costruire – la portata delle richieste della ricorrente. Infatti, per la Corte, il fatto che la signora Chapman non conducesse più uno stile di vita completamente nomade portava a comprimere nella valutazione finale la dimensione culturale del caso.

Questa controversia è dunque rappresentativa di come, almeno in una prima fase della giurisprudenza della Corte, si sia assistito a una rappresentazione problematica dell'identità rom. I ricorrenti, come abbiamo già visto accadere nei casi riguardanti il velo islamico, di fatto scomparivano dietro o venivano ridotti a una singola caratteristica rappresentata come nucleo immutabile dell'identità del gruppo di appartenenza<sup>659</sup>. Il ragionamento essenzialista della Corte in questi casi operava in una duplice direzione: da un lato, venivano interpretate come essenze statiche caratteristiche che sono invece socialmente create e potenzialmente mutevoli; dall'altro, tali attributi finivano per divenire tratto definitorio dell'identità di tutti coloro che rientravano in quella categoria<sup>660</sup>. Ciò si traduceva in una tutela parziale dell'identità culturale dei ricorrenti, laddove non aderisse, come quella della signora Chapman, alle caratteristiche fissate dalla Corte.

Tuttavia, come è emerso, nei casi successivi, lo stile di vita itinerante non è stato riconosciuto più come unica cifra determinativa dell'identità zingara, attenuando dunque il discorso naturalizzante<sup>661</sup>.

---

<sup>659</sup> L. Peroni, 'Religion and Culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risk of stereotyping and naturalizing,' in *International Journal of Law in Context*, Vol. 10(2), 2014, p. 201.

<sup>660</sup> A. Phillips, *Multiculturalism without Culture*, cit., p. 53.

<sup>661</sup> Vei anche Corte EDU, *Harrison c. Regno Unito*, ricorso n. 32263/96, 3 maggio 2001, p. 11, ricorso dichiarato inammissibile.

## 8.2 L'autodefinizione dell'identità etnica: caratteri generali

Nella giurisprudenza della Corte europea, come abbiamo visto, la protezione dell'identità etnica è considerata un elemento cruciale della vita privata dell'individuo e, pertanto, viene tutelata per il tramite di un'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Convenzione. I confini della sua salvaguardia si estendono non solo – come appena detto – al diritto a preservare l'identità culturale, lo stile di vita e le tradizioni dei membri appartenenti a gruppi minoritari, ma, secondo una recente giurisprudenza, che non può dirsi ancora consolidata, ricomprendono anche il diritto di scegliere liberamente la propria identità etnica. La Corte, infatti, come vedremo, nell'ultima delle tre sentenze in cui ha affrontato la questione – *Tasev c. Macedonia del Nord*<sup>662</sup> – ha implicitamente sostenuto l'interpretazione per cui la determinazione della propria identità etnica dovrebbe essere frutto di una libera autoidentificazione individuale, sulla base di criteri puramente soggettivi<sup>663</sup>. Tuttavia, come verrà messo in luce, l'organo non è riuscito effettivamente a definire con precisione i contorni di tale diritto, rischiando, in una certa misura, di diluire la protezione dell'identità delle minoranze.

Peraltro, va rammentato che il diritto all'autoidentificazione etnica è un diritto che raramente ha trovato spazio in trattati internazionali. L'unico a prevedere l'obbligo dello Stato di consentire l'autoidentificazione etnica è la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa cui, non a caso, la Corte europea ha fatto costantemente richiamo. È possibile individuare due dimensioni di tale diritto: una negativa e l'altra positiva.

Per quanto riguarda la prima, la Convenzione quadro, all'art. 3, asserisce che i membri delle minoranze hanno il diritto di scegliere liberamente di non essere trattati come tali, senza che derivi nessuno svantaggio da tale scelta o nell'esercizio dei diritti a essa conseguenti<sup>664</sup>. Similmente, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone

---

<sup>662</sup> Corte EDU, *Tasev c. Macedonia del Nord*, ricorso n. 9285/13, 15 maggio 2019.

<sup>663</sup> Sulla ricostruzione dell'uso delle categorie etniche da parte della Corte europea si veda: J. Ringelheim, 'Ethnic Categories and European Human Rights Law', in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 34, 2011, pp. 1682-1696.

<sup>664</sup> CoE, *Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali*, cit., art. 3, par. 1: «Every person belonging to a national minority shall have the right freely to choose to be treated or not to be treated as such and no disadvantage shall result from this choice or from the exercise of the rights which are connected to that choice».

Sulle relazioni tra Convenzione quadro e Corte europea si veda: S.E. Berry, 'A tale of two instruments: religious minorities and the Council of Europe's rights regime', in *Netherland Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 10 ss.

appartenenti a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche stabilisce che nessun pregiudizio deve derivare dalla libera scelta di un individuo di non essere trattato come appartenente a una minoranza<sup>665</sup>. Si tratta di un diritto incondizionato di *opt-out* che tutela l'individuo da eventuali regimi normativi che si basino su una classificazione etnica<sup>666</sup>. Pertanto, nessun trattato o altro strumento può imporre a un soggetto di sottostare, contro la propria volontà, a un regime speciale in termini di protezione delle minoranze.

La dimensione positiva del diritto all'autoidentificazione etnica è più controversa, almeno per quanto riguarda la sua estensione. Il primo organo internazionale che ha preso posizione in materia è stato, nel 1990, il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale che, nella Raccomandazione Generale n. 8, ha chiarito che, fatte salve eventuali giustificazioni contrarie, l'appartenenza a un gruppo minoritario debba basarsi sull'autoidentificazione dell'individuo interessato<sup>667</sup>. Similmente, il documento conclusivo della riunione di Copenaghen della Conferenza sulla dimensione umana dell'OCSCE<sup>668</sup>, sulla base del quale sono stati conclusi diversi trattati bilaterali e multilaterali, ha ribadito che essere membro di una minoranza è una questione di scelta individuale. A fronte di tale scelta, deriva il diritto di esprimere, preservare e sviluppare liberamente la propria identità etnica, culturale e linguistica, in maniera libera da ogni tentativo di assimilazione.

Similmente, l'art. 3 della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa garantisce a ogni individuo che appartiene ad una minoranza nazionale la libertà di decidere di avvalersi della tutela fornita dall'accordo, nel caso in cui l'individuo si autoidentifichi quale membro di un gruppo minoritario. Come chiarito dal Comitato consultivo sulla Convenzione quadro, ciò significa che le autorità statali non possono determinare e imporre dall'esterno l'appartenenza di un individuo a un gruppo specifico,

---

<sup>665</sup> UNGA, *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche*, Res. 47/135, U.N. Doc. A/RES/47/135, 92nd plenary meeting, 18 dicembre 1992, art. 3.

<sup>666</sup> A. Pap, 'Legal Right to Free Choice of Ethno-Racial Identity?' in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 46, 2016, p. 198 ss.

<sup>667</sup> CERD, *General Recommendation VIII Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention Identification with a Particular Racial or Ethnic Group*, Adopted at the Thirty-eighth session of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 22 agosto 1990, UN Doc. A/45/18: «Is of the opinion that such identification shall, if no justification exists to the contrary, be based upon self-identification by the individual concerned».

<sup>668</sup> Organization for Security and Co-operation in Europe, *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSE*, 29 giugno 1990, par. 32, 32.6, 33.



indipendentemente dalla sua volontà, sulla base di caratteristiche visibili, come per esempio tratti fisici<sup>669</sup>. Al tempo stesso, se è proibita qualsiasi forma di assimilazione – anche indiretta e non volontaria –, il principio della libera scelta della propria identità implica che, quando l’assimilazione è frutto di una libera preferenza dell’individuo, deve essere consentita e non stigmatizzata e scoraggiata dallo Stato<sup>670</sup>.

Tuttavia, il Rapporto esplicativo della Convenzione ha chiarito che dall’art. 3 non si può desumere il diritto di un individuo di scegliere *in maniera arbitraria* la sua appartenenza a una minoranza. La scelta individuale soggettiva deve essere sempre correlata «to *objective criteria* relevant to the person’s identity»<sup>671</sup>. Il riferimento alla necessità di criteri oggettivi ha portato alcuni commentatori a ritenere che il diritto di identificarsi liberamente con una comunità minoritaria cadrebbe al di fuori dell’ambito della “libera scelta identitaria”, che si limiterebbe a garantire la libertà di *opt-out*<sup>672</sup>.

Nella prassi, il Comitato consultivo sulla Convenzione quadro<sup>673</sup> si è sempre astenuto dal definire questi criteri oggettivi, ritenendo che gli stessi debbano essere valutati caso per caso<sup>674</sup>. Lo stesso organo ha poi specificato che la libera autoidentificazione di una persona come membro di una minoranza o in relazione alla propria identità etnica può essere messa in discussione solo in rari casi. Ad esempio, se tale scelta non appare basata sulla buona fede o è motivata esclusivamente dal desiderio di ottenere particolari vantaggi o benefici si può ritenere in contrasto ai principi e agli scopi della Convenzione quadro<sup>675</sup>.

---

<sup>669</sup> Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities under the Framework Convention*, Thematic Commentary no. 3, 24 maggio 2012.

<sup>670</sup> OSCE, *Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies & Explanatory Note*, 2012, p. 15.

<sup>671</sup> CoE, Explanatory Report to the Framework Convention of National Minorities, European Treaty Series – No. 157, Stasburgo, 1 febbraio 1995, par. 35: «Article 3(1) does not imply a right for an individual to choose arbitrarily to belong to any national minority. The individual’s subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person’s identity».

<sup>672</sup> H.-J. Heintze, ‘Article 3’, in M. Weller (a cura di), *The Rights of Minorities in Europe: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, 2005, pp. 1073. Si veda E. Craig, ‘Who are the Minorities? The Role of the Right to Self-Identify within the European Minority Rights Framework’, in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol 15, No 2, 2016, pp. 6-30.

<sup>673</sup> Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *The Framework Convention: A key tool to managing diversity through minority rights*, Thematic Commentary No. 4 *The Scope of Application of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, 25 maggio 2016.

<sup>674</sup> Ivi, par. 9.

<sup>675</sup> Ivi, par. 10.

Il Comitato ha anche chiarito che comunque un'identità minoritaria non può essere imposta dall'esterno e ha più volte criticato la registrazione obbligatoria dell'etnia nei documenti di identità o nei registri interni degli enti amministrativi, in quanto contraria al diritto alla libera identificazione<sup>676</sup>. Similmente, anche la Commissione antirazzismo del Consiglio d'Europa<sup>677</sup> ha indicato che la raccolta di dati sull'affiliazione ad una minoranza debba avvenire sempre su base volontaria e nel rispetto del principio del consenso informato e della autoidentificazione volontaria.

### *8.3 La giurisprudenza della Corte sull'autoidentificazione etnica*

È nel quadro appena tratteggiato che si inseriscono le pronunce della Corte europea. La questione dell'autoidentificazione etnica è venuta in rilievo, per la prima volta, nel caso *Ciubotaru c. Moldavia*<sup>678</sup>. Il ricorrente aveva domandato che nei suoi documenti venisse cambiata la propria appartenenza etnica da moldava in rumena. Tuttavia, le autorità statali avevano opposto un rifiuto a tale richiesta. In Moldavia, infatti, l'identità etnica discende da quella dei propri genitori e, sebbene nel caso di specie entrambi fossero nati in Romania, il certificato di nascita del richiedente, rilasciato dalle autorità sovietiche, li aveva registrati come di etnia moldava. Il ricorrente lamentava pertanto che l'imposizione forzata dell'identità etnica moldava costituiva un'interferenza con la sua vita privata e che sulle autorità gravava l'obbligo positivo di consentirgli di scegliere la propria appartenenza etnica senza che fosse necessario presentare delle prove.

In questa circostanza la Corte ha riconosciuto che l'identità etnica costituisce un elemento essenziale della vita privata tutelata dall'art. 8 della Convenzione, nel cui ambito di applicazione rientra il diritto di stabilire i dettagli della propria identità<sup>679</sup>. Inoltre, i giudici hanno sottolineato che la questione risultava particolarmente sensibile e cruciale nella Repubblica di Moldavia poiché aveva causato tensioni sociali e un acceso

---

<sup>676</sup> Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Fourth Opinion on the Czech Republic, First Opinion on Germany, Third Opinion on Ireland, First and Third Opinions on the Russian Federation and First and Second Opinions on Ukraine.

<sup>677</sup> ECRI, 'Third Report on Cyprus', CRI(2006)17, par. 99, 2007 'Third Report on Finland', CRI(2007)23, par. 102, 2008 'Third Report on the Netherlands', CRI(2008)3, par. 114.

Si veda anche J. Ringelheim, 'Minority protection, data collection and the right to privacy', in *European Yearbook of Minority Issues*, Vol. 6, 2006/7, pp. 5177.

<sup>678</sup> Corte EDU, *Ciubotaru c. Moldavia*, ricorso n. 27138/04, 27 luglio 2010.

<sup>679</sup> Ivi, par 49. Per la prima volta: Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30566/04, 4 dicembre 2008.

dibattito per lungo tempo e poiché l'identità etnica registrata di un individuo era decisiva per la determinazione di quella dei suoi figli e delle generazioni successive<sup>680</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che le autorità avessero il diritto di rifiutare la registrazione di un'etnia nei documenti ufficiali quando la stessa si basasse su motivi puramente soggettivi<sup>681</sup>. La rivendicazione identitaria per la Corte deve basarsi su prove oggettivamente verificabili, come nome e lingua, e non sulla percezione soggettiva della propria etnia<sup>682</sup>.

Tuttavia, nel caso di specie, la Corte ha valorizzato il fatto che il ricorrente fosse in grado di provare un legame oggettivo con il gruppo etnico rumeno, anche se non l'etnia dei propri genitori. Pertanto, anche in considerazione delle realtà storiche del Paese, la Corte è stata dell'opinione che la legge moldava imponesse al ricorrente, i cui genitori non erano stati registrati come appartenenti all'etnia rumena (ma moldava), un requisito sproporzionato da soddisfare per ottenere la registrazione sui documenti d'identità dell'etnia rumena<sup>683</sup>. Conseguentemente, la Moldavia che, come si ricorda, ammetteva come unica prova l'identità etnica registrata dei propri ascendenti, aveva violato l'art. 8 della Convenzione nella misura in cui, non valutando la rivendicazione identitaria del ricorrente alla luce delle prove oggettive e verificabili circa la sua appartenenza all'etnia rumena, che egli avrebbe comunque potuto fornire, in termini ad esempio di lingua o origine del nome, non era stata in grado di tutelarne la vita privata<sup>684</sup>.

Pur riscontrando una violazione dell'art. 8 della Convenzione, la sentenza è stata criticata poiché la Corte avrebbe dato eccessiva enfasi alla presenza di elementi oggettivi che stabiliscano un nesso verificabile con la minoranza etnica alla quale si dichiara di fare parte<sup>685</sup>.

Un ulteriore chiarimento del diritto all'autoidentificazione etnica si è registrato nella controversia *Molla Sali c. Grecia*<sup>686</sup>, il cui contenuto non potrà essere approfondito in

---

<sup>680</sup> Corte EDU, *Ciubotaru c. Moldavia*, cit., par. 53.

<sup>681</sup> Ivi, par. 57

<sup>682</sup> *Ibidem*.

<sup>683</sup> *Ibidem*.

<sup>684</sup> Ivi, par 59.

<sup>685</sup> Per un'interpretazione critica si veda: J. Ringelheim, 'Ethnic categories and European human rights law', in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 34, 2011, pp. 1682-98; E. Craig, 'Who are the Minorities? The Role of the Right to Self-Identify within the European Minority Rights Framework', in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 15, No 2, 2016, pp. 6-30.

<sup>686</sup> Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia*, ricorso n. 20452/14, 19 dicembre 2018.

questa sede. Basti qui richiamare il fatto che la Corte era stata chiamata a giudicare se l'applicazione della *sharia*, prevista dalla legislazione greca come una forma di protezione degli appartenenti alla minoranza musulmana in esecuzione di alcuni trattati internazionali conclusi dalla Grecia<sup>687</sup>, fosse conforme alla CEDU. Nel caso di specie, in particolare, nonostante la scelta esplicita di un testatore musulmano di rinunciare all'applicazione del diritto di famiglia della *sharia* a favore dell'applicazione del diritto civile greco, i tribunali nazionali avevano regolato le questioni successorie alla luce del primo, a detrimento della consorte del defunto.

Già diversi organismi internazionali, in generale, avevano espresso preoccupazione riguardo l'applicazione della *sharia* ai musulmani della Tracia occidentale, evidenziando i suoi effetti discriminatori sulle donne e i minori in materie successorie e di diritto di famiglia. Ad esempio, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, nel suo rapporto sui diritti delle minoranze, lo aveva giudicato incompatibile con gli impegni internazionali assunti dalla Grecia dopo la ratifica dei trattati sui diritti umani post 1948 e aveva raccomandato allo Stato di interpretare i trattati ratificati all'inizio del XX secolo in conformità con gli obblighi derivanti dagli accordi successivi<sup>688</sup>.

Ai fini dell'analisi qui condotta, ciò che preme mettere in risalto è che, in questa occasione, la Corte ha specificato che uno Stato non può assumere il ruolo di garante dell'identità di una minoranza a detrimento del diritto dei membri del gruppo di scegliere se appartenere o meno ad essa e seguire le sue regole e pratiche<sup>689</sup>. Ciò è valido anche qualora lo Stato abbia creato uno quadro giuridico speciale che comporti privilegi

---

<sup>687</sup> La protezione delle peculiarità religiose dei greci di religione musulmana si basava su tre trattati internazionali: il Trattato di Atene del 14 Novembre 1913 tra Grecia e Turchia, il Trattato di Sèvres del 10 agosto del 1920 riguardante proprio la protezione delle minoranze concluso tra Grecia e dall'altro lato Impero Britannico, Francia, Giappone e Italia e, infine, il Trattato di Losanna del 24 luglio 1923. Ad esempio, l'art. 11 del trattato di Atene prevedeva: «The muftis, in addition to their authority over purely religious affairs and their supervision of the administration of *vakouf* [public] property, shall exercise jurisdiction between Muslims in matters of marriage, divorce, maintenance payments (*néfaca*), guardianship, trusteeship, emancipation of minors, Islamic wills, and succession to the position of Mutevelli (*tevliet*)».

<sup>688</sup> Così si era espresso il Commissario per i diritti umani del CoE, Thomas Hammarberg nel Rapporto successivo alla visita in Grecia dall'8 al 10 dicembre 2008. Allo stesso modo, UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding comments*, 2 febbraio 2007: «The Committee voiced its concern about the non-application of Greek legislation on marriage and inheritance to the Muslim minority, fearing that that situation amounted to discrimination against Muslim women in breach of the Greek Constitution and Article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women».

<sup>689</sup> Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia*, cit., par. 155-156.

particolari per una minoranza, come nel caso di specie<sup>690</sup>. La Grande Camera, dunque, ha riconosciuto che in un contesto di tutela delle minoranze, in cui i gruppi sono dotati di forme di autonomia, lo Stato possa salvaguardare alcuni diritti collettivi ascritti alla minoranza in quanto tale, purché così facendo non determini la violazione dei diritti dei suoi membri<sup>691</sup>.

Impedire ai membri di una minoranza di scegliere il diritto applicabile violava il diritto di ciascuno alla libera autoidentificazione etnica che, nella sua dimensione negativa, è stato ritenuto dalla Corte un diritto cardine e ampiamente riconosciuto della protezione delle minoranze<sup>692</sup>. Infatti, lo Stato, prevedendo l'applicazione obbligatoria della *sharia*, avrebbe violato il diritto dell'individuo di non identificarsi, sulla base di una scelta personale, nella minoranza di appartenenza, ossia il diritto di uscita dal gruppo<sup>693</sup>. La Corte si è soffermata dunque sulla dimensione negativa di tale diritto e, facendo esplicito riferimento all'art. 3, par. 1 della Convenzione quadro, ha ribadito che a ciascun individuo deve essere garantito il diritto di scegliere, in maniera completamente libera, di non essere trattato come membro di una minoranza e che tale decisione deve essere rispettata in egual misura dallo Stato e dagli altri membri della minoranza<sup>694</sup>.

Nella più recente e controversa sentenza *Tasev c. Macedonia del Nord*<sup>695</sup>, è parso che la Corte abbia compiuto un passaggio ulteriore adottando un approccio all'autoidentificazione etnica pura e basata esclusivamente sull'auto-percezione del soggetto, senza però chiarire i limiti entro cui tale diritto può essere esercitato. Nel caso di specie, ad un giudice era stata negata la possibilità di mutare la propria affiliazione etnica da bulgara – come precedentemente dichiarata – in macedone, nelle liste elettorali, poiché tale richiesta era stata avanzata successivamente all'indizione dell'elezione per un posto vacante nel Consiglio giudiziario statale. Il Ministero della Giustizia aveva ritenuto infatti che un cambio di affiliazione etnica successivo all'annuncio dei posti disponibili avrebbe svantaggiato gli altri giudici<sup>696</sup>.

---

<sup>690</sup> *Ibidem*.

<sup>691</sup> C. Nardocci, 'Light on Article 14 between Discrimination by Association & Self Identification Right. The Individual within the Group & the Group before the State in ECtHR's *Molla Sali v. Greece*: a Successful Balance?', in *Federalismi.it*, 2019, p. 15.

<sup>692</sup> Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia*, cit., par. 157.

<sup>693</sup> *Ibidem*.

<sup>694</sup> *Ivi*, par. 158.

<sup>695</sup> Corte EDU, *Tasev c. Macedonia del Nord*, cit., par. 33.

<sup>696</sup> *Ivi*, par. 9.

La Corte ha inquadrato il caso ai sensi dell'art. 8 considerando, secondo una giurisprudenza che può dirsi ormai consolidata, che l'identità etnica rientra nella sfera personale protetta da tale disposizione<sup>697</sup>. Ha poi connesso all'identità etnica, come tutelata dall'art. 8, il diritto di autoidentificazione da valorizzare anche nella sua dimensione positiva, ossia come autoidentificazione pura, sia pure ammettendo che possano, in questo caso, esserci limitazioni.

Con riferimento al caso di specie, la Corte ha preso atto che il ricorrente non fosse riuscito a dimostrare legami con il gruppo etnico nelle cui liste voleva registrarsi. Ciononostante, ha accertato l'avvenuta violazione dell'art. 8 poiché la disposizione normativa in virtù della quale al ricorrente era stato negato il cambio di identità etnica non era sufficientemente prevedibile<sup>698</sup>. Non si è pronunciata, invece, sulla *ratio* e la ragionevolezza del diniego e sulla sua proporzionalità e necessità in una società democratica.

La Corte, se da una parte ha riconosciuto l'obbligo dello Stato di consentire l'autoidentificazione, dall'altra ha perso l'occasione di definire i limiti entro i quali questo diritto può essere esercitato, pur ammettendo che esistano<sup>699</sup>. La Corte sembra, pertanto, affidare a una scelta totalmente soggettiva, basata su percezioni puramente interne al soggetto, e scissa dal contesto e dalle variabili socioculturali, la definizione dell'identità etnica<sup>700</sup>.

Tuttavia, si ritiene che la completa estromissione nella definizione dell'appartenenza etnica di elementi oggettivi, legati all'etnia, a favore di elementi puramente soggettivi, come ad esempio un presunto sentimento di appartenenza a una determinata identità

---

<sup>697</sup> Corte EDU, *Aksu c. Turchia*, ricorso n. 4149/04, 23 maggio 2012, par. 58; *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., par. 66.

<sup>698</sup> La ragione principale del rifiuto di cambiare l'identità etnica nelle liste elettorali era stata infatti la tempistica del richiedente in vista della sua prevista partecipazione alle successive elezioni. Per la Corte non c'è nulla nella disposizione elettorale che possa essere interpretato come escludente ai giudici in corsa per l'elezione al SJC di chiedere la rettifica delle loro voci personali nelle liste elettorali (comprese le rispettive designazioni etniche) dopo la pubblicazione dell'annuncio di tale elezione. L'ingerenza non viene pertanto ritenuta prevedibile e in conformità con la legge.

<sup>699</sup> Corte EDU, *Tasev c. Macedonia del Nord*, cit., par. 32.

<sup>700</sup> Tuttavia, tale interpretazione si discosta sia dal testo della Convenzione quadro sulla protezione delle minoranze, che pure la Corte richiama espressamente, che dall'intento espresso dalle parti contraenti nel rapporto esplicativo e non in linea con gli standard internazionali in materia. Si veda: Corte EDU, *Tasev c. Macedonia del Nord*, cit., Opinione dissenziente del giudice Wojtyczek, par. 4. Si veda anche: K. Henrard, 'Tasev v. North-Macedonia: Blurry Dimension and Boundaries of the Right to Self-identification', in *Strasbourg Observer*, 2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/08/01/tasev-v-north-macedonia-blurry-dimensions-and-boundaries-of-the-right-to-free-self-identification/>

etnica, oltre a non essere allineato a quanto previsto a livello internazionale – in cui è comunque richiesto che degli elementi oggettivi facciano da contrappeso<sup>701</sup> – è potenzialmente dannosa. Se manca una definizione precisa della nozione giuridica di minoranza a livello internazionale, è pur vero che la dottrina è unanime nel riconoscere che uno dei cinque elementi necessari perché si configuri è proprio il requisito oggettivo: ci deve essere un'identità fissata sulla base di criteri etnici, linguistici, religiosi o culturali<sup>702</sup>. Tali criteri, a maggior ragione, dovrebbero essere soddisfatti quando è il singolo individuo che esercita il proprio diritto di autoidentificazione come membro di una minoranza etnica. In caso contrario, «il rischio è che la volontà, di impronta liberale, di assicurare massima tutela ai diritti dell'individuo a discapito di forme di salvaguardia minoritarie, nel timore di costringere il primo a sottostare a pressioni “collettive” della seconda, si riveli controproducente»<sup>703</sup>, frustrando la tutela dell'identità delle minoranze che pure la Corte intende proteggere.

Il pericolo è che le stesse, divenendo dipendenti dalla somma di volontà mutevoli e potenzialmente arbitrarie, possano tramutarsi in entità fluide e indefinite e conseguentemente più deboli<sup>704</sup>. Pertanto, il rifiuto di riconoscere un cambiamento di identità etnica solamente sulla base di una dichiarazione non comprovata da alcun elemento o criterio oggettivo non avrebbe dovuto forse essere considerato *ab origine* un'interferenza con il rispetto della vita privata. A questo proposito, è utile far riferimento alla prassi del Comitato consultivo sulla Convenzione quadro che ha criticato, ad esempio, il fatto che in Bosnia Erzegovina alcuni partiti politici includessero nelle proprie liste elettorali candidati che modificavano la propria affiliazione etnica da un'elezione

---

<sup>701</sup> A. Dragan, 'New Minorities in the States Parties to the Framework Convention: The Importance of Self-Identification and Recognition', in *Journal of International and European Law*, 2018, p. 101.

<sup>702</sup> Si veda: R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani*, Teoria e Prassi, Giappichelli Editore, 2020, p. 378; F. Pocar, 'Note sulla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo in materia di minoranze', in S. Bartole, L. Pegoraro (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Cedam, Padova, 1998, p. 36; A. Tancredi, *La secessione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2001, p. 636; P. Pustorino, 'Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo', in *Studi sull'integrazione europea*, Vol. 1, 2006, p. 260; J. Castellino, 'International Law and Self-Determination: Peoples, Indigenous Peoples, and Minorities', in C. Walter, K. Abushov (a cura di), *Self-Determination and Succession in International Law*, Oxford University Press, 2014, p. 21.

Si ricorda che gli altri criteri sono la dimensione numericamente minoritaria, la posizione non dominante, la cittadinanza e la volontà di preservare i caratteri identitari.

<sup>703</sup> C. Nardocci, 'Esiste un diritto individuale alla propria etnia? A Margine della Corte europea dei diritti dell'uomo, Tasev c. North Macedonia', in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 5.

<sup>704</sup> C. Nardocci, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, 2016.

all'altra per conquistare i seggi delle minoranze con cui non avevano alcun reale legame. In tal modo, il Comitato ha riscontrato un abuso del diritto all'autoidentificazione che non può basarsi soltanto, in queste circostanze, sulla scelta autonoma del soggetto coinvolto<sup>705</sup>.

Tuttavia, è indubbio che le difficoltà che la Corte ha incontrato in questi primi casi in cui si è occupata del tema sono dovute al fatto che l'etnicità non è certamente una categoria "naturale", dai contorni fissi e la cui membership è incontestata<sup>706</sup>. È piuttosto prodotta dell'interazione e dalla negoziazione tra gruppi e individui in un determinato contesto, in cui sicuramente la libera scelta dell'individuo gioca un ruolo importante<sup>707</sup>. La definizione dell'appartenenza a un'etnia è dunque complessa poiché l'identità etnica è, al tempo stesso, una costruzione sociale, multidimensionale e dinamica, risultato di un processo di socializzazione<sup>708</sup> e una forma di (auto)identificazione individuale<sup>709</sup>.

## **9. Divieto di discriminazione e tutela dell'identità delle minoranze**

Per poter funzionare, un sistema di protezione delle minoranze deve garantire l'effettiva integrazione dei membri del gruppo, consentendogli al tempo stesso di mantenere le proprie caratteristiche distintive. Tradizionalmente, dalla Società delle Nazioni in poi, questa duplice finalità è stata perseguita, come abbiamo visto nel primo capitolo, attraverso due strumenti principali: da un lato, il divieto di discriminazione e dall'altro, attraverso disposizioni (contenute prima nei trattati minoritari e poi nei trattati internazionali sui diritti umani) volte a promuovere l'identità separata delle minoranze. Se fino a questo punto dell'analisi è stato evidenziato come la Corte, in via interpretativa, sia riuscita ad espandere la tutela offerta da alcune disposizioni della CEDU per proteggere l'identità di membri delle minoranze, in questo paragrafo, sarà, sia pur brevemente, analizzata la giurisprudenza della Corte in relazione al divieto di

---

<sup>705</sup> A. Dragan, 'New Minorities in the States Parties to the Framework Convention: The Importance of Self-Identification and Recognition', cit., par. 101.

<sup>706</sup> F. Barth, *Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Difference*, Little Brown, Boston, 1969, p. 153.

<sup>707</sup> M. Bulmer, J. Solomos, 'Introduction: re-thinking ethnic and racial studies', in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 21, 1988, pp. 819-37

<sup>708</sup> D. Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, La Découverte, collection Repères, Paris, 2004.

<sup>709</sup> R. Jenkins, *Rethinking Identity*, Sage publications, Los Angeles, 2008, p. 169.



discriminazione contenuto nell'art. 14 della Convenzione<sup>710</sup> per evidenziare in che modo essa contribuisca, almeno indirettamente, alla tutela dell'identità dei gruppi minoritari.

Come già ricordato, l'art. 14 vieta espressamente la discriminazione sulla base dell'appartenenza a una minoranza nazionale. Tuttavia, nella prassi, la Corte, nel garantire la non discriminazione dei membri di gruppi minoritari, non vi ha mai fatto ricorso, prediligendo al contrario la valorizzazione di altre cause discriminatorie, tra cui, prevalentemente e nonostante si tratti di una nozione ormai arcaica, quella basata sulla razza.

Il primo profilo da sottolineare è che la Corte, nell'interpretare tale categoria, ha fatto riferimento alla definizione di discriminazione razziale contenuta nella Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale che stabilisce:

«The term “racial discrimination” shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on *race*, colour, descent, or national or *ethnic origin* which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life»<sup>711</sup>.

Ne deriva dunque che nella giurisprudenza della Corte costituisce una forma di discriminazione razziale quella che avviene sulla base dell'origine etnica<sup>712</sup>, non solo effettiva ma anche percepita<sup>713</sup>. La Corte ha chiarito, infatti, che se la nozione di razza è radicata nell'idea di una classificazione degli esseri umani sulla base di caratteristiche morfologiche, l'etnicità ha la sua origine nell'idea di gruppi sociali che condividono una fede religiosa, una lingua, una cultura o tradizioni comuni<sup>714</sup>. È il riconoscimento del fatto che un individuo non può essere discriminato sulla base dell'identità condivisa con i membri del gruppo minoritario cui appartiene. Così, ad esempio, ricorrenti di origine rom

---

<sup>710</sup> La violazione dell'art. 14 viene sempre riscontrata in combinato disposto con un'altra disposizione. R O'Connell, 'Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR', in *Legal Studies Issues*, Vol. 29, 2009, pp. 212.

<sup>711</sup> UNGA, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195, UN Doc. A/RES/2106, 21 dicembre 1965, art. 1.

<sup>712</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 57325/00, 13 novembre 2007, par. 176.

<sup>713</sup> Corte EDU, *Timishev c. Russia*, ricorsi n. 55762/00 e 55974/00, 13 dicembre 2005, par. 56.

<sup>714</sup> Corte EDU, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, ricorsi n. 27996/06 e 34836/06, 22 dicembre 2009, par. 43.

sono stati spesso considerati dalla Corte vittime di discriminazione razziale sulla base della propria origine etnica.

La Corte ha distinto poi tra discriminazione diretta, consistente in un trattamento differenziato basato sulla razza, il colore, la discendenza, l'origine nazionale o etnica non fondato su alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole, e discriminazione indiretta, equivalente a una misura apparentemente neutrale, ma che ha un impatto negativo sproporzionato o che non potrà essere rispettato con facilità da persone appartenenti a un gruppo designato su base etnica o razziale<sup>715</sup>.

Per valutare l'effettività della protezione contro la discriminazione razziale che la Corte ha garantito a membri di minoranze etniche/razziali, i due parametri da analizzare sono: il grado di scrutinio dell'organo sui fatti volti a provare l'avvenuto trattamento discriminatorio e il riparto dell'onere della prova<sup>716</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha individuato motivi "sospetti" di discriminazione che incidono sul suo livello di controllo<sup>717</sup>. Questi motivi "sospetti" di discriminazione sono spesso legati a caratteristiche immutabili – come appunto la razza o l'etnia e, in parte, il genere – e a pregiudizi e stereotipi profondamente radicati. In presenza di motivi sospetti di discriminazione, lo scrutinio della Corte è più stringente e agli Stati è garantito un margine di apprezzamento ristretto.

A partire dal caso *Timishev c. Russia*, la Corte ha individuato nella razza e nell'origine etnica due "categorie sospette". Ne deriva che quando la disparità di trattamento di un membro di un gruppo minoritario è basata su uno di questi motivi è necessario uno scrutinio il più rigoroso possibile<sup>718</sup>. L'organo ha infatti sostenuto che nessuna differenza di trattamento che sia fondata in maniera determinante sull'origine etnica di una persona può giustificarsi in una società democratica, basata sul rispetto del pluralismo e delle differenti culture. La discriminazione in base all'origine etnica è dunque stata giudicata come un tipo di discriminazione particolarmente odiosa che, viste le sue pericolose

---

<sup>715</sup> Corte EDU, *Timishev c. Russia*, cit., par. 34.

<sup>716</sup> K. Henrard, 'The European Court of Human Rights, Ethnic and Religious Minorities and the Two Dimensions of the Right to Equal Treatment: Jurisprudence at Different Speeds?', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 34, 2016, pp. 157-177,

<sup>717</sup> J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 84-93.

<sup>718</sup> Corte EDU, *Oršuš e altri c. Croazia*, ricorso n. 15766/03, 16 marzo 2010, par. 156; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, cit., par. 196; *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, cit. par. 43; *Moldovan e altri c. Romania*, ricorso n. 64320/01, 12 Luglio 2005, par. 111; *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, (10 Maggio 2001, par. 308-310.

conseguenze, richiede da parte delle autorità una vigilanza speciale e una reazione vigorosa<sup>719</sup>. Queste hanno l'obbligo positivo di combattere il razzismo, rafforzando in tal modo la visione democratica di una società in cui la diversità non è percepita come una minaccia, ma come una fonte di arricchimento<sup>720</sup>. Si vede dunque come la discriminazione basata sull'appartenenza ad un gruppo etnico o sulla condivisione di determinati elementi identitari – come una lingua, una cultura o una tradizione comune – abbia determinato un restringimento del margine di apprezzamento statale.

Per quanto riguarda l'onere della prova, invece, si ricorda che la Corte applica generalmente il principio *affirmanti incumbit probatio*, secondo cui il ricorrente deve dimostrare le sue affermazioni oltre ogni ragionevole dubbio. Tuttavia, la Corte ha ammesso, in casi di discriminazione etnica, che la ripartizione dell'onere della prova può dipendere dai fatti specifici, dalle accuse formulate e dal diritto in gioco<sup>721</sup>.

In particolar modo, in alcuni casi di discriminazione indiretta, che saranno successivamente richiamati, la Corte ha optato per una speciale modalità di ripartizione dell'onere della prova, in ragione delle difficoltà che i ricorrenti possono avere nella dimostrazione del trattamento discriminatorio da parte delle autorità. Ai ricorrenti, dunque, non si impone di fornire una prova piena dell'avvenuta discriminazione razziale ma solo di stabilirla *prima facie*: l'onere passerà poi al convenuto che dovrà dimostrare che la disparità di trattamento sia stata giustificata<sup>722</sup>. Pertanto, è sufficiente che i ricorrenti siano in grado di provare una presunzione di discriminazione, ad esempio attraverso il ricorso a dati statistici che dimostrino che una norma apparentemente neutrale incide su un gruppo in maniera sproporzionata rispetto ad altri; spetta poi al convenuto dimostrare che tale disparità non sia stata motivata dal pregiudizio razziale<sup>723</sup>. In caso contrario, la Corte può riscontrare una violazione dell'art. 14.

---

<sup>719</sup> Corte EDU, *Timishev c. Russia*, cit., par. 56; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, cit. par. 176; *Nachova e altri c. Bulgaria*, ricorsi n. 43577/98 e 43579/98, 6 Luglio 2005, par. 145; *Sampanis e altri c. Grecia*, ricorso n. 32526/05, 5 giugno 2008, par. 69.

<sup>720</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, cit., par. 176; *Nachova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 145; *Timishev c. Russia*, cit., par. 56; *Soare e altri c. Romania*, ricorso n. 24329/02, 3 marzo 2011, par. 201; *Stoica c. Romania*, ricorso n. 42722/02, 3 marzo 2008, par. 117.

<sup>721</sup> Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 147; *Timishev c. Russia*, cit., par. 39; *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, cit., 2007, par. 178.

<sup>722</sup> Si veda K. Henrard, 'The European Court of Human Rights, Ethnic and Religious Minorities', cit.; M. Ambrus, *Enforcement Mechanisms of the Racial Equality Directive and Minority Protection: Theory and Four Case Studies*, Eleven, 2010, pp. 27-30. Corte EDU, *Timishev c. Russia*, cit., par 57.

<sup>723</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, cit., par. 180.

Si è registrato un atteggiamento da parte della Corte inizialmente riluttante nell'adottare questo standard nei casi di discriminazione diretta<sup>724</sup>. Tuttavia, in casi recenti, originati da presunti episodi di violenza razzista perpetrati in maniera sistematica dalla polizia russa nei confronti di individui di origine etnica cecena, la Corte, oltre a riscontrare una violazione dell'art. 3 della Convenzione riguardante trattamenti inumani e degradanti, ha riconosciuto che «a *prima facie* case of racially based ill-treatment has been made»<sup>725</sup>. In questo caso, l'onere della prova, per la Corte, gravava sul convenuto che doveva dimostrare che gli episodi di violenza fossero stati neutrali rispetto all'origine etnica dei ricorrenti. Del resto, nel caso di specie, la Corte ha considerato altri fattori che concorrevano a spiegare l'avvenuta lesione dell'art. 14: la Federazione russa aveva già violato tale articolo, operando discriminazioni razziali nei confronti di appartenenti alla minoranza cecena, in due controversie precedenti<sup>726</sup>; i ricorrenti avevano reiteratamente subito abusi verbali di natura razzista da parte delle autorità; le stesse si erano rifiutate di trascriverli nei verbali ufficiali; le indagini effettuate non avevano ricercato, come sarebbe stato invece opportuno, i possibili motivi razzisti che si celavano dietro i crimini commessi; infine la polizia aveva ricevuto precise istruzioni di trattare i sospettati di origine cecena in maniera particolare<sup>727</sup>. Il trattamento differenziato inflitto ai ricorrenti, contro i quali a fronte della commissione di un reato minore erano state utilizzate le forze speciali, era pertanto basato in maniera decisiva sulla loro etnia<sup>728</sup>.

### 9.1 L'obbligo di trattamento differenziato

L'ultimo elemento da sottolineare, poiché è quello in cui maggiormente emerge la dimensione di gruppo e identitaria della protezione degli appartenenti a minoranze per il

---

<sup>724</sup> Così, ad esempio, in *Nachova e altri c. Bulgaria*, in cui due latitanti rom erano stati uccisi dalla polizia bulgara. La Grande Camera, in questo caso, sostiene la parziale inversione dell'onere della prova sarebbe troppo onerosa poiché avrebbe equivalso a chiedere al Convenuto di dimostrare l'assenza nel comportamento da parte dei poliziotti coinvolti di intento discriminatorio su basi razziali. Per la Corte, l'accertamento del fatto che la polizia non avesse svolto correttamente le indagini non è sufficiente a dimostrare *prima facie* la sussistenza di una discriminazione razziale (Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 157).

<sup>725</sup> Corte EDU, *Antayev e altri c. Russia*, ricorso n. 37966/08, 3 luglio 2014, par. 128.

<sup>726</sup> Corte EDU, *Timishev c. Russia*, cit., par. 56-58, *Makhashevy c. Russia*, ricorso n. 20546/07, 31 luglio 2012, par. 143-46.

<sup>727</sup> Corte EDU, *Antayev e altri v. Russia*, cit., par. 120-127. Non si può fare a meno di rilevare che in questo caso vi erano, a differenza del precedente, molte più prove di violenza motivata dalla discriminazione razziale.

<sup>728</sup> Si veda anche Corte EDU, *Makhashevy c. Russia*, ricorso n. 20546/07, 31 luglio 2012.

tramite dell'art. 14, è quello degli obblighi di trattamento differenziato. La Corte ha chiarito, già nel 1968, che il divieto di discriminazione non impedisce agli Stati, per correggere disuguaglianze di fatto, di trattare gruppi diversi in maniera differente<sup>729</sup>.

L'obbligo di trattamento differenziato è stato sviluppato dalla Corte europea in una serie di casi di discriminazione indiretta riguardanti il diritto all'istruzione di minori rom. In queste controversie, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo 1 alla Convenzione<sup>730</sup>, a causa del numero sproporzionato di minori rom collocati in classi o scuole speciali riservate agli stessi o destinate a bambini affetti da deficit intellettivi. Gli studenti di etnia rom subivano in tal modo una sorta di segregazione<sup>731</sup>. Inoltre, il programma scolastico svolto era ridotto e si comprometteva lo sviluppo personale dei minori, anziché favorire una loro integrazione nelle scuole ordinarie.

Sono queste le controversie cui si faceva prima riferimento in cui, proprio perché altrimenti sarebbe stato molto difficile per i ricorrenti provare la discriminazione indiretta, sono state richieste regole probatorie meno rigorose: l'onere della prova è stato invertito e sono stati considerati ammissibili dati statistici che hanno mostrato gli effetti sproporzionati sui minori di origine rom delle normative nazionali<sup>732</sup>.

Inoltre, non è stata ritenuta ammissibile la spiegazione avanzata dallo Stato convenuto secondo cui la differenza di trattamento si spiegava in ragione del tentativo di adattare il sistema educativo alla capacità dei minori rom che, in massima parte, risultavano avere

---

<sup>729</sup> Corte EDU, *Belgian Linguistics*, ricorso n. 1474/62, 23 luglio 1968. Al contrario, in alcune circostanze è proprio il fallimento dello Stato nel correggere la disuguaglianza con un trattamento differenziato che può condurre ad una violazione dell'art. 14. Si veda: F. Ast, 'Indirect Discrimination as a Means of Protecting Pluralism: Challenges and Limits', in F. Ast (a cura di), *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, Council of Europe Publishing, 2009.

<sup>730</sup> CoE, *Protocollo Addizionale n 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, adottato il 20 marzo 1952, in vigore dal 18 maggio 1954, art. 2, Diritto all'istruzione: «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche».

<sup>731</sup> Corte EDU, *DH e altri c. Repubblica ceca*, cit.; *Sampanis e altri c. Grecia*, ricorso n. 32526/05, 5 giugno 2008; *Oršuš e altri c. Croazia*, ricorso n. 5766/03, 16 marzo 2010; *Lavida e altri c. Grecia*, ricorso n. 7973/10, 30 maggio 2013.

K. Henrard, 'The Council of Europe at the Rescue of a Paradigmatic Case of Failed Integration: About Roma, the Multidimensional Nature of Integration and How Promising Principles Can Meet Flawed Application in Practice', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2010, pp. 271-316; H. Smekal, K. Šipulová, 'DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push Through Systemic Change', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32(3), 2014, pp. 288-321.

<sup>732</sup> Corte EDU, *DH e altri c. Repubblica ceca*, cit., par. 186.

basse capacità intellettive sulla base di test psicologici effettuati. La Corte ha ravvisato infatti che tali test erano pensati per la maggioranza della popolazione e non prendevano in considerazione le caratteristiche specifiche dei rom, facendo costante riferimento anche a quanto emerso dal processo di monitoraggio della Convenzione quadro sulle minoranze nazionali. Quest'ultima, come la Corte ha più volte ribadito, ha imposto agli Stati parti di tenere debitamente conto delle condizioni specifiche delle persone appartenenti alle minoranze e, più in generale, dei gruppi culturalmente ben definiti<sup>733</sup>.

In questi casi, la Corte ha legato esplicitamente il divieto di discriminazione indiretta a obblighi di trattamento differenziato da parte degli Stati dell'Europa orientale coinvolti. Così, ad esempio, in *Horvath e Kiss c. Ungheria*, la Corte ha rilevato che nel contesto del diritto all'educazione di membri di gruppi che, come i rom, hanno subito una discriminazione in passato che continua a dispiegare i suoi effetti, «structural deficiencies call for the implementation of positive measures in order, *inter alia*, to assist the applicants with any difficulties they encountered in following the school curriculum»<sup>734</sup>. Soltanto attraverso azioni positive differenziate si possono infatti garantire pari opportunità ai membri di gruppi minoritari tradizionalmente svantaggiati e vulnerabili: queste possono essere interpretate come misure riparative di danni precedentemente subiti<sup>735</sup>. In maniera significativa, in tutti questi casi è stato tenuto in considerazione l'impatto delle misure sull'intero gruppo e non solo sul ricorrente.

In effetti è la dimensione collettiva che rileva maggiormente in queste controversie poiché l'impatto sproporzionato di misure apparentemente neutrali su particolari gruppi tende ad essere correlato alle specifiche circostanze in cui il gruppo stesso versa. In particolare, la comunità rom è ritenuta particolarmente vulnerabile a causa della propria storia e dei costanti sradicamenti. Proprio per questo, si rende necessaria una protezione speciale e una considerazione particolare dei loro bisogni che si estende anche alla sfera educativa<sup>736</sup>. Pertanto, l'educazione dei minori rom in classi o scuole segregate senza che vengano prese adeguate misure per correggere le disuguaglianze cui gli stessi sono

---

<sup>733</sup> Corte EDU, *Munoz Diaz c. Spagna*, ricorso n. 49151/07, 8 dicembre 2009, par. 59.

<sup>734</sup> Corte EDU, *Horvath e Kiss c. Ungheria*, ricorso n. 11146/11, 29 gennaio 2013, par. 104.

<sup>735</sup> O. de Schutter, 'Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law', in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol 57, 2006, p. 34.

<sup>736</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, cit., par. 205; *Szolcsan c. Ungheria*, ricorso n. 24408/16, 30 giugno 2023.

soggetti è considerato incompatibile con il divieto di discriminazione sulla base dell'origine etnica e razziale<sup>737</sup>.

## **10. La protezione dell'identità culturale nel sistema europeo di tutela dei diritti umani: una sintesi**

Come emerso da questa ricostruzione, la Corte europea dei diritti umani ha elaborato una fiorente giurisprudenza in tema di protezione delle minoranze che ha sicuramente permesso di far avanzare la tutela delle caratteristiche distintive e le rivendicazioni identitarie dei loro membri attraverso l'interpretazione dinamica ed evolutiva di tre disposizioni convenzionali: la libertà di associazione, la libertà religiosa e il rispetto della vita privata e familiare. La Corte, adottando un approccio pragmatico alla tutela delle minoranze e rifuggendo dal fornire una definizione delle stesse, è riuscita a garantire una protezione via via più estesa delle minoranze e del tutto indipendente dal riconoscimento ufficiale della loro esistenza da parte dei rispettivi Stati. Va tuttavia evidenziato che, se si è assistito a una tendenziale crescita nel livello di protezione, quest'ultimo non appare uniforme rispetto alle diverse dimensioni identitarie considerate.

L'adesione, negli anni '90, di nuovi Stati dell'Europa orientale al Consiglio d'Europa ha favorito, prima di tutto, la tutela della dimensione *collettiva* dell'identità di gruppi minoritari che si è realizzata attraverso l'art. 11 della Convenzione. Contingenze storiche, infatti, hanno facilitato rivendicazioni identitarie di enti rappresentativi di tali gruppi: partiti politici, associazioni e comunità religiose, sciolti o non riconosciuti dai rispettivi Stati. Nelle controversie analizzate, è emerso il forte legame che per la Corte esiste tra pluralismo, valore fondante il sistema convenzionale, democrazia e partecipazione delle minoranze alla vita pubblica e ai processi politico-sociali, precondizioni per la realizzazione di società aperte e inclusive. L'art. 11 è divenuto, dunque, colonna portante per la protezione dell'identità delle minoranze. Soltanto favorendo le condizioni che rendono possibile l'espressione delle diverse identità nazionali ed etniche e lo sviluppo di tutte le diverse tradizioni culturali è possibile per la Corte europea garantire l'armonia tra i diversi gruppi che compongono le società, necessaria per il raggiungimento della

---

<sup>737</sup> Corte EDU, *Lavida e altri c. Grecia*, cit., par. 64-73.

coesione sociale, e la qualità del processo democratico<sup>738</sup>. Pertanto, unicamente ragioni particolarmente gravi possono giustificare un'ingerenza degli Stati, che godono di un margine di apprezzamento molto ridotto, nella libertà di associazione degli enti rappresentativi delle minoranze.

La tutela della dimensione individuale dell'identità religiosa dei *singoli membri* di gruppi minoritari sembra, invece, aver incontrato maggiori ostacoli in relazione al diritto di manifestare la propria religione attraverso l'uso di simboli religiosi. Nelle controversie analizzate – che riguardavano sia insegnanti che studentesse –, il divieto di indossare il velo nelle scuole o nelle università è stato giustificato in virtù del rispetto del principio di neutralità dello Stato e del pluralismo, dato che tale simbolo dalla forte valenza identitaria è stato interpretato come passibile di violare l'autonomia e i diritti degli altri studenti. In materia di libertà religiosa, in mancanza di un *consensus* europeo e vista la sensibilità della questione, la Corte ha riconosciuto agli Stati parti un'ampia discrezionalità. Anche quando, più di recente, la Corte è arrivata a riconoscere il velo quale espressione di un'identità culturale e religiosa che contribuisce al pluralismo, ha comunque considerato compatibile con la Convenzione il divieto generalizzato di indossare il velo integrale in luoghi pubblici a difesa delle esigenze minime del vivere insieme, nozione accolta in maniera acritica. Il risultato è stato quello di relegare le manifestazioni dell'identità religiosa di gruppi minoritari unicamente nella sfera privata, dando luogo ad una forma di pluralismo selettivo.

Sembra che la nozione di pluralismo sia stata interpretata diversamente dalla Corte a seconda che ci si muova nell'ambito di applicazione dell'art. 11 o dell'art. 9. Nel primo caso, sugli Stati grava l'obbligo positivo di garantire le condizioni necessarie per la promozione del pluralismo culturale, nel secondo, con un cortocircuito logico, è il rispetto del pluralismo che legittima la compressione del pluralismo religioso, le cui manifestazioni vengono, nei fatti, eliminate.

Per quanto riguarda gli sviluppi emersi in relazione all'ampliamento della portata dell'ambito di applicazione dell'art. 8, la nozione di vita privata è stata estesa fino a ricomprendere la tutela dell'identità etnica, che consente di proteggere da un lato gli stili

---

<sup>738</sup> Gaetano Pentassuglia, 'Protecting Minority Groups through Human Rights Court', in Ana Filipa Vrdoljk (ed), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 75.



di vita tradizionali e dall'altro il diritto all'autoidentificazione etnica di appartenenti a gruppi minoritari.

Per quanto riguarda il primo elemento, la Corte, in una serie di controversie originate dalle difficoltà di individui di origine rom a disporre di alloggi compatibili con il proprio stile di vita, ha statuito che la protezione effettiva della vita privata richiede che la stessa possa essere condotta nel rispetto delle proprie tradizioni culturali. La Corte, infatti, ha ricostruito la progressiva emersione di un *consensus* europeo circa la necessità di tutelare l'identità, gli stili di vita e i bisogni specifici delle minoranze. Pertanto, ha derivato dall'articolo 8 l'obbligo positivo di facilitare lo stile di vita tradizionale di un gruppo vulnerabile, dimostrando di aver preso in esame, nella formulazione delle proprie politiche, le specificità della collettività considerata. Ciò, tuttavia, non comporta per lo Stato l'obbligo di assumere *tutte le misure necessarie* affinché i membri delle minoranze possano realmente vivere in accordo alle proprie tradizioni culturali.

Nelle sentenze considerate si è assistito ad un'evoluzione interessante soprattutto in relazione alla definizione del margine di apprezzamento garantito agli Stati in materia di politiche sociali o economiche. La Corte ha infatti sostenuto che l'estensione della discrezionalità conferita agli Stati (che in tali settori è da considerarsi generalmente ampia) dovrà necessariamente ridursi quando sono in gioco elementi cruciali per l'identità e l'autodeterminazione dell'individuo. La Corte ha inoltre chiarito che, nel bilanciare l'interesse pubblico con i diritti degli appartenenti a gruppi minoritari, vanno prese in considerazione le caratteristiche di tali gruppi, collettivamente intesi, la loro natura eventuale di minoranze svantaggiate e vulnerabili e la loro identità separata da quella della maggioranza della popolazione, la cui protezione ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione.

Infine, rimangono delle incertezze sulla portata del diritto all'autodefinizione etnica, ricavato anch'esso in via interpretativa dall'art. 8 e che costituisce un pilastro della protezione dell'identità delle minoranze. Ancora una volta, è stato costante il riferimento alla Convenzione quadro per le minoranze nazionali che è uno dei pochi trattati internazionali a prevedere espressamente tale diritto.

La Corte ha definito molto chiaramente la dimensione negativa del diritto, ossia il diritto incondizionato di *opt-out*: a ciascun individuo deve essere garantito il diritto di scegliere, in maniera completamente libera, di non essere trattato come membro di una

minoranza e tale scelta deve essere rispettata dallo Stato, senza che ne derivi svantaggio alcuno. Un'identità minoritaria non può essere imposta dall'esterno e gli Stati parti non possono assumere il ruolo di garanti dell'identità di una minoranza impedendo ai membri del gruppo di sottrarsi a un regime speciale di protezione delle stesse.

Per quanto riguarda la dimensione positiva del diritto, la disciplina internazionale richiede che gli elementi soggettivi (cui viene data preminenza) siano sempre correlati a elementi oggettivi che stabiliscano un nesso con la minoranza alla quasi si dichiara di appartenere. La Corte, però, dopo una prima fase in cui ammetteva la necessità che, accanto alla percezione della propria etnia, gli individui interessati fornissero prove di legami oggettivi di appartenenza etnica, è sembrata di recente allontanarsi da questo modello, a favore di una autoidentificazione soggettiva pura, che presenta però delle insidie. La completa retrocessione di elementi oggettivi non solo non è allineata a quanto previsto a livello internazionale ma è potenzialmente dannosa. Rischia infatti di diluire la protezione delle minoranze che diventerebbero in tal modo entità estremamente fluide e di favorire scelte arbitrarie di autoidentificazione che siano completamente scisse da qualsiasi legame di etnia, cultura o lingua con il gruppo minoritario stesso e motivate unicamente dalla volontà di usufruire di determinati vantaggi.

Infine, la protezione dell'identità minoritaria è avvenuta anche attraverso il divieto di discriminazione *ex art. 14*, del quale meritano di essere sottolineati quattro aspetti principali. La Corte ha riconosciuto che un individuo non può essere discriminato in ragione dell'identità condivisa con il gruppo cui appartiene, ritenendo che la discriminazione sulla base dell'origine etnica – determinata dalla condivisione di una religione, lingua, cultura o tradizioni – costituisce una forma di discriminazione razziale. Si tratta inoltre di una categoria sospetta di discriminazione che pertanto richiede uno scrutinio rigoroso da parte della Corte, determina un restringimento del margine di apprezzamento e non può giustificarsi in una società democratica fondata sul pluralismo. In terzo luogo, la Corte ha ammesso una modalità speciale di ripartizione dell'onere della prova, per cui spetta ai ricorrenti stabilire esclusivamente una discriminazione *prima facie*. Infine, da casi di discriminazione indiretta la Corte ha ricavato obblighi di trattamento differenziato che garantiscano pari opportunità ai membri di gruppi minoritari tradizionalmente svantaggiati e vulnerabili.

In conclusione, va evidenziato come l'accrescimento della salvaguardia dell'identità dei membri delle minoranze sia stato perseguito attraverso un costante riferimento agli strumenti elaborati a livello europeo in materia di protezione dei gruppi minoritari. In questo modo, la Corte ha valorizzato la nozione della Convenzione quale strumento vivente il cui contenuto deve essere interpretato alla luce dei cambiamenti sociali, etici, scientifici e giuridici intercorsi oltre che del quadro generale di protezione dei diritti umani di cui fa parte.



## SEZIONE III

# LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ MINORITARIA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI: LA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI

## 11. Osservazioni introduttive

### *11.1 Dimensione collettiva e dinamismo dell'identità culturale*

Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani ben si presta – per diverse ragioni che verranno via via messe in luce – a proteggere la specificità dell'identità culturale dei gruppi minoritari della regione. La Corte interamericana, come vedremo, ha condotto tale operazione attraverso tecniche e parametri completamente diversi rispetto a quelli, appena esaminati, cui ha fatto ricorso la Corte europea dei diritti umani. Del resto, non potrebbe essere altrimenti. Una prima motivazione, già richiamata, che contribuisce a spiegare la difformità di approcci alla tutela dell'identità culturale delle minoranze della Corte interamericana rispetto a quelli della sua controparte europea affonda le radici nell'esperienza storica e culturale delle Americhe, che non può che condizionarne la giurisprudenza<sup>739</sup>.

Infatti, nel contesto del sistema interamericano, l'esigenza di protezione delle specificità culturali dei gruppi che si trovano in una posizione minoritaria<sup>740</sup> è sorta prevalentemente in relazione a individui facenti parte di popoli indigeni e tribali<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> Sulle differenze e possibili influenze con il sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani si rimanda a: G. Citroni, 'Corte europea e Corte interamericana: due corti regionali dei diritti umani a confronto', in T. Scovazzi, I. Papanicolopulu, S. Urbinati (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*, Giappichelli, Torino 2010, p. 49 ss.; A. Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, Bari, 2009; A. Di Stasi, 'The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: Towards a 'Cross Fertilizations'?', in *Ordine internazionale e diritti umani* 2014, p. 97 ss.

<sup>740</sup> Va osservato che vi sono alcuni Stati, tra cui la Bolivia, in cui i popoli indigeni, pur costituendo la maggioranza della popolazione, si trovano comunque in una posizione subalterna.

<sup>741</sup> La Corte ricalca la definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione sui diritti dei popoli indigeni e tribali n. 169 adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO). ILO, *Indigenous and Tribal Peoples Convention, C169*, 27 giugno 1989, entrata in vigore nel 1991, art. 1: «(a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical

L'elemento centrale che ha orientato le pronunce della Corte è stato il rapporto speciale di tali gruppi con le terre ancestrali, indipendentemente dal fatto che appartengano a comunità che hanno sempre vissuto su quei territori o che abbiano origini africane e la loro storia sia legata alla tratta degli schiavi europea e americana<sup>742</sup>. A contare sono, infatti, la continuità storica della presenza del gruppo in un determinato territorio – cui si somma, per i popoli indigeni, la discendenza dalle società autoctone che hanno preceduto il periodo della colonizzazione o della conquista – e, indipendentemente dal loro status giuridico, la conservazione di proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche<sup>743</sup>. La protezione dell'identità di queste collettività, in ragione delle loro caratteristiche distintive, ha posto inevitabilmente sfide differenti rispetto a quelle delle minoranze in Europa: a fronte di rivendicazioni identitarie dissimili e che risentono delle peculiarità di tali gruppi, la Corte interamericana ha utilizzato dei metodi di protezione peculiari.

Ciò risulta evidente già dalla *dimensione collettiva* che ha assunto la tutela dell'identità indigena nel sistema interamericano. In una prima fase della sua giurisprudenza, anche tale organo giurisdizionale – come la Corte europea – ha considerato quali soggetti dei diritti tutelati dalla Convenzione americana<sup>744</sup> esclusivamente i singoli membri dei gruppi indigeni o tribali e non le comunità in sé, riuscendo a garantire, dunque, una protezione solo indiretta e sempre mediata dell'identità di tali popoli<sup>745</sup>. Infatti, l'art. 1, par. 2<sup>746</sup>, della Convenzione, che definisce la persona soggetta alla giurisdizione degli Stati parti

---

region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions».

<sup>742</sup> La Corte interamericana lo ha ribadito in: IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 124, 15 giugno 2005, par. 133; *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs Judgment, Series C No. 172, 28 novembre 2007, par. 85–86.

<sup>743</sup> IACommHR, *Indigenous Communities of Thelhaka Honhat (our land) Association v. Argentina*, Case No. 12.094. Report No. 2/12. Merits, 26 gennaio 2012, par. 160.

<sup>744</sup> Organizzazione degli Stati Americani (OAS), *Convenzione americana dei diritti umani*, San José, Costa Rica, 22 novembre 1969.

<sup>745</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 79, 31 agosto 2001; *Moiwana Community v. Suriname*, cit.; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 125, 17 giugno 2005; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 146, 29 maggio 2006; *Saramaka People v. Suriname*, cit.; *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs. Judgment, Series C No. 214, 24 agosto 2010.

<sup>746</sup> OAS, *Convenzione americana*, cit., art. 1, par. 2: «Ai fini della presente Convenzione, il termine “persona” si riferisce ad ogni essere umano».

come «ogni essere umano», è stato per lungo tempo usato per interpretare restrittivamente lo status di vittime di cui potevano beneficiare soltanto singoli individui e non entità collettive. Ai sensi dell'art. 44 della Convenzione<sup>747</sup>, le comunità indigene erano legittimate ad agire in rappresentanza dei propri membri ed infatti, come vedremo, sono state le promotrici di tutte le controversie, ma la Corte poteva accertare la violazione dei diritti dei singoli appartenenti e non del gruppo nel suo complesso.

Tuttavia, a differenza di quanto è accaduto nel sistema europeo, la Corte interamericana ha rivisto nel tempo questo orientamento, estendendo la nozione di “persona” ai popoli indigeni. Nel 2012, a partire dal caso *Sarayaku v. Ecuador*<sup>748</sup>, la Corte ha riconosciuto, infatti, che anche le comunità indigene possano essere titolari di alcuni dei diritti tutelati dal sistema interamericano e comparire dunque dinanzi ad essa in difesa dei diritti propri oltreché di quelli dei singoli membri. La Corte si è così allineata ad alcuni sviluppi nel diritto internazionale che hanno individuato i popoli indigeni quali soggetti collettivi, sviluppi che l'organo ha richiamato espressamente nella sua giurisprudenza.

Si tratta dell'art. 3 della Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO)<sup>749</sup> sui popoli indigeni e tribali – ad oggi unico trattato internazionale sul tema, ratificato da soli 23 Stati – e dell'art. 1 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni<sup>750</sup> che riconoscono a tali entità – così come ai singoli membri dei popoli indigeni – il pieno godimento, su base collettiva e individuale, dei diritti umani.

Nel ragionamento della Corte interamericana il fatto che tali popoli sono portatori di un particolare stile di vita e di un'identità propria ha giustificato l'esercizio su base collettiva di alcuni diritti<sup>751</sup>. Il riconoscimento dei popoli indigeni come titolari di diritti

---

<sup>747</sup> Ivi, art. 44: «Ogni persona o gruppo di persone, nonché ogni ente non governativo legalmente riconosciuto in uno o più degli Stati dell'Organizzazione può presentare petizioni alla Commissione contenenti denunce o reclami per violazioni della presente Convenzione commesse da uno Stato Parte».

<sup>748</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Merits and Reparations, Judgment, Series C No. 245, 27 giugno 2012, par. 231 ss.

<sup>749</sup> ILO, *Convenzione n. 169*, cit., art. 3: «Indigenous and tribal peoples shall enjoy the full measure of human rights and fundamental freedoms, without hindrance or discrimination».

<sup>750</sup> UNGA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 ottobre 2007, A/RES/61/295, art. 1: «Indigenous peoples have the right to the full enjoyment, as a collective or as individuals, of all human rights and fundamental freedoms recognized in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and international human rights law».

<sup>751</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 231: «In view of the fact that indigenous or tribal communities and peoples, united by their particular ways of life and identity, exercise some rights recognized by the Convention on a collective basis, the Court points out that the legal considerations expressed or indicated in this Judgment should be understood from that collective perspective».

protetti dalla Convenzione può dirsi ormai parte di una giurisprudenza consolidata<sup>752</sup>: è stato recentemente ribadito dall'Opinione Consultiva n. 22 del 2016<sup>753</sup> e rappresenta, ad oggi, una delle poche manifestazioni nel diritto internazionale del ritorno a forme di tutela diretta dell'identità collettiva di gruppi minoritari<sup>754</sup>.

Inoltre, come già anticipato, le caratteristiche peculiari dei popoli che, nei secoli, hanno subito un lungo processo di assimilazione forzata e che, ancora oggi, sono costretti a lottare per preservare le proprie specificità culturali spiegano il ricorso da parte della Corte interamericana a parametri completamente diversi rispetto a quelli adottati dalla Corte europea per la tutela dell'identità culturale delle minoranze e l'elaborazione di differenti standard di protezione. L'elemento primario dell'identità culturale indigena è infatti rappresentato dalla relazione, quasi spirituale, con le terre ancestrali: dall'accesso alle risorse naturali dipendono lo svolgimento delle attività tradizionali e, di conseguenza,

---

<sup>752</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 400, 6 febbraio 2020; *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 309, 25 novembre 2015; *Community Garifuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras*, Merits, Reparations, and Costs Judgment, Series C No. 305, 8 ottobre 2015; *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 284, 14 ottobre 2014.

<sup>753</sup> IACHR, *Advisory Opinion OC- 22/16, Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System*, Series A No. 22, 26 febbraio 2016, par. 76.

<sup>754</sup> Pur esulando dall'analisi svolta in questo studio, è utile in questa sede fare un riferimento, seppur breve, al sistema regionale africano di tutela dei diritti umani. La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, infatti, contiene diverse disposizioni che consentono la promozione dell'identità culturale nella sua doppia dimensione, individuale e collettiva. Basti pensare all'art. 20 che riconosce il diritto dei popoli allo sviluppo, tenendo conto della loro identità, all'art. 21, il diritto degli stessi di disporre liberamente delle proprie risorse e infine all'art. 17 che disciplina da un lato, il diritto individuale a prendere parte alla vita della propria comunità e dall'altro, il dovere dello Stato di proteggere i valori tradizionali riconosciuti dalla comunità stessa. Come nel caso della Corte interamericana, anche nel sistema africano la maggior parte dei casi riguardano l'accesso alla terra da parte dei popoli indigeni in connessione alla tutela della propria identità culturale (si veda ad esempio: African Commission on Human and Peoples' Rights, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comm. No. 155/96, 2001; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, Communication 276/2003, Decision adopted in May 2009 and endorsed by the African Union in January 2010; African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. the Republic of Kenya*, App. No. 006/2012, Judgment of 26 May 2017). Anche nell'interpretazione della Commissione Africana, dunque, la cultura dei popoli indigeni è profondamente interrelata con la terra ancestrale e può essere definita come l'insieme di quegli elementi, materiali e spirituali, che consentono di distinguere un gruppo. Inoltre, il diritto a partecipare alla vita culturale per la Commissione va ben oltre il dovere di non distruggere o indebolire gruppi minoritari ma richiede rispetto e protezione per il patrimonio culturale essenziale per l'identità del gruppo. Infine, un ulteriore aspetto che si intende richiamare, perché trova una eco anche nella giurisprudenza interamericana, è una visione dinamica della cultura dei popoli indigeni come soggetta ad una continua evoluzione, a fronte, invece, di valori tradizionali che rimangono immutati.



la stessa sopravvivenza dei gruppi<sup>755</sup>. Pertanto, nella giurisprudenza della Corte, la protezione dell'identità – non solo culturale – di queste comunità e dei loro membri è passata inevitabilmente attraverso la protezione dei territori da loro abitati e, di conseguenza, l'interconnessione tra terre ancestrali e manifestazioni culturali dei gruppi ha reso essenziale il ruolo svolto dal diritto di proprietà.

Infine, si può già anticipare che la Corte interamericana, se da un lato ha valorizzato la continuità storica della presenza sul territorio delle comunità indigene, è stata capace di cogliere la dinamicità di queste società che, lungi dal rimanere identiche a quelle dei propri predecessori, hanno seguito e seguono delle proprie traiettorie sociali che le portano ad evolversi nel tempo, pur preservando l'eredità dei loro ascendenti. Vedremo, dunque, che la Corte ha rigettato una visione statica dell'identità culturale che, al contrario, si costruisce progressivamente in relazione non solo al territorio ma anche agli eventi specifici che hanno modellato le strutture sociali, la spiritualità, le pratiche rituali, il linguaggio, le arti, in sintesi – per usare le parole della Corte – l'identità di questi popoli<sup>756</sup>. La storia e l'adattamento culturale di questi gruppi nel tempo costituiscono, infatti, per la Corte un elemento costitutivo della loro configurazione contemporanea<sup>757</sup>. La cultura, dunque, in questa accezione non è stata intesa come un insieme di caratteristiche immutabili che definiscono e identificano un gruppo umano, ma come un insieme di elementi in costante evoluzione che si modificano nel tempo, risentendo a loro volta del contesto in cui sono immersi<sup>758</sup>.

### *11.2 Base normativa e criteri interpretativi*

La Convenzione americana non prevede espressamente il diritto all'identità culturale dei popoli indigeni. Del resto, è un trattato che si occupa quasi esclusivamente di diritti civili e politici, con l'eccezione dell'art. 26 che obbliga gli Stati parti ad adottare misure per realizzare, progressivamente, i diritti economici, sociali e culturali contenuti nella

---

<sup>755</sup> T. M. Antkowiak, 'Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court,' in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35(1), 2013, pp. 113-87.

<sup>756</sup> L. Hennebel, H. Tigroudja, *The American Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2022, 'Article 21, Right to property', p. 631.

<sup>757</sup> IACommHR, *Indigenous Communities of Thelhaka Honhat our land) Association v. Argentina*, cit., par. 160.

<sup>758</sup> C. J. Samson, *Indigenous Peoples Rights: Anthropology and the Right to Culture*, Routledge, 2009, pp. 73-6; G.W. Stocking, *Race, Culture, and Evolution: Essays in the History of Anthropology*, University of Chicago Press, 1982, p. 232 ss.

Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS)<sup>759</sup>. Come vedremo, questa disposizione solo in tempi piuttosto recenti è stata utilizzata dalla Corte per far avanzare la protezione delle specificità culturali dei popoli indigeni.

Per quanto riguarda gli altri strumenti del sistema regionale, il diritto a partecipare alla vita culturale è enunciato dall'art. 13 della Dichiarazione americana sui diritti e doveri dell'uomo del 1948<sup>760</sup> e dall'art. 14 del Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti economici, sociali e culturali del 1988, il cosiddetto Protocollo di San Salvador<sup>761</sup>. Tuttavia, il primo non è un documento internazionalmente vincolante, mentre del secondo accordo sono direttamente giustiziabili di fronte alla Corte interamericana soltanto il diritto all'educazione e i diritti sindacali. Particolarmente rilevante è stata poi l'adozione, nel 2016, della Dichiarazione americana dei diritti dei popoli indigeni da parte dell'OAS<sup>762</sup>. Nonostante si tratti di un documento di *soft law* e dunque non vincolante<sup>763</sup>, è importante rilevare come già nel Preambolo si rimarchi l'obbligo degli Stati di tutelare l'identità culturale dei popoli indigeni che contribuiscono allo sviluppo, al pluralismo e alla diversità culturale nelle società americane<sup>764</sup>. In vari passaggi della Dichiarazione emerge poi la sua vocazione interculturale «che porta a

---

<sup>759</sup> OAS, *Convenzione americana dei diritti umani*, cit., art. 26, Sviluppo progressivo: «Gli Stati Parti si impegnano ad adottare misure, sia a livello nazionale sia attraverso la cooperazione internazionale, specialmente di natura economica e tecnica, al fine di conseguire progressivamente, con la legislazione o altri mezzi appropriati, la piena realizzazione dei diritti implicati nelle norme in campo economico, sociale educativo, scientifico e culturale contenute nella Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani come emendata dal Protocollo di Buenos Aires».

<sup>760</sup> OAS, *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, adopted by the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, 1948, art. 13: «Every person has the right to take part in the cultural life of the community, to enjoy the arts, and to participate in the benefits that result from intellectual progress, especially scientific discoveries».

<sup>761</sup> OAS, *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights* : “*Protocol of San Salvador*”, 17 novembre 1988, art. 14: «The States Parties to this Protocol recognize the right of everyone: 1. To take part in the cultural and artistic life of the community; To enjoy the benefits of scientific and technological progress; To benefit from the protection of moral and material interests deriving from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. The steps to be taken by the States Parties to this Protocol to ensure the full exercise of this right shall include those necessary for the conservation, development and dissemination of science, culture and art».

<sup>762</sup> OAS, *Dichiarazione americana dei diritti dei popoli indigeni*, AG/RES.2888 (XLVI-O/16), 14 giugno 2016.

<sup>763</sup> Tuttavia, in dottrina, alcuni ritengono che rappresenti una codificazione di diritti ormai affermatasi in via consuetudinaria. Si veda, ad esempio: L. Crippa, ‘The American Declaration on the Rights of indigenous Peoples: The Law-making, Adoption and Implementation Processes, in D. Newman (a cura di), *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*, Elgar, 2022, pp. 25-42.

<sup>764</sup> OAS, *Dichiarazione americana dei diritti dei popoli indigeni*, cit., Preambolo.

ripensare lo Stato tenendo conto dell'esperienza autoctona»<sup>765</sup>. Infine, l'art. 13 riconosce direttamente il diritto all'identità culturale dei popoli indigeni. Raccomanda che il patrimonio culturale, tangibile e intangibile, sia preservato in maniera tale da essere trasmesso alle future generazioni e che siano rispettati lo stile di vita, la cosmologia, le norme, le tradizioni e gli usi indigeni.

Pertanto, la Corte si è trovata a dover ricostruire in via interpretativa il diritto dei popoli indigeni alla preservazione delle proprie specificità culturali fondandolo, di volta in volta, su diverse basi normative. Come infatti sostenuto dal giudice Abreu Burelli, la Convenzione americana, interpretata evolutivamente, offre un ampio spettro di garanzie che possono essere applicate per proteggere l'identità culturale di tali comunità, garanzie che vanno dalla non discriminazione (art. 1) al diritto alla privacy (art. 11), dal diritto alla libertà di coscienza e religione (art. 12) e di pensiero ed espressione (art. 13) al diritto di proprietà (art. 21), dal diritto a partecipazione politica (art. 23) al diritto ad un'eguale protezione (art. 24)<sup>766</sup>.

Mancando un riferimento esplicito all'identità culturale nel catalogo convenzionale, la Corte è riuscita a tutelare le differenze culturali intrinseche dei singoli membri di popoli indigeni e dei popoli indigeni nel loro complesso, che provengono da contesti sociali, politici, culturali e religiosi eterogenei, mediante un'interpretazione estensiva della Convenzione. In particolar modo, ciò è avvenuto, come verrà messo in luce, attraverso il ricorso al principio *pro homine*<sup>767</sup>. Tale principio impone, infatti, di privilegiare il

---

<sup>765</sup> S. Baldin e S. De Vido, 'Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità', in *DPCE online*, Vol. 2, 2019, p. 1310. Si veda, ad esempio, l'art. 15 che impone di riconoscere e rispettare le peculiarità indigene nell'educazione interculturale che deve riflettere le cosmovisioni, le lingue, le conoscenze e gli stili di vita di questi popoli.

<sup>766</sup> Si veda l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Alirio Abreu Burelli in *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 24.

<sup>767</sup> Sul principio *pro homine* si vedano: L. Burgogue-Larsen, 'El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos', in *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, 2014, pp. 119 ss.; V. de Oliveira Mazzuoli, D. Ribeiro, 'Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: A Call for a Pro Individual Interpretation', in *The Transnational Human Rights Review*, Vol. 2, 2015, pp. 32 ss.; L. Lixinski, 'Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law', in *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, pp. 585 ss.; Y. Negishi, 'The Pro Homine Principle's Role in Regulation the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control', in *European Journal of International Law*, Vol. 28(2), 2017, pp. 457-481; L. Crema, 'Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)', in *European Journal of International Law*, 2010, pp. 690 ss.; A. Villareal, 'El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado', in *International Law-Revista Colombiana de derecho internacional*, Vol. 5, 2005, p. 337.

significato di una norma più favorevole all'individuo, offrendogli la migliore protezione possibile, al fine ultimo di preservare la dignità umana, garantire i diritti fondamentali e incoraggiare il loro avanzamento<sup>768</sup>. È grazie a tale principio – che prevede che se nella stessa situazione sono applicabili sia la Convenzione che un'altra norma deve prevalere sempre la regola più favorevole all'individuo<sup>769</sup> – che la Corte ha potuto ricomporre le diverse istanze di protezione delle peculiarità culturali dei gruppi che abitano la regione.

Questo criterio ermeneutico, che trova un suo corrispettivo nel divieto di interpretazione restrittiva di cui all'art. 29, lett. b) della Convenzione<sup>770</sup>, è stato costantemente affiancato dal ricorso all'interpretazione sistemica *ex art.* 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>771</sup>. La Corte, infatti, ha interpretato la Convenzione americana anche alla luce della legislazione nazionale degli Stati di volta in volta convenuti in giudizio, delle norme pattizie cui gli Stati parti siano vincolati e, nei casi riguardanti le comunità aborigene, anche alla luce del diritto consuetudinario indigeno, estendendo il suo ambito di applicazione originario<sup>772</sup>. Com'è ben noto, infatti, la Corte ha sostenuto in più occasioni che la Convenzione è uno strumento vivo – che dunque va interpretato alla luce del cambiamento dei tempi<sup>773</sup> – e che ha un significato autonomo da quello che i singoli diritti possono avere a livello domestico<sup>774</sup>. Ciò non vuol

---

<sup>768</sup> S. Garcia Ramirez, 'Joint Separate Opinion of Judges A.A. Cancado Trindade, M. Pacheco Gomez and A. Abreu Burelli', in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, 2002, p. 443; H. Henderson, 'Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine', *Revista IIDH*, Vol. 39, 2008, p. 87.

<sup>769</sup> Si veda ad esempio: IACHR, *Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)*, 1985, (Ser A) N° 5, par. 52: «Considering that the Convention itself establishes that its provisions should not have a restrictive effect on the enjoyment of the rights guaranteed in other international instruments, it makes even less sense to invoke restrictions contained in those other international instruments, but which are not found in the Convention, to limit the exercise of the rights and freedoms that the latter recognizes».

<sup>770</sup> Art. 29, lett. b): «Nessuna disposizione di questa Convenzione dovrà essere interpretata in modo da: (...) b) limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato Parte o di un'altra Convenzione di cui tale Stato sia parte».

<sup>771</sup> UN, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 maggio 1969, UNTS vol. 1155, art. 31, par. 3, lett. c): «Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti».

<sup>772</sup> Si veda, ad esempio, N. Posenato, 'La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali', in *DPCE Online*, Vol. 1, 2018, pp. 145-6.

<sup>773</sup> IACHR, *Advisory Opinion OC-10/89, Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, 14 luglio 1989, par. 37-43: «to determine the legal status of the American Declaration it is appropriate to look to the inter-American system of today in the light of the evolution it has undergone since the adoption of the Declaration».

<sup>774</sup> G. Neuman, 'Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights' in *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, p. 101; A. Rachovitsa, 'Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights

dire semplicemente, come accade nel sistema CEDU, che il significato delle disposizioni non è mutuato da quello degli ordinamenti interni, ma che viene ricostruito tenendo conto di altri accordi internazionalmente vincolanti le parti convenute in giudizio<sup>775</sup>. L'applicazione degli strumenti interamericani, a partire dalla Convenzione, utilizzando come quadro interpretativo rilevante il «*corpus juris* of international human rights law»<sup>776</sup>, come vedremo, sarà essenziale per favorire la protezione dell'identità culturale delle popolazioni indigene<sup>777</sup>. Attraverso quella che è stata definita un'ermeneutica aperta la Corte ha esteso, infatti, la portata dei diritti tutelati dalla Convenzione<sup>778</sup>.

Proprio in virtù delle modalità peculiari attraverso cui ha interpretato la Convenzione americana dei diritti umani, la Corte è stata in grado di dar vita ad una compenetrazione, sia pur parziale, tra ordinamenti normativi eterogenei. Nell'interpretazione della Convenzione, la Corte, infatti, ha realizzato spesso il concetto di “interlegalità” – evocato da Bonaventura de Sousa Santos – prendendo in considerazione, come già detto, non solo le norme di diritto nazionale degli Stati membri e altri trattati di cui tali Paesi sono parti ma persino norme consuetudinarie e di matrice religiosa proprie dei popoli indigeni<sup>779</sup>. Ciò ha favorito, come evidenziato da Serena Baldin e Sara De Vido, l'emersione nelle sentenze della Corte interamericana del concetto di interculturalità di matrice latinoamericana con il quale si intende «un processo continuo di costruzione e trasformazione delle culture, una modalità giuridico-antropologica mediante cui i diritti e le proposte indigene offrono una base per ripensare e riconcettualizzare la società in una prospettiva attenta al portato culturale autoctono»<sup>780</sup>.

---

Treaties’, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 77; C. Medina, *The American Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016, p. 51-5.

<sup>775</sup> Si veda: M. De Pauw, ‘The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality’, in O. Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

<sup>776</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 126-8.

<sup>777</sup> G. Pentassuglia, ‘Protecting Minority Groups through Human Rights Court’, in A. F. Vrdoljk (a cura di), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press 2013, p. 99.

<sup>778</sup> M. Morales, ‘El estado abierto como objetivo del ius costitucionale commune. Aproximacion desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, in Armin von Bogdandy, FIX- Hector Fixfiero, Mariela Morales (a cura di), *Ius costitucionale comune en America Latina*, Rasgos, potencialidades y desafios, UNAM, MPI, IIDC, 2014, pp. 265-299.

<sup>779</sup> B. de Sousa Santos, ‘Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico’, in *Sociologia del diritto*, Vol. 3, 1990, p. 28.

<sup>780</sup> S. Baldin e S. De Vido, ‘Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità’, in *DPCE online*, Vol. 2, 2019, p. 1309.

Come vedremo, infatti, l'esercizio interpretativo svolto dalla Corte interamericana ha dato luogo a un dialogo tra diversi testi normativi e il contesto interculturale in cui gli stessi sono immersi e trovano applicazione. In tal modo, la Corte non si è limitata a rappresentare gli individui come meri titolari di diritti ma ne ha riconosciuto e valorizzato le differenze culturali intrinseche. È così riuscita a garantire un avanzamento della protezione dell'essere umano al di là dei diritti enunciati dalla Convenzione americana, cogliendone l'identità in un mondo pluralistico e multiculturale e riuscendo dunque a meglio tutelare le specificità dei popoli indigeni.

## **12. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso il diritto di proprietà**

Nella maggior parte dei casi sottoposti alla Corte interamericana, la tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni e tribali è avvenuta in connessione alla protezione della proprietà e dell'uso delle terre ancestrali. Del resto, come abbiamo già ricordato, la relazione intima con le terre tradizionali, da cui dipende la loro stessa esistenza, è spesso stata considerata parte dell'indigenità di tali gruppi<sup>781</sup>. È questa la ragione per cui la preservazione dell'identità culturale dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana è passata, prima di tutto, attraverso la protezione offerta dall'art. 21 della Convenzione americana che regola, non a caso, il diritto di proprietà<sup>782</sup>.

Tuttavia, tale norma è stata modellata sul concetto occidentale di proprietà privata che è tradizionalmente centrata sull'individuo. Pertanto, non prevede alcun obbligo degli Stati di proteggere i diritti comunitari dei popoli indigeni sulle terre ancestrali, né fa alcun riferimento al collegamento tra la tutela di tali terre e la protezione dell'identità culturale. Tutti questi aspetti sono stati quindi ricostruiti in via interpretativa dalla Corte<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> C.J. Samson, *Indigenous Peoples Rights: Anthropology and the Right to Culture*, op. cit., p. 71.

<sup>782</sup> OAS, *Convenzione americana*, cit., art. 21: «Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society».

<sup>783</sup> In realtà, a partire dagli anni '70, la Commissione aveva già riconosciuto forme di diritti collettivi dei popoli indigeni riguardanti le terre ancestrali (OAS, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1971, OAS/Ser.L/V/J/.27, doc. 11 rev., 6 marzo 1972, caso dei Guahibo in Colombia). Tuttavia, è solo il Rapporto 111 del 2001 che attesta la violazione della Convenzione da parte degli Stati Uniti per aver privato gli indiani di Western Shoshone delle proprie terre. (Inter-AmCommHR, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 113/01, 2001). Si vedano anche: T.L. Gragson, 'Land Rights and Indigenous Peoples: The Role of the Inter-American Commission on Human Rights', in *The Latin American Anthropology Review*, Vol. 4, 1992, p. 18; O. Kreimer, 'Collective Rights of

La controversia *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*<sup>784</sup> rappresenta il *leading case* per quanto riguarda la protezione delle peculiarità culturali dei popoli indigeni per il tramite dell'art. 21 e ha sicuramente influenzato la giurisprudenza successiva della Corte. È a partire da questa controversia, infatti, che il diritto all'identità culturale dei popoli indigeni ha iniziato a trovare una prima forma di tutela indiretta sulla base del riconoscimento che la cultura informa la relazione tra popoli indigeni e terre tradizionalmente occupate e deve, dunque, essere tenuta in considerazione nell'interpretazione del diritto di proprietà<sup>785</sup>.

La controversia trae origine dai danni prodotti da una compagnia privata che, su concessione statale, aveva condotto opere di disboscamento che avevano interessato anche le terre ancestrali, violando i diritti delle comunità indigene ivi insediate. La Corte ha evidenziato come, per tali comunità, l'ambiente in cui vivono non si esaurisce in una questione di possesso, costituisce piuttosto un'entità alla quale sono intimamente correlate in una commistione di elementi spirituali e materiali posti a fondamento della loro cultura e della loro sopravvivenza economica<sup>786</sup>. Preservare il rapporto di tali gruppi con le terre ancestrali consente, dunque, anche la custodia dell'eredità culturale dei popoli indigeni e la sua trasmissione alle generazioni future. L'integrazione dell'essere umano con la Natura rappresenta infatti una manifestazione culturale di queste collettività che si proietta sia nello spazio – in quanto le comunità si considerano parte di un sistema naturale di cui puntano a preservare e non a sfruttare le risorse – che nel tempo, nei confronti delle altre generazioni passate e future<sup>787</sup>. Secondo i giudici, il rapporto tra la comunità indigena e la terra dà luogo, infatti, ad espressioni culturali che devono essere

---

Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System', in *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 94, 2000, p. 315.

<sup>784</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit.

<sup>785</sup> M. Toro, 'El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', in *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, 2010, pp. 49 ss.

<sup>786</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 149.

<sup>787</sup> Si veda F. Cerulli, 'Antropocentrismo v. Ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani', in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 1, 2023, pp. 259 ss.; A.A. Cançado Trindade, 'The Inter-American System of Protection of Human Rights: The Developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)', in F. Gómez Isa and K. de Feyter (a cura di), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, University of Deusto, 2006, p. 492.

tutelate e che costituiscono il sostrato delle norme giuridiche volte a disciplinare i rapporti tra gruppi di individui e i loro beni<sup>788</sup>.

Attraverso la valorizzazione della “cosmovisione”, la visione del mondo tipica della tradizione ctonia<sup>789</sup> e di un’interpretazione evolutiva della Convenzione, l’art. 21 è divenuto dunque il mezzo per proteggere l’identità culturale dei membri dei popoli indigeni (e dal caso *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* in poi, come già ricordato, direttamente di tali collettività nel loro complesso)<sup>790</sup>. La terra ancestrale è stata riconosciuta infatti come un legame essenziale che costituisce e preserva l’identità culturale dei popoli indigeni: non è un mero strumento di produzione agricola, ma contribuisce a costruire uno spazio geografico e sociale, simbolico, religioso e culturale, al quale sono legate la storia e la sussistenza di quelle stesse comunità. Solo attraverso il riconoscimento e l’attenzione alla diversità culturale delle popolazioni indigene si può garantire, come in questo caso, l’efficacia delle norme poste a tutela dei diritti della persona umana<sup>791</sup>.

La Corte, infatti, anche nei casi successivi, ha ritenuto che, nel valutare l’ambito di applicazione e il contenuto dei diritti tutelati dalla Convenzione americana, non poteva astenersi dal considerare le caratteristiche che differenziano i popoli indigeni e i loro membri dal resto della popolazione e che ne determinano l’identità culturale<sup>792</sup>. Particolarmente rilevanti, a tal proposito, sono stati una serie di casi contro il Paraguay, a partire da quello promosso dalla comunità *Yakye Axa*<sup>793</sup>, in cui è stata ulteriormente enfatizzata e chiarita la relazione speciale tra popoli indigeni e terra ancestrale, relazione che se spezzata può comportare il rischio di una perdita etnica e culturale irreparabile. La terra infatti rappresenta, per usare le parole di uno dei periti ascoltati dalla Corte, «the

---

<sup>788</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 11.

<sup>789</sup> A. Cançado Trindade, ‘The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights’, in Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin (a cura di), *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney*, Martinus Neijhoff, Leiden, 2009, p. 485.

<sup>790</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 231 e ss. in cui, per la prima volta i popoli indigeni, con un’estensione dell’interpretazione di “persona” ai sensi della Convenzione, vengono considerati titolari di diritti.

<sup>791</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., Joint Separate Opinion of Judges A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli, par. 14.

<sup>792</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par 51.

<sup>793</sup> Sul punto si veda anche Inter-AmCommHR, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case No. 11.140, Report No. 75/ 02, 27 dicembre 2002, par. 148.



place where we are what we are»<sup>794</sup>: è stata di fatto compiuta un'equazione tra tutela della proprietà, della cultura e dell'identità delle comunità indigene. Nel caso di specie, i membri della comunità indigena erano stati privati dell'accesso alle proprie terre ancestrali e si erano trovati a vivere, ai margini delle stesse, in uno stato di estrema vulnerabilità alimentare, medica e sanitaria, che ne minacciava la sopravvivenza e l'integrità.

La Corte, come nel caso precedente, nel valutare la lesione del diritto di proprietà ad opera del convenuto ha fondato dunque il proprio ragionamento sull'importanza di proteggere la cultura dei membri delle comunità indigene. Grazie alla funzione sociale e culturale che la terra riveste, l'art. 21 è diventato così uno strumento essenziale utilizzato dalla Corte per tutelare le specificità culturali dei gruppi indigeni<sup>795</sup>. La terra ancestrale, infatti, è direttamente collegata a un caratteristico modo di essere, agire e abitare nel mondo, tipico di questi popoli, e sviluppato sulla base del loro stretto rapporto con i territori tradizionali, non solo perché forniscono i principali mezzi di sussistenza, ma anche perché fanno parte e modellano la loro visione del cosmo, la loro religiosità, in sintesi la loro identità (anche ma non solo culturale)<sup>796</sup>.

### *12.1 Interpretazione sistemica dell'obbligo di garantire il diritto alla proprietà comunitaria delle terre ancestrali*

Come abbiamo visto nel paragrafo introduttivo sulla Corte interamericana, tale organo ha costantemente interpretato l'art. 29, lett. b)<sup>797</sup> della Convenzione come una clausola che le consente di interpretare il testo convenzionale alla luce di altre norme che vincolano gli Stati parti, siano essi convenzioni internazionali o legislazioni domestiche dello Stato convenuto. È alla luce del principio *pro homine* e sulla base di un'interpretazione

---

<sup>794</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 39, p. 20.

<sup>795</sup> L. Hennebel, H. Tigroudja, *The American Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 642 ss.; S. Lopez Escarcena, 'La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana', in *Ius et Praxi*, Vol. 21(1), 2015, pp. 531-76. J.D. López-Murcia, G. Maldonado-Colmenares, 'La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia', in *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14, 2009, pp. 71-105.

<sup>796</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 135.

<sup>797</sup> OAS, *Convenzione americana*, cit., art. 29, lett. b): «Nessuna disposizione di questa Convenzione dovrà essere interpretata in modo da: (...) b) limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato Parte o di un'altra Convenzione di cui tale Stato sia parte».

evolutiva e sistemica del diritto di proprietà che la Corte ha derivato dall'art. 21 il diritto dei singoli membri prima e dal 2012 della comunità indigena nel suo complesso alla proprietà comunitaria delle terre ancestrali.

Tale operazione ermeneutica è stata compiuta per la prima volta nella controversia *Awás Tingni Community v. Nicaragua*<sup>798</sup>. La Corte ha fatto ricorso ad altre norme internazionali e nazionali e, addirittura, al diritto consuetudinario dei popoli indigeni, per espandere l'ambito di applicazione del diritto di proprietà. Ciò le ha consentito di discostarsi quindi dalla comprensione di matrice esclusivamente occidentale del diritto di proprietà. Il diritto consuetudinario dei popoli indigeni, infatti, prevede una forma di proprietà collettiva, centrata sulla comunità di appartenenza e non sul singolo individuo. Inoltre, dispone che per le comunità in discorso, prive di un titolo reale di proprietà della terra, il semplice possesso sia sufficiente per ottenerne il riconoscimento ufficiale e la relativa registrazione<sup>799</sup>. Pertanto, tenendo in considerazione i valori, i costumi e le tradizioni indigene, il Nicaragua avrebbe dovuto stabilire un meccanismo effettivo per la delimitazione, la demarcazione e la titolarità delle proprietà delle comunità indigene, in assenza del quale aveva invece violato i diritti dei membri della comunità all'uso e al godimento della proprietà<sup>800</sup>.

Tale approccio è stato perseguito dalla Corte anche nei casi successivi, in cui ricorrendo costantemente al principio *pro homine*<sup>801</sup>, l'organo giurisdizionale ha ritenuto che l'art. 21 della Convenzione dovesse essere analizzato non solo alla luce del diritto consuetudinario indigeno ma anche di altri trattati internazionali che ne consentivano un'interpretazione in accordo con l'evoluzione del sistema interamericano e, più in generale, del regime internazionale dei diritti umani nel suo complesso<sup>802</sup>. In particolare,

---

<sup>798</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 148. Lo stesso è ribadito dalla Corte nei casi: *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 85-6; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 131.

<sup>799</sup> C. Marin, Liz Vallejos Roa, 'Multiculturalism y pueblos indígenas: análisis de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a territorios indígenas', in *Revista De Derecho Político*, Vol. 114, 2022, p. 359-85. IACHR, *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 149-51.

<sup>800</sup> Ivi, par. 164.

<sup>801</sup> Si veda: V. De Oliveira Mazzuoli, D. Ribeiro, 'Indigenous Rights Before the Inter-American Court of Human Rights: A Call for a Pro Individual Interpretation', in *The Transnational Human Rights Review*, Vol. 2, 2015, pp. 32-62.

<sup>802</sup> IACHR, *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, 17 Settembre 2003, Series A No. 18, par. 120: «The corpus juris of international human rights law comprises a set of international instruments of varied content and juridical effects (treaties, conventions, resolutions and declarations). Its dynamic evolution has had a positive impact on international law in

in virtù del principio di integrazione sistemica, nella controversia già richiamata *Yakye Axa v. Paraguay*, la Corte ha asserito che l'art. 13 della Convenzione n. 169 dell'ILO sui popoli indigeni e tribali<sup>803</sup> – ratificata anche dal convenuto e che impone agli Stati di rispettare il rapporto dei popoli indigeni con le terre per la particolare importanza che rivestono per le culture interessate – aiutasse a chiarire il significato che il termine “proprietà” assumeva nell'art. 21 della Convenzione americana<sup>804</sup>. Quest'ultimo doveva ricomprendere non solo ogni bene materiale che può essere posseduto ma anche tutti i beni corporei e incorporei e ogni altro oggetto immateriale idoneo ad avere valore<sup>805</sup>. Erano tutelati dunque anche gli elementi immateriali e, quindi, culturali che derivavano dalla relazione tra popoli e terra<sup>806</sup>. Garantire il diritto dei membri dei popoli indigeni alla proprietà comunitaria ex art. 21 significa dunque tutelare le tradizioni, i costumi, le lingue, le arti, i rituali e il rapporto di interconnessione con la Natura di tali popoli<sup>807</sup>. In collegamento con il loro *milieu*, i membri delle comunità indigene trasmettono poi questo patrimonio culturale immateriale di generazione in generazione.

Nel caso di specie, la Costituzione del Paraguay prevedeva già espressamente il diritto dei popoli indigeni al rispetto della propria identità etnica come derivante dal rapporto con il proprio habitat e il diritto alla proprietà comune delle terre, necessaria per lo sviluppo e la tutela dei propri stili di vita<sup>808</sup>. In altri casi, la Corte ha specificato che, anche

---

affirming and building up the latter's faculty for regulating relations between States and the human beings within their respective jurisdictions. This Court, therefore, must adopt the proper approach to consider this question in the context of the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary international law».

<sup>803</sup> ILO, *Convention No. 169*, cit., art. 13: «In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship. 2. The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use».

<sup>804</sup> A questo proposito, si veda anche: IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 146; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 118.

<sup>805</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 138. Si veda anche IACHR, *Ivcher Bronstei v. Peru*, Merits, Reparations and Cost, Judgment, 6 febbraio 2001, Serie C No. 74, par. 122.

<sup>806</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 131.

<sup>807</sup> Ivi, par. 149.

<sup>808</sup> Paraguayan Constitution, art. 63: «The right of indigenous peoples to preserve and develop their ethnic identity in the respective habitat is recognized and guaranteed. They likewise have the right to freely apply their systems of political, social, economic, cultural, and religious organization, as well as to voluntarily submit to their customary rules regarding life within them, insofar as they are not contrary to the basic rights set forth in this Constitution. In cases of conflicting jurisdiction, indigenous customary law will be taken into account»; art. 64: «Indigenous peoples have the right to communal landholding, with an area and quality sufficient for conservation and development of their specific form of life. The State will

laddove la legislazione nazionale non tuteli il diritto alla proprietà delle terre dei popoli indigeni, avanzando al contrario pretese sulle stesse, il legame culturale, spirituale e materiale con l'ambiente abitato dalle comunità deve considerarsi sufficiente per risolvere il caso a favore delle rivendicazioni indigene<sup>809</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che, in caso contrario, possono esserci ripercussioni su altri diritti che la Corte considera “di base”, quali ancora una volta il diritto all'identità culturale e alla sopravvivenza stessa delle comunità<sup>810</sup>.

Infine, anche nel caso *Saramaka People v. Suriname*<sup>811</sup>, gli obblighi degli Stati riguardo l'accesso alle risorse naturali e quelli relativi alla consultazione e all'acquisizione del consenso dei popoli indigeni nel caso di attività che hanno un impatto sulle terre ancestrali – che saranno approfonditi nel prossimo paragrafo – «are crucially borrowed from multiple jurisdictions, thereby making the treaty a proxy for cross-fertilization processes»<sup>812</sup>.

Da questa breve panoramica risulta evidente che la tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni ad opera della Corte interamericana si è basata ampiamente su un sistema di *cross-fertilization*, attraverso il quale l'ambito di applicazione e il contenuto del diritto di proprietà è stato esteso sulla base dell'interpretazione della Convenzione alla luce di un ampio quadro di strumenti di *hard* e *soft law* riguardanti i popoli indigeni, a partire dal ricorrente rimando alla Convenzione n. 169 dell'ILO e alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007<sup>813</sup>. Attraverso il costante riferimento a questo esteso *corpus iuris*, la Corte ha ampiamente sviluppato l'obbligo di tutela dei diritti di proprietà collettiva gravante sugli Stati parti e – come verrà illustrato nel prossimo paragrafo – ne ha specificato progressivamente il contenuto<sup>814</sup>.

---

provide these lands free of cost, and they will be unencumberable, nonextinguishable, not subject to guaranteeing contractual obligations or to rental; they will also be tax free».

<sup>809</sup> IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, cit. par. 86.5, 86.6., 130, 199(2)(f).

<sup>810</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 143.

<sup>811</sup> IACHR, *Saramaka People vs. Suriname*, cit., par. 92-96, 103, 118-40.

<sup>812</sup> G. Pentassuglia, 'Protecting Minority Groups through Human Rights Court', cit., p. 99.

<sup>813</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous Peoples of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 215.

<sup>814</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 400, 6 febbraio 2020, par. 92.; *Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 5 febbraio 2018, par. 116; *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., par. 129.

Si veda anche: P. Bille Larsen, J. Gilbert, 'Indigenous Rights and ILO Convention 169: Learning from the Past and Challenging the Future', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24(2-3), 2020, pp. 83-93.

## 12.2 Gli obblighi degli Stati

L'interpretazione dinamica della Convenzione ad opera della Corte che, come appena visto, si è avvalsa anche di strumenti normativi esterni al sistema interamericano e ha valorizzato il ruolo dell'elemento culturale insito nel diritto di proprietà, ha svolto un ruolo cruciale nella derivazione e precisazione degli obblighi degli Stati derivanti dall'art. 21<sup>815</sup>. È stata la stessa Corte a chiarire, innanzitutto, che ignorare le diverse implicazioni che il diritto all'uso e al godimento della proprietà può assumere alla luce della cultura, degli usi, dei costumi e delle credenze di ciascun popolo equivarrebbe a sostenere che esiste un solo modo di utilizzare e disporre dei beni, il che, a sua volta, renderebbe illusoria la protezione prevista dall'art. 21 della Convenzione per milioni di persone<sup>816</sup>.

A partire da questo *telos*, la Corte interamericana ha sviluppato il contenuto materiale dell'art. 21, facendo gravare sugli Stati diversi obblighi<sup>817</sup>. Prima di tutto, gli stessi devono restituire, demarcare e garantire la titolarità delle terre ancestrali ai membri delle comunità in discorso e, quando per svariate ragioni non sia possibile la riconsegna di tali territori, prevederne di alternativi o adeguate forme di compensazione<sup>818</sup>. Un riconoscimento puramente astratto delle terre indigene, senza un'opportuna demarcazione e delimitazione delle stesse, risulterebbe infatti, per la Corte, privo di significato.

Inoltre, l'organo ha specificato che il diritto al godimento e all'uso delle terre ancestrali deve essere connesso alla protezione delle risorse naturali ivi contenute. Queste ultime sono infatti necessarie per la sopravvivenza fisica e culturale delle comunità ivi stanziate e, dunque, necessitano di protezione ai sensi dell'art. 21, in quanto contribuiscono a preservare la distintiva identità culturale dei popoli indigeni<sup>819</sup>. Pertanto, lo Stato ha

---

<sup>815</sup> IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, cit. par. 134-5.

<sup>816</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par.145. Si veda anche O. Ruiz Chiriboga, 'The Right to Cultural Identity of Indigenous Peoples and National Minorities: A Look from the Inter-American System', in *International Journal of Human Rights*, 2006, pp. 43 ss.

<sup>817</sup> Si veda: M. Monteiro de Matos, *Indigenous Land Rights in the Inter-American System, Substantive and Procedural Law*, Brill, Leiden, 2021.

<sup>818</sup> IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 150-156. Si vedano: J. M. Pasqualucci, 'The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System', in *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 295-306; J. M. Pasqualucci, 'International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', in *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, no. 1, 2009, pp. 51-98.

<sup>819</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 146.

l'obbligo di tutelare il diritto di tali gruppi ad accedere alle risorse naturali<sup>820</sup> e di garantire loro la partecipazione all'esplorazione e allo sfruttamento delle stesse<sup>821</sup>.

Ciò, tuttavia, non significa che l'art. 21 riconosca implicitamente che le risorse naturali all'interno dei territori ancestrali siano di proprietà di popoli indigeni e tribali. La Corte interamericana non ha risolto infatti in astratto la complessa questione della sovranità dello Stato sulle risorse naturali delle terre indigene ma l'ha legata, ancora una volta, alla protezione dell'identità culturale dei gruppi<sup>822</sup>. Come illustrato nella sentenza *Saramaka People v. Suriname*, l'organo giurisdizionale deve prima di tutto chiarire se le risorse naturali esplorate o sfruttate costituiscano un elemento vitale del sistema tradizionale dei popoli indigeni o se, comunque, le attività realizzate da terzi sulle terre ancestrali incidano sulla disponibilità di risorse naturali. Nel caso di specie, l'attività estrattiva condotta da una compagnia privata riguardava l'oro che non è tradizionalmente utilizzato dai *Saramaka* ma la Corte ha ritenuto che, ad ogni modo, avrebbe potuto danneggiare l'acqua e le foreste, che sono, al contrario, elementi fondamentali del modo di vivere della comunità ancestrale e, pertanto, ha riscontrato una violazione dell'art. 21<sup>823</sup>.

Più in generale, è stato stabilito l'obbligo di protezione dei territori ancestrali dallo sfruttamento da parte di investimenti privati<sup>824</sup>. In particolar modo, a tal proposito, la Corte ha chiarito che gli obblighi positivi degli Stati di garantire, rispettare, e proteggere il diritto di proprietà includono anche il fatto che le comunità indigene devono essere coinvolte riguardo le decisioni e le attività, come i piani di investimento, che possono avere un impatto – che deve essere opportunamente valutato – sulle proprie terre. È stato così statuito che i popoli indigeni hanno il diritto di essere debitamente ed opportunamente consultati, in modo tale che vengano tenute in considerazione le loro tradizioni e consuetudini riguardo i metodi decisionali, e che gli Stati hanno l'obbligo di

---

<sup>820</sup> *Ibidem*.

<sup>821</sup> IACHR, *Saramaka People v. Suriname*, cit., par. 118 ss.

<sup>822</sup> L. Hennebel, H. Tigroudja, *The American Convention on Human Rights*, op. cit., p. 644.

<sup>823</sup> IACHR, *Saramaka People v. Suriname*, cit., par. 119 ss. Tale metodologia sviluppata dalla Corte interamericana sarà seguita anche dalla Commissione africana sui diritti umani e dei popoli in questioni simili in cui la protezione delle risorse naturali avviene a salvaguardia delle tradizioni, della cultura e delle credenze dei popoli.

<sup>824</sup> IACHR, *Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 270, 20 novembre 2013, par. 356.

richiedere loro un consenso preventivo, libero e informato<sup>825</sup>. Inoltre, la dimensione culturale è stata valorizzata dalla Corte anche nella determinazione delle misure riparative che devono sempre tener conto dei valori e delle consuetudini delle comunità coinvolte<sup>826</sup>.

Infine, e questa è una caratteristica tipica di un approccio interculturale, i diritti alla proprietà collettiva dei popoli indigeni, in alcuni casi, richiedono un bilanciamento con i diritti individuali o con l'interesse pubblico, ad esempio quello della tutela dell'ambiente. Tale bilanciamento non è stato *in abstracto* risolto automaticamente a favore dei popoli indigeni ma deve essere operato caso per caso<sup>827</sup>. Eppure, le sentenze fino ad oggi prodotte consentono al momento di concludere che si tratta di un regime quasi eccezionale, se comparato con le limitazioni che normalmente l'art. 21 ammette<sup>828</sup>. Infatti, non solo devono essere stabilite dalla legge, devono essere necessarie, proporzionate e miranti a perseguire un obiettivo legittimo in una società democratica, ma nel caso dei diritti comunitari sulle terre indigene si deve applicare anche uno *special test for restrictions*. Per considerare legittima una restrizione al godimento del diritto di proprietà collettiva, infatti, lo Stato deve aver assolto tre ulteriori garanzie: assicurare l'effettiva partecipazione dei popoli indigeni; subordinare le concessioni a valutazioni da parte di enti indipendenti e a studi di impatto ambientale; e far sì che le comunità possano godere degli eventuali benefici prodotti<sup>829</sup>. Pertanto, ad oggi, in nessun caso la Corte ha giustificato restrizioni ai diritti collettivi sulla proprietà comunitaria dei popoli indigeni<sup>830</sup>.

---

<sup>825</sup> IACHR, *Saramaka People v. Suriname*, cit., par. 133-34. Nello stesso senso si era già pronunciata la Commissione: InterAmCommHR, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, Report No. 40/04, Merits. Case No. 12.052, 12 ottobre 2004, par. 142

<sup>826</sup> Si veda ad esempio, F. Lenzerini, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008. IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 242-6; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 248-6.

<sup>827</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 147.

<sup>828</sup> OAS, *Convenzione americana*, cit., art. 21 par. 2: «No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law».

<sup>829</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 156; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 144-145; *Saramaka People v. Suriname*, cit., par. 129; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit., par. 144.

<sup>830</sup> Tali restrizioni non sono state ammesse neppure quando ad essere coinvolte sono state popolazioni economicamente vulnerabili ma non indigene, come, ad esempio, la comunità creola nel caso IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*.

### **13. La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni attraverso altre disposizioni della Convenzione**

Accanto alla valorizzazione della dimensione culturale del diritto di proprietà, la Corte interamericana ha protetto l'identità dei membri dei popoli indigeni attraverso il ricorso ad un'interpretazione estensiva di altri articoli della Convenzione: l'art. 4, che tutela il diritto alla vita, l'art. 23, che prevede i diritti di partecipazione politica e l'art. 5, sul diritto a ricevere un trattamento umano. In tal modo, ha dato vita ad una giurisprudenza molto ricca in tema di protezione di identità culturale sia dei popoli indigeni che dei loro membri, di cui in questa sede si potranno ripercorrere solo le principali linee di tendenza.

#### *13.1 Il diritto alla vita*

L'identità culturale dei popoli indigeni e i suoi elementi costitutivi – tra cui il sistema di valori, le tradizioni e il legame tra vivi e defunti – hanno trovato protezione nella giurisprudenza della Corte, prima di tutto, attraverso il ricorso al diritto alla vita. Un'interpretazione estensiva dell'art. 4 della Convenzione ha offerto infatti il fondamento per lo sviluppo del concetto di *vida digna*: proteggere il diritto alla vita significa garantire per la Corte le condizioni necessarie per condurre un'esistenza dignitosa e tali condizioni devono includere anche il rispetto delle tradizioni culturali e delle credenze religiose<sup>831</sup>. Come evidenziato infatti dai giudici Trindade e Robles, l'identità culturale diviene una componente *lato sensu* del diritto alla vita: se l'identità culturale di un gruppo soffre, allora il diritto alla vita dei membri della stessa comunità inevitabilmente rischia di essere violato<sup>832</sup>.

---

<sup>831</sup> IACtHR, *Street Children (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala*, Merits, Judgment, Series C No. 63, 19 novembre 1999; *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Merits, Judgment, Series C No. 70, 25 novembre 2000; *Yakye Axa Indigenous Community*, cit.; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 146, 29 marzo 2006.

<sup>832</sup> IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., Separate dissenting opinion of judges A.A. Cançado Trindade and M.E. Ventura, par.18.

Si veda anche: J. M. Pasqualucci, 'The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System', in *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31(1), 2008 pp. 1-32.



### 13.2 Il diritto alla partecipazione politica

Nella giurisprudenza della Corte interamericana, la tutela dei valori e dell'identità culturale delle popolazioni indigene ha avuto un riflesso anche nella promozione di forme di organizzazione politica di tali gruppi. In diverse sentenze, infatti, la Corte ha previsto l'obbligo degli Stati di garantire che tali comunità abbiano pari diritti in termini di effettiva partecipazione alla vita pubblica, ai sensi dell'art. 23 della Convenzione<sup>833</sup>, il diritto di partecipazione politica. Così, ad esempio, nel caso *Yatama v. Nicaragua*, in cui a un partito politico che rappresentava le comunità indigene della Costa Atlantica era stato impedito di concorrere alle elezioni nazionali, la Corte ha stabilito che, poiché la struttura e gli obiettivi di tale organizzazione erano espressione delle tradizioni e degli usi indigeni, tale istituzione doveva essere protetta, dal momento che contribuiva a preservare e stabilire l'identità culturale dei gruppi etnici di riferimento e la sua partecipazione alle elezioni doveva essere garantita<sup>834</sup>. Pertanto, la legge elettorale nicaraguense che l'aveva esclusa dalla competizione elettorale doveva essere considerata in contrasto con l'art. 23 della Convenzione. In questa sentenza, è stata affermata dunque l'importanza di garantire la partecipazione politica di tutti i segmenti della popolazione, in condizioni di uguaglianza effettiva, affermando che il pluralismo politico rappresenta un valore fondante anche del sistema interamericano.

Inoltre, il già richiamato obbligo statale di consultazione dei popoli indigeni, strettamente correlato al legame con le terre ancestrali, ha un fondamento per la Corte nel diritto all'identità culturale dei popoli indigeni che, in questa accezione, ha trovato protezione anche per il tramite dell'art. 23. In *Sarayaku*, infatti, la Corte ha evidenziato come il diritto all'identità culturale, pur non essendo tutelato espressamente dalla Convenzione americana, costituisce uno strumento interpretativo trasversale per comprendere, rispettare e garantire il godimento e l'esercizio dei diritti umani dei popoli indigeni, alla luce anche del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 1, par. 1, della Convenzione.

---

<sup>833</sup> IACHR, *Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., par. 202-203.

<sup>834</sup> IACHR, *Yatama v. Nicaragua*, cit., par. 227. Si veda M. S. Campbell, 'The Right of Indigenous Peoples to Political Participation and the Case of Yatama v. Nicaragua', in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24, 2007, p. 499.

Secondo la Corte, il diritto all'identità culturale è un «fundamental right – and one of a collective nature – of the indigenous communities»<sup>835</sup>, che deve essere rispettato in una società pluralistica, multiculturale e democratica. In questo caso, ciò significa che gli Stati devono riconoscere e supportare l'identità e la cultura di tali popoli, garantendogli un'effettiva partecipazione<sup>836</sup>. La Corte, dunque, ha sottolineato il carattere collettivo del diritto all'identità culturale e la sua natura di diritto fondamentale, stabilendolo come presupposto dello stesso sistema democratico. Il riconoscimento dell'identità propria dei popoli indigeni è divenuto presupposto ontologico e politico di un reale pluralismo che in una prospettiva interculturale non può prescindere dall'inclusione di diverse identità culturali, anche di quei gruppi che sono stati tradizionalmente esclusi, come i popoli indigeni<sup>837</sup>.

Gli Stati hanno dunque l'obbligo di assicurare che i popoli indigeni siano opportunamente consultati su questioni che possono incidere sulla loro vita culturale e sociale, nel rispetto dei loro valori, tradizioni, consuetudini e forme di organizzazione<sup>838</sup>. Pertanto, le consultazioni devono avvenire in buona fede, attraverso procedure culturalmente appropriate. Inoltre, i popoli indigeni devono esercitare il controllo sulle proprie istituzioni per poter mantenere e sviluppare le proprie identità, lingue e religioni, sia pure all'interno dell'organizzazione dello Stato in cui vivono<sup>839</sup>. Nel caso di specie, la comunità *Sarayaku* non era stata consultata circa le attività condotte da una compagnia petrolifera sui propri territori, attività che avevano comportato la distruzione di alcuni siti sacri di particolare importanza per la vita spirituale della comunità. La mancata consultazione della Convenzione ha dunque per la Corte pregiudicato l'identità culturale del popolo, come entità collettiva<sup>840</sup>.

---

<sup>835</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 217.

<sup>836</sup> Il riferimento viene fatto al principio 22 della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo e, ancora una volta, alla Convenzione ILO n. 169 e alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni.

<sup>837</sup> R. Salas, J. J. Faundes, *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*, Lima Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018, p. 699-706.

<sup>838</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 159: «Respect for the right to consultation of indigenous and tribal communities and peoples is precisely recognition of their rights to their own culture or cultural identity».

<sup>839</sup> *Ibidem*.

<sup>840</sup> I. M. Madariaga Cuneo, 'ILO Convention 169 in the Inter-American Human Rights System: Consultation and Consent', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24(2-3), 2020, pp. 257-264.

È significativo segnalare che la controversia avrebbe potuto prevedere anche il coinvolgimento dell'art. 12 sulla libertà religiosa poiché, come la Corte ha segnalato in più occasioni, la distruzione dei siti sacri aveva avuto un impatto sulle credenze religiose e la vita spirituale dei membri della comunità, provocando enormi sofferenze ai suoi membri<sup>841</sup>. Tuttavia, a differenza della sua controparte europea, la Corte interamericana non ha emesso sentenze riguardanti una lesione diretta dell'articolo 12 in quanto tale in controversie riguardanti la protezione dell'identità anche religiosa dei gruppi minoritari e, laddove la dimensione religiosa è comunque venuta in rilievo, tali aspetti non hanno costituito il cuore della decisione della Corte e sono stati trattati in via incidentale, sempre in collegamento con altri interessi da proteggere<sup>842</sup>.

### *13.3 Il diritto a ricevere un trattamento umano*

Infine, la protezione di varie dimensioni dell'identità – inclusa quella religiosa – è confluita nella nozione di trattamento inumano ex art. 5 della Convenzione. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal caso *Moiwana Community v. Suriname*<sup>843</sup>.

A seguito del colpo di stato militare in Suriname nel novembre del 1986, nel corso di un assalto delle forze armate, 39 membri di questa comunità furono uccisi, mentre gli altri furono costretti ad abbandonare le proprie terre. Nel caso di specie, la Corte, dovendo limitare il proprio esame a fatti successivi all'entrata in vigore della Convenzione nel Paese – il che escludeva il massacro contestato in quanto tale –, ha ritenuto di poter accertare la violazione dell'art. 5 della Convenzione<sup>844</sup>, anche alla luce dei fatti successivi

---

<sup>841</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 220.

<sup>842</sup> La dimensione religiosa dell'identità culturale è venuta in rilievo nei seguenti casi: IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, *Moiwana Community v. Suriname*, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations, and Costs, 8 febbraio 2006, Series C No 145; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, cit.; *Chitay Nech et al v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No 212, 25 maggio 2010; *I.V. v. Bolivia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No 329, 30 novembre 2016.

Data la scarsità di sentenze, ci sono pochi studi sull'argomento: F. Arlettaz, 'La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos', in *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, 2011, p. 39; J. L. J. Caballero Ochoa, 'Las Perspectivas del Derecho Fundamental de Libertad Religiosa en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos', in *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, Vol. 2, 2004; L. Hennebel, 'La protection de "l'intégrité spirituelle" des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005', in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 66, 2006, p. 253.

<sup>843</sup> IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No 145, 8 febbraio 2006.

<sup>844</sup> La Corte ha accertato anche la violazione dell'art. 21 della Convenzione (diritto di proprietà).

alla strage. A tal fine, la Corte ha effettuato una valutazione multidimensionale della comunità, analizzando le sue caratteristiche antropologiche e spirituali<sup>845</sup>.

In primo luogo, la Corte ha sostenuto che l'assenza di un'indagine seria e completa sui fatti aveva generato sofferenza e angoscia tra le vittime e aveva avuto un impatto particolarmente grave all'interno della comunità *Moiwana* poiché, in conformità con la cultura e le tradizioni del gruppo, la giustizia e la responsabilità collettiva sono alcuni dei principi cruciali che ne regolano l'organizzazione. In secondo luogo, una delle principali fonti di sofferenza dei membri della comunità è stata individuata dalla Corte nell'ignoranza della sorte riservata alle spoglie delle vittime, il cui mancato rispetto è considerata un'estrema trasgressione morale. Infine, per preservare la propria identità e integrità, non soltanto i membri della comunità avrebbero dovuto poter mantenere una relazione con le terre ancestrali che, come più volte ribadito, costituiscono la base della loro cultura e della vita spirituale dei popoli indigeni<sup>846</sup>, ma avrebbero dovuto poter esercitare anche le proprie convinzioni religiose, in particolare riguardo ai legami che uniscono i vivi e i defunti e i territori in cui entrambi vivono. Alla luce di queste argomentazioni, la Corte ha concluso che la comunità ha patito «significant emotional, psychological, spiritual and economic hardship suffering to a such a degree as to result in the State's violation of Article 5(1) of the American Convention»<sup>847</sup>.

Ciò che ha caratterizzato tale sentenza è stata dunque la presa in considerazione delle peculiarità culturali della comunità di appartenenza delle vittime che ha consentito di arrivare a statuire l'avvenuta violazione della Convenzione. La Corte ha valorizzato le specificità culturali del gruppo indigeno, ritenendo che fosse stata minata l'integrità spirituale della comunità del villaggio di *Moiwana*. Questa, infatti, era stata gravemente compromessa dal diniego di giustizia che le famiglie delle vittime avevano dovuto affrontare e dall'impossibilità di offrire ai propri cari una sepoltura secondo i riti tradizionali. È stata proprio la rottura del legame che unisce i vivi ai morti, essenziale nella loro cultura, a fondare il ragionamento della Corte e la constatazione di una violazione. La Corte ha enfatizzato dunque la dimensione culturale e religiosa

---

<sup>845</sup> M. Chaibi, 'Religion and Pluralism before the Inter-American Court of Human Rights: From Individualizing Religious Freedom to Deregulating the Religious Market', in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 11, 2022, pp. 246-62.

<sup>846</sup> IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, cit., par. 101.

<sup>847</sup> Ivi, par. 103.

dell'identità della comunità in discorso per interpretare in maniera flessibile la Convenzione e decretare una violazione dell'obbligo dello Stato di fornire un trattamento umano, tenendo conto della diversità e della specificità culturale del gruppo ricorrente<sup>848</sup>.

### *13.4 L'identità culturale come "diritto matrice"*

Dalla giurisprudenza richiamata emerge dunque come il diritto all'identità culturale, pur non figurando espressamente nel catalogo dei diritti tutelati direttamente dalla Convenzione americana, funga da strumento interpretativo<sup>849</sup> alla luce del quale devono essere letti gli obblighi degli Stati nei confronti dei popoli indigeni. Non a caso in letteratura è stato definito come "diritto ombrello"<sup>850</sup> o "diritto matrice"<sup>851</sup> che protegge l'insieme dei diritti di questi gruppi. Tale diritto è considerato infatti presupposto stesso della sopravvivenza dei popoli indigeni e della preservazione delle loro identità.

Ciò fa sì che non soltanto il diritto di proprietà ma anche altri diritti, quali il diritto alla vita, alla partecipazione politica e al trattamento umano, debbano essere compresi alla luce della visione del mondo indigena e degli elementi immateriali delle loro esperienze culturali. In questo modo, la Corte ha realizzato un approccio interculturale che parte dal riconoscimento delle diversità culturali dei popoli indigeni e reinterpreta il catalogo di diritti incluso nella Convenzione attraverso questa particolare lente, al fine di garantire non solo la sopravvivenza di tali gruppi come popoli e la tutela della loro identità culturale, ma anche di favorire il dialogo tra culture distinte e il pluralismo<sup>852</sup>.

---

<sup>848</sup> L. Hennebel, 'La protection de "l'intègrité spirituelle" des indigènes', op. cit., p. 261.

<sup>849</sup> J. J. Faundes, 'El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación', in *Revista Brasileira de Política Públicas*, Vol. 2, 2019, p. 514; R. Salas, *Ética Intercultural: (re)lecturas del pensamiento latino-americano*, Santiago, UCSH, 2003, p. 54-56.

<sup>850</sup> S. Ramírez, 'La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporánea', in J. J. Faundes (a cura di), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Universidad Autónoma de Chile, 2019.

<sup>851</sup> A. Olivares, 'El Derecho a la identidad cultural', in G. Aguilar (a cura di), *Nuevos derechos para una nueva Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 175-190.

<sup>852</sup> C. Walsh, 'Interculturalidad crítica y educación intercultural', in J. Viaña, L. Tapia, C. Walsh (a cura di), *Construyendo Interculturalidad Crítica*, CAB, La Paz, 2010, 81 ss.

## 14. Il diritto all'identità culturale quale diritto autonomo

La controversia *Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*<sup>853</sup> ha segnato un cambio di passo in relazione alla tutela dell'identità culturale nella giurisprudenza più recente della Corte. Se, infatti, fino a quel momento la sua protezione è avvenuta, come abbiamo visto, in maniera indiretta per il tramite di alcuni diritti civili e politici, nel caso contro l'Argentina, la Corte ha superato la mancanza di un riferimento esplicito al diritto all'identità culturale nel testo convenzionale, arrivando ad affermare che il diritto in esame – insieme al diritto all'ambiente salubre, al cibo e all'acqua – è incluso implicitamente tra i diritti economici, sociali e culturali (DESC) protetti dall'art. 26 della Convenzione<sup>854</sup>.

In passato, tale disposizione è stata raramente invocata e la dottrina ne ha più volte ricordato il contenuto vago e il carattere programmatico<sup>855</sup>. Tuttavia, di recente, ricavare i DESC, che esulano dal catalogo della Convenzione, per il tramite dell'art. 26 attraverso un impiego estensivo del principio *pro homine* e dell'interpretazione sistematica, è stata

---

<sup>853</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 84.

<sup>854</sup> OAS, *Convenzione americana*, cit., art. 26, Sviluppo progressivo: «Gli Stati Parti si impegnano ad adottare misure, sia a livello nazionale sia attraverso la cooperazione internazionale, specialmente di natura economica e tecnica, al fine di conseguire progressivamente, con la legislazione o altri mezzi appropriati, la piena realizzazione dei diritti implicati nelle norme in campo economico, sociale educativo, scientifico e culturale contenute nella Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani come emendata dal Protocollo di Buenos Aires».

<sup>855</sup> L'aspetto più commentato di questa sentenza è senza dubbio la derivazione del diritto all'ambiente salubre quale diritto autonomo. Sul punto, si veda: Ú. De Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 613; L. C. Lima, 'The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments', in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, p. 495 ss., p. 509. Sull'art. 26 della Convenzione si rimanda a: T. Antkowiak, 'Social, Economic and Cultural Rights, The Inter-American Court at a Crossroads', in O. Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 260 ss.

una tecnica più volte utilizzata dalla Corte<sup>856</sup>, a partire dal caso *Lagos del Campo v. Peru*<sup>857</sup>.

Pur non potendo approfondire la questione in questo scritto, va ricordato che il ricorso a questa tecnica ha provocato controversie riguardo l'effettiva estensione della competenza della Corte in quest'ambito. Ciò è dovuto al fatto che, per effetto di questa disposizione, la stessa sarebbe chiamata ad accertare il rispetto di tutti i DESC che possono essere ricavati dalla Carta OAS, dalla Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo e dalla Convenzione americana, sulla base dei criteri interpretativi previsti dall'art. 29 del medesimo accordo<sup>858</sup>. Questi ultimi, infatti, secondo la Corte, consentono di innovare e aggiornare il catalogo di diritti implicitamente tutelati dall'art. 26 che gli Stati contraenti della Convenzione sono tenuti a rispettare.

Nel caso in esame, la Corte ha ricavato in via interpretativa la diretta giustiziabilità del diritto all'ambiente salubre, al cibo, all'acqua e all'identità culturale. In particolar modo, la base normativa da cui è stato inferito il diritto all'identità culturale, come parte del diritto a prendere parte alla vita culturale, è rappresentata dagli artt. 30, 45, lett. f), e 48 della Carta OAS, volti tutti, sotto diversi profili, ad impegnare gli Stati a garantire lo sviluppo integrale dei popoli nel rispetto della diversità culturale e del patrimonio culturale, assicurando la partecipazione anche di segmenti tradizionalmente

---

<sup>856</sup> Affrontare il vasto e delicato tema della diretta giustiziabilità dei DESC e dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte interamericana sul punto trascende le possibilità di questo contributo.

Per un'analisi delle debolezze dell'interpretazione da parte della Corte si rimanda a: J. Gongora Maas, 'Pasado, Presente -¿y Futuro?- de los Derechos Economicos, Sociales, Culturales y Ambientales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: a Proposito del Caso Lagos del Campo vs. Perú', in E. Ferrer Mac-Grégor, M. Morales Antoniazzi, R. Flores Pantoja (a cura di), *Inclusion, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESC en la Jurisprudencia Interamericana: El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos*, Querétaro, 2018, p. 277 ss.; J. Rossi, V. Abramovich, 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', in *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, p. 34 ss.

<sup>857</sup> IACHR, *Lagos del Campo v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 340, 31 agosto 2017. Si veda anche *Trabajadores Cesados de Petroper e altri v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 375, 23 novembre 2017; *Poblete Vilches et al. v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 349, 8 marzo 2018; *Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 59, 3 agosto 2018; *Muelle Flores v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 375, 6 marzo 2019; *Benites Cabrera et al. v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 465, 4 ottobre 2022.

M. Feria Tinta, 'Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter- American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notion', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 431-459.

<sup>858</sup> IACHR, *Lagos del Campovc. Peru*, cit., par. 142-144.

marginalizzati nella società<sup>859</sup>. Vi è un riferimento anche all'art. 13 della Dichiarazione americana e all'art. 14 del Protocollo di San Salvador, dedicati entrambi, come visto in precedenza, al diritto a prendere parte alla vita culturale. Infine, la Corte ha ribadito come tali disposizioni devono essere interpretate in armonia e tenendo conto degli altri strumenti che compongono il *corpus iuris* internazionale e che impegnano l'Argentina: l'art. 15 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali e l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici<sup>860</sup>, la Convenzione OIL n. 169 e la Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni.

Ricostruito il diritto all'identità culturale come diritto autonomo, la Corte, in questa sentenza, ha riconosciuto apertamente l'opportunità di perseguire un approccio interculturale. Ha sostenuto infatti che gli Stati non devono promuovere modelli culturali che siano espressione della cultura maggioritaria o dominante. Un'effettiva integrazione deve essere perseguita senza che la diversità culturale dei popoli indigeni venga negata o subisca un pregiudizio, al contrario devono essere valorizzate le identità dei diversi gruppi, favorendone l'interazione, per porli su un piano di reale parità<sup>861</sup>.

Per quanto riguarda la nozione di cultura e identità culturale abbracciata dalla Corte, l'organo, in continuità con la sua giurisprudenza precedente, ha specificato che la sua tutela deve ricomprendere la protezione dello stile di vita di un gruppo sociale e delle sue caratteristiche culturali distintive, tra cui il sistema di valori, le tradizioni e le credenze<sup>862</sup>. Inoltre, un tema sempre presente nell'elaborazione della Corte è la dimensione intertemporale della promozione della diversità culturale che deve essere riconosciuta e affermata a beneficio delle presenti e delle future generazioni. Inoltre, la Corte ha chiarito di ripudiare una visione statica della cultura: se da un lato il diritto all'identità culturale

---

<sup>859</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 233: «Regarding the right to take part in cultural life, which includes the right to cultural identity, Articles 30, 45(f), 47 and 48 of the Charter establish the commitment of the States to ensure: (a) the integral development [of] their people [... which] encompasses the [...] cultural [aspect]»; (b) “the incorporation and increasing participation of the marginal sectors of the population, in both rural and urban areas, in the [...] cultural [...] life of the nation, in order to achieve the full integration of the national community”; (c) the “encouragement of [...] culture,” and (d) the “preserv[ation] and enrich[ment of] the cultural heritage of the American peoples».

<sup>860</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 234.

<sup>861</sup> *Ivi*, par. 231.

<sup>862</sup> In accordo alla definizione di cultura fornita dal Comitato dei diritti umani nel già richiamato Commento generale n. 23 sui diritti delle minoranze e dalla Dichiarazione Unesco sulla diversità culturale (UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2 novembre 2001).



protegge la libertà degli individui di identificarsi con una comunità o un gruppo sociale di cui si tutelano lo stile di vita e le caratteristiche peculiari, dall'altro non si intende negare la natura evolutiva e dinamica della cultura<sup>863</sup>.

Nonostante un cambiamento nell'ermeneutica del diritto all'identità culturale che viene inteso stavolta come uno dei DESC derivabili dall'art. 26, il suo contenuto sostanziale è rimasto pressoché invariato. Una volta riconosciuto che il diritto all'identità culturale può manifestarsi in forme diverse, la Corte ha sottolineato come per i popoli indigeni sia intimamente legato al rapporto con le terre ancestrali, consolidando dunque la linea argomentativa già sviluppata ampiamente nella giurisprudenza precedente<sup>864</sup>.

Al contempo, è interessante notare come i quattro diritti inferiti dalla Corte dall'art. 26 – diritto all'ambiente salubre, diritto al cibo, all'acqua e all'identità culturale – siano stati considerati strettamente interdipendenti, tanto che la violazione di uno può incidere sulla realizzazione degli altri. La stretta relazione tra gli stessi si ravvisa, prima di tutto, in relazione al fatto che il diritto alla partecipazione culturale può essere particolarmente “vulnerabile” alle minacce poste dal degrado ambientale, che del resto non è altro che la riproposizione dell'impostazione della giurisprudenza precedente della Corte che ha sempre tutelato l'identità culturale dei popoli indigeni attraverso una protezione della proprietà<sup>865</sup>. A tal proposito la Corte ha specificato che il benessere fisico, spirituale e culturale delle comunità indigene è in relazione con la qualità dell'ambiente in cui vivono<sup>866</sup>.

Inoltre, la Corte in questa controversia ha ritenuto necessario considerare anche la dimensione culturale del diritto al cibo che va ben oltre la mera sussistenza fisica e che, ancora una volta, non può essere separato dalla cultura, dai valori e dall'organizzazione

---

<sup>863</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 240.

<sup>864</sup> Ivi, par. 252.

<sup>865</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 245. Sul punto la Corte si era già espressa in: IACHR, *Advisory Opinion OC-23/17, The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, 15 novembre 2017, par. 66.

<sup>866</sup> La visione della Corte sulla possibile collisione tra protezione della Natura, degrado ambientale e violazione dei diritti dei popoli indigeni era già emersa in precedenti pronunce. In particolare, già in *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (par. 173) si sottolinea la complementarità tra tutela dei diritti dei popoli indigeni e norme a protezione dell'ambiente naturale.

Sia lecito il rimando a F. Cerulli, ‘Antropocentrismo v. Ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani’, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 1, 2023, pp. 259 ss.

sociale, economica e politica dei popoli indigeni<sup>867</sup>. Anche il cibo, per la Corte, rappresenta una manifestazione culturale di queste comunità e merita di essere interpretato alla luce del diritto all'identità culturale<sup>868</sup>. Molte comunità, infatti, ritengono che attività di sussistenza come la caccia e la raccolta siano fondamentali non solo per garantire il diritto al cibo ma anche per nutrire le proprie culture e identità<sup>869</sup>. Infine, anche nelle misure di riparazione ordinate dalla Corte è stata valorizzata la dimensione culturale, poiché mirano espressamente a risarcire, mediante compensazione, i danni materiali e non materiali all'identità culturale della comunità coinvolta<sup>870</sup>.

Per garantire il godimento del diritto di partecipare alla vita culturale, come parte del diritto all'identità culturale, gravano sullo Stato diversi obblighi, tra cui quello di adottare misure efficaci – legislative, amministrative o politiche – affinché sia garantita la piena realizzazione di tale diritto e di sanzionare eventuali violazioni statali o di terze parti<sup>871</sup>. È stato proprio quest'ultimo obbligo ad essere stato violato nel caso di specie. Infatti, la Corte ha ritenuto che gli insediamenti dei coloni creoli sulle terre indigene attraverso attività di disboscamento illegale, allevamento di bestiame e costruzione di recinzioni avessero non solo causato degrado ambientale ma anche messo a rischio i mezzi di sussistenza tradizionali delle popolazioni indigene. Tali attività, incompatibili con il sistema di tradizioni e consuetudini indigene, hanno comportato un cambiamento nei modelli culturali delle popolazioni indigene e, dunque, un danno, se non la perdita, della loro identità culturale<sup>872</sup>. L'inefficacia delle azioni portate avanti dallo Stato, che non aveva prevenuto le attività dannose per le comunità indigene, ha indotto dunque la Corte a ritenere l'Argentina responsabile di aver violato il diritto a prendere parte alla vita culturale, come ricavato dall'art. 26 della Convenzione.

---

<sup>867</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 254. Si veda anche: United Nations Special Rapporteur on the right to food, *The right to food*, UN Doc. A/HRC/40/L.12, 19 marzo 2019, par. 21

<sup>868</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 274.

<sup>869</sup> Ivi, par. 254.

<sup>870</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 338-342.

<sup>871</sup> Ivi, par. 242. Si veda anche UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 21 dicembre 2009, E/C.12/GC/21, par 48, 55 e 63.

<sup>872</sup> IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, cit., par. 289.

La novità della sentenza risiede dunque nel fatto che, per la prima volta in un ricorso di natura contenziosa, la Corte ha riconosciuto che il diritto all'identità culturale può essere ricavato dall'art. 26 della Convenzione che è considerato direttamente applicabile e giustiziabile<sup>873</sup>. Tuttavia, questa evoluzione non deve essere considerata una contraddizione rispetto alla precedente giurisprudenza che considera il diritto all'identità culturale come parametro per interpretare altri diritti tutelati dalla Convenzione. L'interpretazione del diritto all'identità cultura come diritto autonomo va vista come parte delle trame ermeneutiche della Corte che si generano negli anni con le sue diverse composizioni ma soprattutto si giustifica alla luce dell'obiettivo che la Corte si è posta. Nel caso di specie, i suoi sforzi erano tesi alla costruzione di argomentazioni il più solide possibili a favore di un diritto all'ambiente salubre come diritto autonomo, cui risultava funzionale la costruzione in questi termini dell'identità culturale<sup>874</sup>. Inoltre, non si deve sottovalutare il fatto che derivare il diritto all'identità culturale dall'art. 26 significa ampliarne la titolarità dai soli popoli indigeni a diversi gruppi minoritari e singoli individui.

## **15. Un bilancio della tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni nel sistema interamericano**

L'esperienza storica e culturale delle Americhe ha determinato l'emersione di rivendicazioni identitarie e, conseguentemente, l'elaborazione di standard di protezione diversi nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani rispetto a quelli sviluppati dalla Corte europea. L'unica similitudine risiede nella comune assenza di un riferimento esplicito alla tutela dell'identità culturale nei rispettivi cataloghi convenzionali, che ha portato entrambi gli organi a favorirne un'interpretazione estensiva.

La Corte interamericana, in particolare, ha fatto ampiamente ricorso al principio *pro homine* e all'interpretazione sistemica e ha applicato la Convenzione utilizzando come quadro ermeneutico rilevante non solo il *corpus iuris* del regime internazionale dei diritti

---

<sup>873</sup> Per un'analisi del caso si veda: M. Navarro, 'Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural: caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH', in *Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, p. 330 ss.

<sup>874</sup> P. Perrone Campos, 'Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um 'giro hermenêutico ecocêntrico'', in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 11, 2020, p. 237.

umani, le leggi degli Stati convenuti in giudizio e le norme pattizie cui gli stessi sono vincolati ma persino il diritto consuetudinario indigeno. In tal modo, è riuscita a riconoscere e valorizzare le peculiarità culturali dei popoli indigeni e tribali in una prospettiva interculturale. Attraverso un sistema di *cross-fertilization*, dunque, l'ambito di applicazione e il contenuto di diversi diritti è stato esteso alla luce di un ampio quadro di strumenti di *hard* e *soft law* riguardanti i popoli indigeni, come la Convenzione n. 169 dell'ILO e la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007.

Inoltre, nella giurisprudenza della Corte interamericana, la tutela dell'identità culturale dei popoli indigeni e tribali ha assunto dal 2012 in avanti una dimensione collettiva. Proprio perché vengono riconosciuti portatori di un particolare stile di vita e di un'identità propria, gli stessi sono stati infatti considerati direttamente titolari di alcune delle disposizioni della Convenzione americana.

Il fondamento della tutela dell'identità dei popoli indigeni nel sistema interamericano è da rinvenire nel riconoscimento, da parte della Corte, che per garantire il pieno esercizio e il pieno godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione non si possono ignorare le caratteristiche distintive che differenziano tali comunità dagli altri segmenti della popolazione e ne costituiscono l'identità culturale. La tutela della stessa è così avvenuta principalmente attraverso l'art. 21 della Convenzione americana, che regola il diritto di proprietà, visto che le terre ancestrali costituiscono il fondamento della cultura e della sopravvivenza economica dei popoli indigeni. La Corte si è discostata dalla comprensione occidentale del diritto di proprietà, interpretando quest'ultimo alla luce del diritto consuetudinario indigeno e ricavando, in primo luogo, l'obbligo degli Stati al riconoscimento del diritto alla proprietà comunitaria delle terre ancestrali. Inoltre, tutelare la proprietà *ex art. 21* ha significato proteggere anche gli elementi immateriali e, quindi, culturali che derivano dalla relazione tra popoli e terra. In tal modo, si è resa possibile la custodia dell'eredità culturale dei popoli indigeni e la sua trasmissione alle generazioni future. Tra gli obblighi degli Stati parti ricavati dalla Corte si ricordano l'obbligo di restituzione, demarcazione e delimitazione delle terre ancestrali; la tutela delle risorse naturali ivi contenute cui deve essere garantito l'accesso ai popoli indigeni; l'obbligo di protezione dallo sfruttamento delle terre ancestrali da parte di investitori privati da cui derivano quello di richiedere un consenso libero, informato e preventivo, di subordinare

le concessioni a studi di impatto ambientale e di garantire che le comunità possano godere degli eventuali benefici prodotti.

Accanto al diritto di proprietà, la Corte ha protetto l'identità culturale dei popoli indigeni attraverso un'interpretazione estensiva di altre disposizioni della Convenzione. Così, ad esempio, ha condizionato il significato del diritto alla vita: per rispettare l'obbligo di garantire agli individui una vita degna gli Stati devono garantire, ad esempio, la salvaguardia delle tradizioni culturali e delle credenze religiose indigene. Inoltre, il rispetto dell'identità culturale rappresenta la preconditione di un reale pluralismo e dello stesso sistema democratico che in una prospettiva interculturale non può prescindere dall'inclusione, nella vita politica, anche di quei gruppi tradizionalmente emarginati. In quest'ottica, sono stati articolati, ai sensi dell'art. 23 della Convenzione, il diritto dei popoli indigeni alla partecipazione politica e al processo decisionale e quello di consultazione. Entrambi, come abbiamo visto, devono essere garantiti in conformità ai valori, usi, costumi e forme di organizzazione dei popoli indigeni.

Il diritto all'identità culturale è divenuto dunque uno strumento interpretativo alla luce del quale concepire, rispettare e garantire la fruizione e l'esercizio dei diritti umani delle popolazioni indigene protette dalla Convenzione e dai sistemi giuridici interni<sup>875</sup>. Pertanto, il diritto all'identità culturale ha costituito per la Corte una categoria normativa ampia che ha inglobato e guidato l'interpretazione degli altri diritti relativi ai popoli indigeni. In tale prospettiva, si è parlato del diritto all'identità culturale come di un "diritto matrice" poiché lo stesso si irradia in plurime direzioni imponendo una rilettura di vari diritti – del diritto alla proprietà, del diritto alla vita, del diritto alla partecipazione politica, del diritto al divieto di trattamento inumano – alla luce della visione del mondo indigena e degli elementi immateriali delle loro esperienze<sup>876</sup>.

Infine, nella giurisprudenza più recente, che non può dirsi ancora consolidata, il diritto all'identità culturale non è stato più tutelato in maniera indiretta per il tramite di altri diritti civili o politici ma ne è stata sostenuta la diretta giustiziabilità in quanto contenuto tra i diritti economici, sociali e culturali protetti dall'art. 26 della Convenzione. Nonostante un cambiamento nell'ermeneutica del diritto che è stato ricostruito come diritto autonomo,

---

<sup>875</sup> IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., par. 213.

<sup>876</sup> Melisa Lopez, 'El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia: instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos', in *IRG*, 2011, p. 21.

il suo contenuto sostanziale è rimasto pressoché invariato e intimamente legato al rapporto con le terre ancestrali. Inoltre, è importante rimarcare come derivare il diritto all'identità culturale dall'articolo 26 significhi ampliarne la titolarità dai soli popoli indigeni a potenziali gruppi minoritari e singoli individui.

Da quanto emerso, dunque, il diritto all'identità culturale ha rappresentato, nella giurisprudenza della Corte, il fondamento della sopravvivenza dei popoli indigeni e della preservazione delle loro identità. Attraverso la sua protezione, l'organo giurisdizionale è riuscito a realizzare un approccio interculturale che ha favorito il dialogo tra culture distinte e il pluralismo e che ha consentito l'interazione tra gruppi diversi che sono stati posti su un piano di reale parità<sup>877</sup>.

---

<sup>877</sup> C. Walsh, 'Interculturalidad crítica y educación intercultural', in J. Viaña, L. Tapia, C. Walsh, *Construyendo Interculturalidad Crítica*, CAB, La Paz, 2010, 81 s.

## PARTE SECONDA

### LA TUTELA DELL'IDENTITA' INDIVIDUALE





## CAPITOLO III

### LA TUTELA DELL'IDENTITÀ BIOLOGICA E GENETICA

Sommario: 1. La nuova era della genetica e le ricadute in termini di identità personale – 2. Il diritto a conoscere le proprie origini: “un interesse vitale” – SEZIONE I: TRATTATI CONCLUSI A LIVELLO UNIVERSALE – 3. Il diritto a conoscere le origini biologiche nella Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza – 3.1 Una nozione ampia di “genitore” – 3.2 Come e quando garantire l’accesso alle informazioni – 3.3 Un diritto assoluto nella prassi del Comitato su parti anonimi e baby boxes – SEZIONE II: LA PROTEZIONE DELL’IDENTITÀ BIOLOGICA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI – 4. Il diritto a conoscere le proprie origini nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani – 4.1 L’articolo 8 come strumento per tutelare l’identità biologica – 4.2 Giurisprudenza sull’accertamento di paternità – 4.2.1 La tutela del diritto all’identità biologica – 4.2.2 La ricerca di un equo bilanciamento – 4.3 Le nascite anonime – 4.3.1 La pluralità degli interessi pubblici e privati confliggenti – 5. La Corte interamericana e il diritto all’identità nei casi di sparizioni forzate – 5.1 Il contenuto del diritto all’identità – 5.2 La ricostruzione del diritto all’identità nella giurisprudenza della Corte interamericana – 6. La protezione internazionale e regionale del diritto a conoscere le proprie origini: una sintesi – SEZIONE III: L’IMPATTO DI INNOVAZIONI TECNOLOGICHE SUL DIRITTO ALL’IDENTITÀ – 7. Rivoluzione riproduttiva: quali ricadute sull’identità dei concepiti? – 7.1 Donazioni di gameti: pro e contro e la diversità della prassi in Europa – 7.1.1 Analisi alla luce della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza – 7.1.2 Corte europea e donazione di gameti – 7.2 La gestazione per altri e il problema di una pluralità di legami identitari – 7.2.1 La tutela del legame biologico con il padre in quanto componente centrale dell’identità del minore nato da surroga di maternità – 7.2.2 Riconoscimento del legame con la madre intenzionale – a) ...in assenza di connessione genetica: adozione del figlio biologico del coniuge – b) ... in presenza di connessione genetica: adozione del figlio del coniuge – 7.2.3 Assenza di connessione genetica con entrambi i genitori – 7.3 Conclusioni: priorità dei legami genetici vs tutela dell’identità del minore – 8. Manipolazione genetica: quali implicazioni per l’identità individuale e collettiva? – 8.1 Un’introduzione – 8.2 Il quadro normativo a livello internazionale – 8.3 È necessaria una nuova regolamentazione internazionale della HGGE? Proposte di revisione e limiti alla luce della protezione internazionale dei diritti umani – 8.3.1 Ricerca di base e preclinica – 8.3.2 Difficoltà a stabilire in maniera netta una differenza tra trattamento e miglioramento – 8.3.3 Dimensione individuale e collettiva dell’identità genetica: limiti all’editing.

#### **1. La nuova era della genetica e le ricadute in termini di identità personale**

Com’è stato messo in luce nell’analisi sin qui condotta, la tutela dell’identità nel diritto internazionale è nata e si è sviluppata, in una prima fase, in connessione alle esigenze di

salvaguardia dell'identità culturale, religiosa ed etnica dei gruppi minoritari e dei loro membri. Tuttavia, con l'avanzare di nuove richieste di protezione, la tutela dell'identità si è sganciata progressivamente dalle minoranze e ha investito nuovi aspetti caratterizzati tutti da una dimensione puramente individuale. In questo capitolo, in particolar modo, verranno analizzate le conseguenze dei più recenti sviluppi della tecnica che hanno fatto emergere una nuova dimensione dell'identità, quella biologica e genetica, che ha richiesto e tuttora in parte richiede una regolamentazione, e la capacità del diritto internazionale di tutelarla.

Il “predominio” dei geni e della genetica nella definizione dell'identità, anche a livello giuridico, ha preso forma a partire dalla fine degli anni '90<sup>878</sup>. Del resto, siamo entrati, con il lancio nel 1990 dello *Human Genome Project*, che si proponeva di tracciare la sequenza del DNA dell'intero genoma umano, in quella che è stata definita una nuova era della genetica<sup>879</sup>. Le ricadute sono rilevanti: è infatti aumentata la possibilità di prevedere le malattie cui gli individui sono maggiormente predisposti in ragione del proprio patrimonio genetico e la capacità di risposta ai farmaci. Parallelamente, grazie alle nuove possibilità dispiegate dalla tecnica riguardanti la ricostruzione delle origini genetiche, si è alimentata l'idea che queste siano un fattore cruciale nel definire l'identità personale poiché sono correlate alla costruzione del sé e contribuiscono alla definizione dell'identità narrativa dei soggetti<sup>880</sup>, ossia la storia personale che l'individuo elabora per attribuire significato alla propria esistenza<sup>881</sup>. L'identità biologica e genetica è diventata quindi un elemento chiave per la formazione dell'identità individuale poiché sempre più spesso rientra tra le qualità e caratteristiche che un individuo considera importanti per definire chi è e con quali elementi si identifica<sup>882</sup>.

La rilevanza del diritto a conoscere le proprie origini biologiche è cresciuta sotto un duplice profilo. La facoltà di ricostruire, per il tramite di un test del DNA, la propria

---

<sup>878</sup> N. Rose, *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty First Century*, Princeton University Press, Princeton, 2007, p. 14.

<sup>879</sup> L. Poli, 'Artificial Reproductive Technologies and the Right to the Truth about Genetic and Biographic Origins', in *International Journal of Technology Policy and Law*, Vol. 3, 2017, p. 3.

<sup>880</sup> Si veda E. Postan, *Embodied Narratives, Protecting Identity Interest through Ethical Governance of Bioinformation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

<sup>881</sup> R. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study of Children's Rights to Know their Genetics Origins*, Intersentia, Cambridge, 2009, p. 20.

<sup>882</sup> Si veda, in generale: E. Erikson, *Identity: Youth and Crisis*, Norton, New York, 1968; D. Brock, 'Human Cloning and our Sense of Self', in *Science*, Vol. 296, 2002, p. 314.

identità genetica e quella, attraverso le tecniche di riproduzione assistita, di divenire genitore di una prole geneticamente correlata, in situazioni in cui ciò sarebbe stato altrimenti impossibile, hanno sollevato, sia pur sotto punti di vista diversi, l'urgenza di conoscere la "verità" sulle proprie radici personali.

Tutto ciò ha esposto la società alle derive dell'essenzialismo genetico, in cui al patrimonio genetico è stato attribuito uno "status iconico", divenendo «a contemporary soul, the site of identity and self»<sup>883</sup>. In effetti, la cultura occidentale è stata considerata responsabile di aver costruito le identità sui geni, sottovalutando l'importanza dei legami sociali per lo sviluppo della personalità e dell'identità<sup>884</sup>. I rischi sono innumerevoli, tra cui la percezione della superiorità dei legami di sangue o il fatto che la ricerca dei propri genitori venga perseguita non in quanto costituisca un desiderio naturale ma perché tale desiderio è stato costruito, riconosciuto e legittimato dalla legge<sup>885</sup>. Si cercherà dunque di definire se, anche nella giurisprudenza internazionale, si stia assistendo a quella che è stata definita una "genetizzazione" dell'identità e, per certi versi, della paternità<sup>886</sup>.

Per analizzare gli effetti dell'avvento della genetica sul discorso diritti umani, verrà dapprima ricostruito il significato del diritto a conoscere le proprie origini biologiche e le sue implicazioni identitarie (par. 2). Nella seconda e nella terza sezione si vedrà poi come i principali accordi internazionali a tutela dei diritti umani che lo regolano e la relativa giurisprudenza abbiano contribuito a rafforzare l'idea che un'identità "piena" o "vera" sia possibile solo se viene garantita l'esatta conoscenza delle proprie origini genetiche. L'analisi sarà limitata al Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (par. 3) e alla Corte europea dei diritti umani (par. 4) perché sono gli unici organismi che, a livello internazionale, si sono occupati del tema. Nel sistema interamericano, la questione del rilievo dell'identità biologica e dell'importanza della possibilità di ricostruire la propria storia personale è emersa, infatti, in controversie completamente differenti, concernenti sparizioni forzate di minori (par. 5).

---

<sup>883</sup> D. Nelkin, S. Lindee, *The DNA Mystique. The Gene as a Cultural Icon*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004, p. 49.

<sup>884</sup> Z. Triger, 'Introducing the Political Family: A New Road for Critical Family Law', in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, p. 346.

<sup>885</sup> I. Turkmendag, R. Dingwall, T. Murphy, 'The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would-be Parents', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 22, 2008, p. 291.

<sup>886</sup> S. Sheldon, 'From Absent Objects to Blame to Fathers who Want to Take Responsibility: Reforming Birth Registration Law', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2009, p. 373.

Nella terza sezione, invece, l'analisi sarà dedicata all'impatto sulla protezione internazionale dell'identità dell'individuo di alcune innovazioni tecnologiche, in particolar modo nel campo della procreazione medicalmente assistita (par. 7). Infine, una breve riflessione sarà dedicata ad un ulteriore e più recente sviluppo che potenzialmente impatta sull'identità genetica degli individui e della specie umana nel suo complesso, quello della modifica della linea germinale umana, andando a chiarire qual è la regolamentazione attuale e quali le evoluzioni future e le possibili ricadute in termini di identità individuale e collettiva (par. 8).

## **2. Il diritto a conoscere le proprie origini: un “interesse vitale”**

Il diritto a conoscere le proprie origini costituisce una delle dimensioni del più ampio diritto ad accertare e preservare la propria identità. Ricomprende al proprio interno due diverse dimensioni che, come verrà messo in luce, possono generare sfide interpretative. Prima di tutto, l'aspetto identitario, ossia il diritto di venire al corrente dell'identità dei propri genitori biologici, di ascendenti o fratelli o di essere edotto circa le condizioni della propria nascita, che sono considerate informazioni centrali nel processo personale di costruzione identitaria. Tale dimensione – che risponde all'esigenza di valorizzare i legami biologici, oltre a quelli sociali, al fine di poter meglio costruire la propria identità – non comprende invece al proprio interno il diritto di incontrare i propri genitori o di avere contatti con loro, ma unicamente di fare in modo che siano identificabili<sup>887</sup>. Vi è poi l'aspetto medico, ossia ricevere informazioni sulla storia clinica familiare e su altri dati genetici rilevanti, al fine, ad esempio, di prevenire determinate malattie. Questi aspetti contribuiscono a fornire all'individuo coinvolto un quadro accurato sulla genesi della propria storia personale e sono considerate, nel loro complesso, così rilevanti e fondamentali da decretare il sorgere un corrispondente diritto umano<sup>888</sup>.

Pertanto, in tutti quei casi in cui un individuo non ha contezza di chi siano i propri genitori biologici si ritiene che egli abbia un “interesse vitale”<sup>889</sup> a identificarli. Si

---

<sup>887</sup> J. Wallbank, 'The Role of Rights and Utility in Instituting a Child's Right to Know her Genetic History', in *Social and Legal Studies*, Vol. 13, 2004, p. 260.

<sup>888</sup> M. Freeman, 'The New Birth Right?: Identity and the Child of the Reproductive Revolution', in *International Journal of Children's Rights*, Vol. 3, 1996, pp. 273-97.

<sup>889</sup> Questa espressione è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel 1989: Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, 7 luglio 1989, par. 49.

considera infatti che tale diritto sia intimamente correlato alla comprensione di noi stessi e alle modalità di connessione con gli altri e che sia inerente alla dignità umana<sup>890</sup>. Il fine dell'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini si rinviene, infatti, nel tentativo di ridurre il divario tra le identità biologiche, sociali e giuridiche di un individuo. Solo la loro complementarità garantisce che la persona possa vivere un'esistenza coerente e piena, in cui ha la possibilità di portare avanti il proprio processo di costruzione identitaria.

Il diritto a conoscere le proprie origini è, dunque strettamente legato all'autonomia e all'identità individuale: riconoscerlo vuol dire infatti conferire al soggetto la libertà di decidere che significato attribuire alle componenti genetiche della propria identità – e, pertanto, scegliere se ottenere o meno informazioni in proposito – mentre negarlo significa privare l'individuo di una libertà strettamente connessa con lo sviluppo della propria personalità<sup>891</sup>.

Titolari del diritto a conoscere le proprie origini possono essere tanto i minori che gli adulti, poiché si tratta di un interesse la cui rilevanza non decresce con l'età proprio per l'importanza che l'accesso a queste informazioni riveste per la costruzione della propria identità personale<sup>892</sup>. L'obbligo di rispettarlo grava invece sullo Stato che deve astenersi da qualsiasi atto che possa interferire con l'esercizio di tale diritto da parte di un individuo. Inoltre, lo Stato ha l'obbligo di registrare, conservare e, se del caso, disvelare le informazioni rilevanti riguardanti le origini biologiche e le circostanze della nascita di un individuo, obbligo che, come verrà approfondito nel corso della trattazione, è previsto a diversi livelli sul piano internazionale. Infine, sullo Stato incombono obblighi sia negativi che positivi per assicurare che tale diritto sia protetto da violazioni tanto pubbliche che private<sup>893</sup>.

Le circostanze in cui un individuo può trovarsi a ignorare le proprie origini genetiche sono molteplici e diverse tra loro: si va dai minori abbandonati, ai nati fuori dal

---

<sup>890</sup> L. Busatta, S. Penasa, 'Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins', in *BioLaw Journal*, Vol. 1, 2021, p. 188.

<sup>891</sup> K. Wade, 'Reconceptualizing the Interest in Knowing One's Origins: A Case for Mandatory Disclosure', in *Medical Law Review*, Vol. 28(4), 2020, pp. 731-52.

<sup>892</sup> Si vedrà come tale posizione sia stata più volte sostenuta da organismi internazionali. Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, ricorso n. 56757/00, 13 luglio 2006, par. 40.

<sup>893</sup> S. Besson, 'Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 21, 2007, p. 145.

matrimonio, fino ai figli della rivoluzione riproduttiva che ha incrementato le modalità di concepimento, portando a un aumento esponenziale dei casi in cui non c'è corrispondenza tra genitori sociali e biologici. Proprio la complessità e la diversità delle situazioni che possono fondare la pretesa del minore e dell'adulto di ricostruire le proprie origini e che difficilmente possono beneficiare di una soluzione uniforme ha fatto sì che, dal punto di vista giuridico, tale diritto sia stato pienamente riconosciuto solo in tempi relativamente recenti. Inoltre, non si devono sottostimare le delicate implicazioni etiche, psicologiche, sociali e giuridiche che tale diritto solleva e la possibilità che confligga con diritti di altri soggetti coinvolti, con l'interesse pubblico o con ulteriori interessi, specialmente del minore<sup>894</sup>. Proprio tale livello di complessità ha portato a qualificare il diritto a conoscere le proprie origini biologiche come un vero e proprio "vaso di Pandora"<sup>895</sup>.

Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche e genetiche è oggi un diritto largamente riconosciuto a livello sia nazionale che internazionale<sup>896</sup>. A livello nazionale, il riconoscimento è avvenuto soprattutto a cavallo tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, con il Regno Unito che ha fatto da apripista garantendo nel 1975 il diritto a conoscere le proprie origini degli individui adottati<sup>897</sup>, seguito, in rapida successione, da molti Stati europei<sup>898</sup>.

Sul piano internazionale, lo spartiacque è rappresentato, invece, dal 1989, anno in cui tale diritto ha trovato una sua prima cristallizzazione da parte del diritto internazionale dei diritti umani nell'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

---

<sup>894</sup> Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al possibile contrasto con il diritto alla privacy della donna che abbia deciso di partorire in forma anonima o con quello dei donatori di gameti nei casi di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

<sup>895</sup> G. Van Bueren, 'Children's Access to Adoption Records: State Discretion or an Enforceable International Right', in *Modern Law Review*, Vol. 58, 1995, p. 37.

<sup>896</sup> Molti contributi si sono occupati, sotto diversi profili, della tutela di questo diritto: K. O'Donovan, 'A Right to Know One's Genetic Parentage?', in *International Journal of Law Policy and the Family*, Vol. 2, 1998, pp. 27-45; G. A. Stewart, 'Interpreting the Child's Right to Identity in the UN Convention on the Rights of the Child', in *Family Law Quarterly*, Vol. 26, 1992, pp. 221-33; D. Hodgson, 'The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 7, 1993, pp. 255-70; L. J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995; T. C. de Campos, C. Milo, 'Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins: an Ethical and Legal Challenge', in *International Journal of Law, Policy and The Family*, Vol. 32, 2018, pp. 170-83.

<sup>897</sup> *Children Act*, 12 novembre 1972, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/44>.

<sup>898</sup> Nel 1998 la Corte costituzionale tedesca ha ancorato il diritto a conoscere le proprie origini alla dignità umana e ai diritti della personalità della Legge fondamentale tedesca: *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR Jan. 18, 1988, docket no. 1 BvR 1589/87.

e, come vedremo, è stato ricostruito in via interpretativa anche dalla Corte europea dei diritti umani. Questa coincidenza di date è ascrivibile da un lato ai progressi nel campo della genetica che hanno reso più agevole la formale identificazione dei genitori biologici e, dall'altro, dall'urgenza generata dallo sviluppo delle nuove tecniche riproduttive che, in pochi anni, hanno moltiplicato la platea dei possibili beneficiari di tale diritto, imponendo la necessità di una sua previsione e disciplina normativa.

Nonostante il riconoscimento di tale diritto, permangono tutt'oggi differenze rilevanti nella sua applicazione a livello nazionale e tra diversi regimi di diritto internazionale, in particolare, come vedremo, nella sua interpretazione ad opera della Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (par. 3), da un lato, e la Corte europea dei diritti umani (par. 4), dall'altro. Queste disparità sono ascrivibili, in molti casi, al modo in cui viene risolto il bilanciamento tra gli interessi in gioco e sono state spesso interpretate come un'opposizione tra approcci che considerano l'interesse del minore sempre preminente e quelli che, invece, sulla base di argomentazioni che affondano le radici in motivazioni di carattere socioculturale, tendono a privilegiare l'interesse della madre o di terze parti eventualmente coinvolte<sup>899</sup>. Si analizzeranno, pertanto, i principali accordi di diritto internazionale che regolano questo diritto al fine di individuare dei principi guida generali e dei criteri che possano orientare tale operazione di bilanciamento e condizionare, a livello nazionale, l'applicazione del diritto a conoscere le proprie origini.

---

<sup>899</sup> Y. Ronen, 'Redefining the Child's Right to Identity', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 18, 2004, pp.147-77; J. Wallbank, 'The Role of Rights and Utility in Instituting a Child's Right to Know her Genetic History', cit., p. 261. La tutela del diritto al conoscere le proprie origini può infatti facilmente scontrarsi con gli interessi dei genitori biologici, dei genitori adottivi o dei donatori di gamete. Allo stesso modo, tale diritto potrebbe confliggere con ulteriori diritti del minore stesso, come nei casi in cui la sua vita rischia di essere minacciata dall'accesso a tali informazioni. In tutti questi casi, è necessario un bilanciamento poiché nessuno di questi interessi dovrebbe essere considerato come assoluto. Ad esempio, la madre biologica potrebbe voler ricorrere ad un parto anonimo perché vittima di stupro; i genitori adottivi potrebbero temere che il disvelamento dell'identità dei genitori biologici possa avere ripercussioni psicologiche sul minore e compromettere i legami familiari; infine, i donatori di gamete potrebbero voler subordinare la donazione alla sua segretezza.

Si veda S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 44 ss.





# SEZIONE I

## TRATTATI CONCLUSI A LIVELLO UNIVERSALE

### 3. Il diritto a conoscere le origini biologiche nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è stato il primo trattato a codificare, a livello internazionale, il diritto a conoscere le proprie origini. Infatti, accanto ai tradizionali diritti alla registrazione al momento della nascita, al nome e ad acquisire una nazionalità, l'art. 7<sup>900</sup> prevede espressamente il diritto a conoscere e a essere accuditi dai propri genitori, nella misura del possibile. Tale disposizione è stata riprodotta *verbatim*, l'anno successivo, nella Carta Africana dei diritti e del benessere del fanciullo<sup>901</sup>. Inoltre, nel 1993, un riferimento al diritto a conoscere le proprie origini è stato inserito anche nell'art. 30 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, a garanzia del fatto che gli Stati contraenti conservino le informazioni sull'identità dei genitori biologici e la storia medica dei minori adottati che potranno poi avervi accesso<sup>902</sup>.

Dai lavori preparatori risulta come si sia trattato di un diritto introdotto in una fase abbastanza avanzata dei negoziati, su proposta dell'Egitto che, a nome di altri Paesi arabi, avanzò la richiesta di riconoscere il diritto del bambino «to know and belong to his parents», allo scopo di garantire la stabilità psicologica dei fanciulli e aiutarli nella formazione della propria personalità<sup>903</sup>. Dopo un intenso dibattito sull'uso del termine

---

<sup>900</sup> UNGA, *Convention on the Rights of the Child*, res. 44/25, 20 novembre 1989, art. 7, par. 1: «The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents».

<sup>901</sup> *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, adottata dall'Assemblea dei capi di Stato e di governo dell'Organizzazione dell'unità africana (OAU), luglio 1990, Articolo 19, par. 1 e 2.

<sup>902</sup> *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, 29 maggio 1993, entrata in vigore il 1° maggio 1995, Articolo 30: «The competent authorities of a Contracting State shall ensure that information held by them concerning the child's origin, in particular information concerning the identity of his or her parents, as well as the medical history, is preserved. They shall ensure that the child or his or her representative has access to such information, under appropriate guidance, in so far as is permitted by the law of that State».

<sup>903</sup> OHCHR, *Legislative History of the Convention of the Rights of the Child*, Vol. 1, 2007, E/CN.4/1989/48, par. 93-94: «According to the delegate of Egypt, the purpose of the first amendment was that of ensuring the psychological stability of the child, which was of equal importance to his physical and mental growth and helped to form his personality. In most cases the right to know his parents was quite

*belong*, infine espunto dalla versione finale, il diritto a conoscere le proprie origini ha trovato spazio nel testo convenzionale. A questo proposito, l'analisi dei *travaux préparatoire* è rilevante perché evidenzia che gli estensori della Convenzione ritenevano tale diritto cruciale per garantire lo sviluppo di un corretto senso del Sé e, dunque, per la formazione dell'identità del minore<sup>904</sup>.

L'art. 7 va letto in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, disposizione profondamente innovativa che introduce, per la prima volta in un trattato internazionale, l'obbligo degli Stati di tutelare il diritto del minore a preservare la propria identità<sup>905</sup>. Questo articolo è sintomo del radicamento della convinzione che le norme giuridiche non debbano rispondere soltanto ai bisogni dei minori in termini di accudimento e protezione ma debbano valorizzare anche l'importanza delle identità familiari, culturali, nazionali dei fanciulli<sup>906</sup>. Si ritiene, pertanto, che l'art. 7 tuteli una serie di elementi che costituiscono, senza esaurirlo, il nucleo centrale del diritto all'identità del minore che deve essere rispettato dagli Stati ai sensi dell'art. 8, nucleo che include al proprio interno il diritto a conoscere i propri genitori.

Mancando un commento generale da parte del Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (d'ora in avanti "il Comitato"), le sfide interpretative principali afferenti all'art. 7, in relazione al diritto a conoscere le proprie origini, riguardano tre aspetti che verranno di seguito analizzati. La prima questione da chiarire è cosa si debba intendere, oggi, con il termine "genitore" (par. 3.1). Anche in ragione del forte impatto delle tecnologie riproduttive, tale categoria dovrebbe essere estesa a tutti coloro che giocano

---

essential to the child and equal to his right to a name or a nationality, which were only important for him at a certain age».

<sup>904</sup> *Ibidem*.

<sup>905</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, cit., art. 8: «1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. 2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity». Si veda J. S. Cerda, 'The draft Convention on the Rights of the Child: New rights', in *Human Rights Quarterly*, 1992, pp. 11-19; S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, M. Nijhof, Leiden, 1999; J. Tobin, 'Article 8 – The Right to Preservation of a Child's Identity', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 281-306.

<sup>906</sup> Per un focus sull'importanza del ruolo svolto dai diritti identitari nelle adozioni interetniche si veda: B. Bennett Woodhouse, 'Are You My Mother?': Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions', in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Vol. 2, 1995, p. 109.

un ruolo gestazionale, biologico e/o sociale nella nascita e cura del bambino<sup>907</sup>. In secondo luogo, va chiarito come e quando il minore ha diritto di avere accesso alle informazioni riguardanti i propri genitori biologici, tenendo conto del principio del superiore interesse del bambino (par. 3.2). Infine, saranno precisati i contorni di tale diritto e i discendenti obblighi degli Stati, attraverso l'analisi della prassi del Comitato riguardanti il fenomeno dei parti anonimi e delle cosiddette *baby boxes* (par. 3.3).

### 3.1 Una nozione ampia di “genitore”

Nel silenzio della Convenzione sul punto e in un mondo in cui la famiglia si è progressivamente discostata dalla sua definizione classica, anche la nozione di chi sia o debba essere considerato genitore ha subito un'evoluzione e può, dunque, rivelarsi controversa<sup>908</sup>. Se il diritto a conoscere le proprie origini investe chiaramente gli individui che hanno una correlazione genetica con il soggetto che intende far valere tale diritto, si ritiene rilevante registrare l'apertura del Comitato a favore di una pluralità di strutture familiari, derivanti da diversi pattern culturali e da modelli di relazione fino a poco tempo fa considerati non ortodossi. Tale istituzione è considerata infatti il primo baluardo posto a difesa dell'identità del minore<sup>909</sup>.

Il Comitato ha precisato che anche il termine genitori deve essere inteso in senso ampio, in modo da ricomprendere non solo i genitori sociali o legali ma anche quelli biologici e, laddove applicabile, persino i membri della famiglia estesa o della comunità, come previsto dalle consuetudini locali<sup>910</sup>. Si tratta, dunque, di un'interpretazione flessibile del concetto di famiglia e di genitori che consente di adattarsi alla realtà di relazioni sociali mutevoli. Anche guardando ai lavori preparatori, non ci sono ragioni per

---

<sup>907</sup> J. Tobin, F. Seow, 'Article 7 – The Rights to Birth Registration, a Name, Nationality, and to Know and Be Cared for by Parents', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 241.

<sup>908</sup> Si veda, ad esempio, A. Bainham, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Hart, 1999.

<sup>909</sup> CRC Committee, *The Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child*, CRC/C/24, 10 ottobre 1994, par. 2.1 e 2.2: «The basic institution in society for the survival, protection and development of the child is the family. When considering the family environment, the Convention reflects different family structures arising from various cultural patterns and emerging familial relationships. In this regard, the Convention refers to the extended family and the community and applies in situations of nuclear family, separated parents, single-parent family, common-law family and adoptive family. [...] The family has an important role to play as to the right of the child to be registered with a name, to a nationality, to know as far as possible his or her parentage, and to preserve his or her *identity*».

<sup>910</sup> CRC Committee, *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14, 23 maggio 2013, par. 59.

sostenere che tale nozione debba essere ridotta a uno schema tradizionale, dualista o etero-normativo<sup>911</sup>. Infatti, come il Comitato ha più volte ribadito è difficile argomentare oggi a favore di una singola nozione di famiglia e, di conseguenza, di genitore<sup>912</sup>.

In effetti, gli sviluppi della tecnica nel campo della rivoluzione riproduttiva hanno moltiplicato i soggetti che, potenzialmente, possono essere coinvolti, facendo sì che il concetto di genitore possa assumere fino a tre dimensioni non necessariamente sovrapponibili. Infatti, ci possono essere situazioni in cui i cosiddetti genitori sociali o legali – ossia coloro che si assumono o sono riconosciuti dalla legge come responsabili della cura e della crescita del minore – differiscono dai genitori biologici, che trasmettono il proprio materiale genetico alla prole, e dalla madre gestazionale, la donna che dà alla luce il bambino e che, grazie alle possibilità dispiegate dalla maternità surrogata, non ha necessariamente una connessione genetica con lo stesso<sup>913</sup>.

Attraverso gli artt. 7 e 8, posti a salvaguardia dell'identità del bambino, la Convenzione tutela il diritto del minore di conoscere tutti gli individui che hanno una connessione biologica o gestazionale con lui, indipendentemente dal fatto che si qualifichino, secondo la normativa nazionale o internazionale, come genitori<sup>914</sup>.

### 3.2 Come e quando garantire l'accesso alle informazioni

Nell'assumere le decisioni che coinvolgono i minori, incluso l'accesso alle informazioni sui genitori biologici, si deve sempre garantire primaria considerazione all'interesse superiore del bambino. Tale principio, disciplinato dall'art. 3 della Convenzione<sup>915</sup>, costituisce infatti una guida e uno strumento di mediazione qualora

---

<sup>911</sup> S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1992, p. 236.

<sup>912</sup> CRC Committee, *Summary of General Discussion [in relation to the Role of the Family in the Promotion of the Rights of the Child]*, 1994, CRC/C/34, par. 191.

<sup>913</sup> J. Tobin, R. McNair, 'Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23(1), 2009, p. 114.

<sup>914</sup> R. Hodgkin, P. Newell, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 2002, p. 116; J. Doek, 'Article 8: The Right to Preservation of Identity', in A. Alen et al (a cura di), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006, pp. 7-13.

<sup>915</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia*, cit., art. 3, par. 1: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

sorgano contrasti tra diritti confliggenti del minore<sup>916</sup>. Inoltre, tale concetto permette di tener conto della miriade di situazioni individuali create dalla confluenza tra legge applicabile, ambiente familiare e stadio di sviluppo del minore per determinare cosa sia preferibile nel caso concreto<sup>917</sup>.

Tuttavia, si deve considerare che la definizione del superiore interesse del minore non è sempre ovvia, soprattutto nel medio-lungo termine, può variare da un'epoca all'altra e dipendere dal grado di sviluppo e dalla cultura in cui il minore vive<sup>918</sup>. Pertanto, considerazioni di breve termine riguardanti il benessere del fanciullo non dovrebbero avere la priorità riguardo l'interesse oggettivo tutelato dall'art. 7 che, per alcuni autori, fornisce «a much stricter and less subjective qualification than “best interests”»<sup>919</sup>. Ne consegue che il diritto a conoscere le proprie origini potrebbe essere limitato sulla base del superiore interesse del minore soltanto in casi privi di ambiguità ed eccezionali. Vige infatti la presunzione per cui l'accesso alle informazioni sulle proprie origini sia, salvo rare eccezioni, nell'interesse superiore del minore, anche in considerazione del fatto che numerosi studi medici hanno indicato che non fornire indicazioni circa la propria eredità biologica può essere dannoso per lo sviluppo identitario, la sua salute mentale e il benessere della sua stessa famiglia<sup>920</sup>.

Inoltre, qualora, nel caso concreto, si ritenga opportuno negare l'accesso a tali informazioni, tale decisione deve poter essere riesaminata in una fase successiva. Infatti, in più occasioni, il Comitato ha ribadito che, a fronte di capacità del minore che evolvono costantemente nel tempo, non devono essere prese decisioni definitive e irrevocabili circa il divieto di accesso ad informazioni sulle proprie origini, ma le misure devono poter essere riviste in accordo al livello di sviluppo del minore<sup>921</sup>.

---

<sup>916</sup> P. Alston, 'The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights', in Micheal Freeman (a cura di), *Children's Rights: Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

<sup>917</sup> A. MacDonald, *The Rights of the Child: Law and Practice*, Jordan Publishing, London, 2011, p. 185.

<sup>918</sup> Ovviamente ciò non significa che gli Stati possano applicare questo principio utilizzandone una propria interpretazione “culturalmente relativista” per negare a un minore i propri diritti fondamentali ai sensi della Convenzione. Si veda per approfondimenti: R. Ruggiero, 'Article 3: The Best Interest of the Child', in Z. Vaghri, J. Zermatten (a cura di), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. Children's Well-Being: Indicators and Research*, Springer, New York, 2022.

<sup>919</sup> R. Hodgkin, P. Newell, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 107.

<sup>920</sup> American Academy of Pediatrics, 'Families and Adoption: The Pediatrician Role in Supporting Communication', in *Pediatrics*, 2003, p. 1437.

<sup>921</sup> CRC Committee, *General Comment No 14*, cit., CRC/C/GC/14, 2013, par. 84.

Sorgono, infine, dei dubbi sulla legittimità di tutti quei regimi che negano l'accesso alle informazioni identificative finché non sia stata raggiunta la maggiore età. I minori, infatti, sono titolari di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione e, secondo le loro capacità evolutive, possono esercitarli progressivamente<sup>922</sup>. Pertanto, dall'art. 7 discende l'obbligo degli Stati di conservare le informazioni sull'origine dei bambini adottati, in particolare l'identità dei genitori biologici e la loro storia medica, per garantire l'accesso a tali informazioni al minore una volta che siano stati raggiunti un'età e un grado di sviluppo appropriati<sup>923</sup>. L'individuazione del momento opportuno in cui disvelare le informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici è da valutare, pur con tutte le difficoltà del caso, tenendo conto quindi del superiore interesse del fanciullo, del suo livello di sviluppo e delle sue opinioni che devono essere debitamente prese in considerazione in ragione del grado di maturità raggiunto, come richiesto dall'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>924</sup>. Infatti, come il Comitato ha suggerito, la capacità evolutiva del minore è indissolubilmente legata a qualsiasi determinazione del suo interesse superiore rispetto al quale, man mano che il bambino matura, le sue opinioni avranno un peso crescente<sup>925</sup>.

Inoltre, sebbene ai sensi dell'art. 5 della Convenzione<sup>926</sup> i genitori abbiano la responsabilità primaria di orientare e consigliare i figli nell'esercizio dei propri diritti, subordinare il rilascio delle informazioni sui genitori biologici all'ottenimento del consenso da parte dei genitori sociali potrebbe essere in contrasto con la Convenzione. Infatti, le opinioni di un minore che dimostra di aver raggiunto un grado sufficiente di maturità possono essere dirimenti nella definizione del suo interesse superiore, indipendentemente dai desideri dei genitori sociali e anche in presenza di una loro

---

<sup>922</sup> CRC Committee, *General Comment No 4: Adolescent Health and Development*, CRC/GC/2003/4, 2003, par. 1.

<sup>923</sup> CRC Committee, *Concluding Observations: Uzbekistan*, CRC/C/UZB/CO/2, 2006; *Concluding Observations: Republic of Macedonia*, CRC/C/MKD/CO/2, 2010; *Concluding Observations: Azerbaijan*, CRC/C/AZE/CO/3-4, 2012, par. 55.

<sup>924</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, cit., art. 12: «States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child».

<sup>925</sup> CRC Committee, *General Comment No 14*, cit., par. 43-4.

<sup>926</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, cit., art. 5: «States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, *in a manner consistent with the evolving capacities of the child*, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention».

obiezione<sup>927</sup>. Pertanto, qualora il minore cerchi di ottenere informazioni genetiche senza il consenso dei genitori sociali, il decisore dovrà valutare la situazione sulla base del principio dell'interesse superiore alla luce degli artt. 5 e 12 della Convenzione, dando quindi il giusto peso alle opinioni del minore e valutando il suo grado di maturità. Solo nel caso in cui il bambino sarà giudicato non sufficientemente maturo, la decisione sull'accesso alle proprie origini sarà lasciata ai genitori. Gradualmente, infatti, il ruolo diretto dei genitori nella protezione dei diritti della prole si trasferisce ai minori<sup>928</sup>. È auspicabile, infatti, un modello di autodeterminazione del minore il quale, soprattutto quando è alle soglie dell'età adulta, deve poter godere di una forte autonomia decisionale, su cui la Convenzione stessa pone l'accento<sup>929</sup>.

### *3.3 Un diritto assoluto nella prassi del Comitato su parti anonimi e baby boxes*

Dall'art. 7 discende, dunque, per gli Stati l'obbligo di garantire non solo che il diritto in discorso sia riconosciuto in astratto ma anche che siano messi in atto meccanismi efficaci per ottenere informazioni sui propri genitori biologici, qualora ciò sia nell'interesse superiore del minore<sup>930</sup>. Tuttavia, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza non prevede che gli Stati debbano garantire, in ogni caso, che il bambino abbia diritto ad avere informazioni circa i propri genitori biologici. La presenza dell'espressione “nella misura del possibile”<sup>931</sup> lo rende infatti soggetto a due possibili limitazioni: quelle derivanti da considerazioni pratiche sui casi in cui sia *effettivamente possibile* avere accesso ad informazioni sulla propria identità biologica e, almeno in teoria, quelle conseguenti dalla necessità di operare un bilanciamento tra i diritti del minore e quelli dei suoi genitori.

---

<sup>927</sup> A. Dely, *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to be Heard*, Brill, Leiden, 2018.

<sup>928</sup> U. Kilkelly, *Children's Rights: Law, Policy and Practice*, Tottel Publication, Haywards Heath, 2008, p. 29.

<sup>929</sup> J. Eekelaar, 'The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, 1994, p. 56.

<sup>930</sup> D. Lyons, 'Domestic Implementation of the Donor-Conceived Child's Right to Identity in Light of the Requirements of the UN Convention on the Rights of the Child', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 32, 2018 p. 10.

<sup>931</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, cit., art. 7: «The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents».

Già nel corso dei lavori preparatori emerse la possibile contraddizione con le pratiche dell'adozione segreta o delle nascite anonime, previste da molte leggi domestiche<sup>932</sup>. Pertanto, alcuni Stati, tra cui Repubblica Ceca, Polonia e Lussemburgo, insistettero per l'introduzione della dizione "nella misura del possibile" per giustificare possibili deroghe sul piano interno e per tutte quelle ipotesi in cui nella pratica è impossibile determinare l'identità dei genitori di un minore<sup>933</sup>. Nel suo senso letterale, tale locuzione – il cui significato non è stato chiarito dal Comitato – si limita ad attestare, dunque, l'esistenza di circostanze in cui non è possibile determinare l'identità dei genitori biologici.

L'interpretazione prevalente che ne è stata data è che la Convenzione preveda che, laddove sia possibile conoscere l'identità del genitore biologico, il bambino abbia diritto a entrare in possesso di quell'informazione prima del raggiungimento della maggiore età, qualora ciò sia nel suo migliore interesse<sup>934</sup>. Pertanto, grava sullo Stato l'obbligo di creare un sistema che registri e custodisca le informazioni sui genitori biologici e sulla loro storia medica da disvelare quando sia nell'interesse del minore disporre di queste notizie, nei casi di adozione o, come vedremo più avanti, di ricorso a tecniche di riproduzione assistita<sup>935</sup>.

Eppure, tale interpretazione si scontra con il fatto che esistono circostanze in cui, in linea teorica, sarebbe possibile determinare l'identità del genitore biologico o gestazionale e comunicarla al minore ma, per motivi socioculturali, nella pratica ciò non avviene<sup>936</sup>. È questo il caso dei parti anonimi che, non a caso, il Comitato ha ritenuto non compatibili con la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Si tratta di un'antica tradizione francese, risalente al XVII secolo, quando alcuni istituti caritatevoli iniziarono a consentire alle donne di lasciare i neonati in apposite ruote in forma anonima, allo scopo di ridurre l'infanticidio e l'aborto. Similmente, laddove tale pratica è oggi

---

<sup>932</sup> OHCHR, *Legislative History of the Convention of the Rights of the Child*, cit., 378, par. 96.

<sup>933</sup> Basti pensare ad esempio ai casi di stupro o di abbandono o a quelle ipotesi in cui l'identità del padre rimane ignota, nonostante gli sforzi che si possano fare per determinarla.

<sup>934</sup> M. Cowden, 'No Harm, No Foul: A Child's Right to Know Their Genetic Parents', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 26, 2012, pp. 102-26; J. Tobin, 'Donor Conceived Individuals and Access to Information about their Genetic Origins: The Relevance and Role of Rights', in *Melbourne Legal Studies Research Paper*, Vol. 591, 2002, p. 13.

<sup>935</sup> In nessun caso dovrebbe essere negato al minore l'accesso a dati non identificativi e concernenti la storia medica dei genitori biologici: CRC Committee, *Concluding Observations: Armenia*, CRC/C/15/Add.225, 2013, par. 38.

<sup>936</sup> J. Tobin, F. Seow, 'Article 7', cit., p. 262.



consentita, le madri possono partorire negli ospedali, senza fornire alcuna indicazione circa la propria identità.

Sul punto, la prassi del Comitato si discosta da quella di altri organismi internazionali, a partire dalla Corte europea dei diritti umani che, come verrà evidenziato, ha ammesso la legittimità, in alcune circostanze, dei parti e di conseguenza delle adozioni anonime, nonostante le stesse possano concretare una lesione del diritto all'identità dell'adottato e, dunque, una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata<sup>937</sup>. Al contrario, il Comitato ha invitato gli Stati in cui tale pratica è ammessa ad abolirla poiché costituirebbe una lesione degli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia<sup>938</sup>.

In particolare, nelle sue *Osservazioni conclusive* sulla Francia, il Comitato ha in più occasioni invitato lo Stato ad adottare tutte le misure necessarie per registrare e archiviare le informazioni sui genitori biologici, per garantire al bambino l'effettivo esercizio del suo diritto a conoscere, nella misura del possibile e a tempo debito, i propri genitori biologici<sup>939</sup>. Di contro, il diritto della madre all'anonimato è ritenuto sempre soccombente a fronte di quello del minore, tutelato dall'art. 7 della Convenzione<sup>940</sup>. Così, ad esempio, nel 2016, il Comitato ha intimato alla Francia di rimuovere il requisito del consenso della madre biologica a rivelare la propria identità previsto da una legge del 2002<sup>941</sup>, invitando il Paese a incidere piuttosto sulle cause profonde che portano i genitori a ricorrere al parto confidenziale<sup>942</sup>.

---

<sup>937</sup> Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, ricorso n. 42326/98, 13 febbraio 2003.

<sup>938</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Lussemburgo, CRC/C/15/Add.250, 2003, par 28-9.

<sup>939</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Francia, CRC/C/15/Add.20, 25 aprile 1994, par. 14: «Regarding the right of the child to know his or her origins, including in cases of a mother requesting that her identity remain secret during the birth and declaration of the birth, adoption and medically-assisted procreation, the Committee is concerned that the legislative measures being taken by the State party might not fully reflect the provisions of the Convention, particularly its general principles».

<sup>940</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Francia, CRC/C/15/Add.240 30 giugno 2004, par. 23: «The Committee remains concerned that the rights enumerated in article 7 of the Convention may not be fully respected by the State party and that the right to conceal the identity of the mother if she so wishes is not in conformity with the provisions of the Convention».

<sup>941</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

<sup>942</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Francia, CRC/C/FRS/CO/5, 23 febbraio 2016, par. 33: «The Committee reiterates its recommendations to take all appropriate measures to fully enforce the child's right to know his or her biological parents and siblings and urges it to adopt the necessary measures for all information about parent(s) to be registered and filed, in order to allow the child to know, to the extent possible and at the appropriate time, his or her parents. The Committee also recommends that the State party consider removing the requirement of the biological mother's consent to reveal her identity and to increase its efforts to address the root causes that lead parents to choose to use confidential birth».

Il Comitato, dunque, non tiene in alcuna considerazione il fatto che le nascite anonime possano, in alcuni casi, essere uno strumento utile per evitare che le donne che decidono di portare avanti una gravidanza indesiderata siano costrette a scegliere tra affidare il neonato alle autorità statali per l'adozione – a patto però che siano disposte ad acconsentire al disvelamento della propria identità – e l'abbandono o l'aborto, spesso illegale.

Similmente, anche l'abbandono anonimo di infanti nelle cosiddette “baby boxes”, pratica diffusa in diversi Stati parti e soprattutto in Austria, Germania e Lussemburgo, è stato più volte sanzionato come violazione dell'art. 7 della Convenzione<sup>943</sup>. Non vi è alcun tentativo da parte del Comitato di bilanciare l'interesse del minore con il diritto alla privacy o alla salute della madre. Eppure, l'invito agli Stati in questione di tenere un registro dei genitori biologici cui i minori possano accedere in una fase adeguata è altamente problematico, soprattutto in quei casi in cui la madre abbia deciso di partorire o di consegnare il bambino in adozione, proprio in ragione della garanzia dell'anonimato<sup>944</sup>.

Nonostante il Comitato riconosca la possibilità di un conflitto con i diritti alla privacy dei genitori biologici<sup>945</sup>, nelle *Osservazioni Conclusive* si assiste a una continua richiesta agli Stati di adottare misure volte a facilitare il pieno disvelamento dell'identità dei genitori biologici in ogni circostanza, dimostrando un'incapacità di tenere conto di tutti gli interessi in gioco<sup>946</sup>. Il Comitato sembra interpretare tale diritto come assoluto: il

---

<sup>943</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Germania, CRC/C/DEU/CO/3-4, 25 febbraio 2019, par. 30; CRC Committee, *Concluding Observations*: Germania, CRC/C/DEU/CO/5-6, 13 ottobre 2022, par. 19; CRC Committee, *Concluding Observations*: Austria, CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 dicembre 2019, par. 29: «The Committee reiterates its concern about the practice of anonymous abandonment in the State party through the use of “baby flaps” or “baby nests”, which is in violation of, inter alia, articles 6, 7, 8, 9 and 19 of the Convention»; CRC Committee, *Concluding Observations*: Austria, CRC/C/AUT/CO/5-6, 6 marzo 2020, par. 20: «The Committee urges the State party to completely abolish the practice of anonymous abandonment of infants».

<sup>944</sup> Ivi (Austria), par. 30.

<sup>945</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Seychelles, CRC/C/SY/C/CO2-4, 23 gennaio 2012, par. 41; *Concluding Observations*: Danimarca, CRC/C/15/Add.33, 15 febbraio 1995, par. 11.

<sup>946</sup> Oltre al caso delle donazioni anonime e delle baby boxes, il Comitato ha evidenziato la contraddizione tra il diritto del bambino a conoscere le proprie origini e le politiche statali sull'inseminazione artificiale che garantiscono l'anonimato dei donatori di sperma, la cui analisi è però rimandata al paragrafo 5.

minore ha una chiara e incondizionata priorità rispetto agli interessi dei propri genitori genetici, in qualunque circostanza<sup>947</sup>.

Tuttavia, va notato che il diritto a conoscere i propri genitori deve essere esercitato entro i limiti previsti dell'ordinamento giuridico. Come dispone il secondo comma dell'art. 7, gli Stati devono garantire, infatti, l'attuazione dei diritti riconosciuti nel primo comma in accordo con le proprie disposizioni interne e gli obblighi imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia<sup>948</sup>. E il rispetto del diritto alla privacy – che può essere rivendicato dai genitori biologici – rientra sicuramente tra gli obblighi derivanti da molteplici trattati internazionali sui diritti umani, a partire dal Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>949</sup>. Per cui, se da un lato, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, grava sugli Stati l'obbligo di assumere tutte le misure ragionevoli per garantire l'effettivo godimento da parte del minore del diritto a conoscere i propri genitori, dall'altro, si deve considerare che vi sono casi in cui, almeno in linea di principio, è necessario operare un bilanciamento che potrebbe dover essere risolto a favore dei secondi. La prassi del Comitato per i diritti del fanciullo, tuttavia, non fornisce indicazioni utili sui criteri da seguire per condurre questa operazione. È riscontrabile, come osservato, solo una spiccata tendenza, nelle sue *Opinioni conclusive* sui parti anonimi e *baby boxes*, a evitare che gli Stati interpretino come prevalenti i diritti della madre.

---

<sup>947</sup> G. Van Bueren, 'Children's Access to Adoption Records: State discretion or an Enforceable International Right', cit., p. 49; R. Hodgkin, P. Newell, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 118.

<sup>948</sup> *Convenzione sui diritti dell'infanzia*, cit., art. 7, par. 2: «States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless».

<sup>949</sup> UNGA, *International Covenant on Civil and Political Rights*, cit. art. 17, par. 1: «No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his *privacy*, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honor and reputation».



## SEZIONE II

### LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ BIOLOGICA NEI SISTEMI REGIONALI DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI

#### 4. Il diritto a conoscere le proprie origini nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

##### 4.1 L'articolo 8 come strumento per tutelare l'identità biologica

Se il Comitato per i diritti dell'infanzia ha considerato sempre prevalente il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, la Corte europea dei diritti umani ha invece sviluppato una giurisprudenza da cui è possibile ricavare dei principi guida utili per bilanciare tale diritto con gli altri con cui lo stesso rischia di confliggere. Infatti, quando la Convenzione è stata elaborata – nella seconda metà degli anni '40 – non era ancora emersa una sensibilità tale da condurre alla previsione di un diritto autonomo alla conoscenza delle proprie origini biologiche. Per cui, nel momento in cui tale esigenza è maturata, a partire dagli anni '90, la Corte è stata costretta a ricostruirlo da una disposizione, l'art. 8, che comporta *ab origine* la necessità di operare un maggiore sforzo di bilanciamento da parte della Corte. Si tratta infatti di una previsione che, di per sé, come abbiamo visto anche nel capitolo precedente, ammette limitazioni al godimento dei diritti, in presenza di determinate condizioni.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>950</sup>, tutelato dall'art. 8, nella sua tradizionale interpretazione di libertà negativa che protegge l'individuo da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche<sup>951</sup>, si sposa, *prima facie*, con una nozione di identità fissa, determinata esclusivamente dall'individuo. Tuttavia, la visione della vita privata come “cittadella interiore”<sup>952</sup>, da cui il soggetto esclude totalmente il mondo

---

<sup>950</sup> *Convenzione europea*, cit., art. 8: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>951</sup> P. O'Callaghan, 'Article 8 ECHR as a General Personality Right? A Commentary on Axel Springer AG v Germany [2012] ECHR 227', in *Journal of European Tort Law*, Vol.6.1, 2015 pp. 69-84.

<sup>952</sup> N. Maciolek, 'Defining Privacy and the European Court of Human Rights: Assessing the Court's Application of Article 8 (1) ECHR', in *UCL Jurisprudence Review*, Vol. 15, 2009, p. 94.

esterno, non rispecchia l'evoluzione della giurisprudenza della Corte, come è in parte emerso nel capitolo precedente e come risulterà con maggiore evidenza in questo e nel successivo, dedicato all'identità di genere e all'orientamento sessuale.

La Corte, infatti, ha superato la nozione tradizionale di vita privata, estendendone il significato fino a coprire una vasta gamma di elementi e manifestazioni della personalità dell'individuo<sup>953</sup>. È così che tale organo ha finito per abbracciare, progressivamente, una nozione intersoggettiva di identità, da tutelare per il tramite dell'art. 8. Infatti, già prima di ricostruire in via interpretativa il diritto a conoscere le proprie origini, l'organo aveva a più riprese stabilito che tutelare la vita privata dell'individuo significa anche proteggere la sua identità e il diritto di stabilire e mantenere relazioni con altri esseri umani, soprattutto in campo emotivo, per garantire lo sviluppo e la realizzazione della personalità<sup>954</sup>. È un riconoscimento del fatto che l'identità personale si costruisce attraverso le relazioni con il mondo esterno, che dunque devono essere tutelate.

Nelle pronunce della Corte, quindi, il rispetto della vita privata è sempre stato interpretato in senso ampio, come un concetto non suscettibile di una definizione esaustiva e che ricomprende al proprio interno aspetti dell'identità sia fisica che sociale dell'individuo<sup>955</sup>, tra cui il diritto a conoscere le proprie origini<sup>956</sup>. La sfera protetta da tale disposizione ricomprende, infatti, il diritto a conoscere l'identità dei propri genitori biologici e le circostanze della propria nascita<sup>957</sup>. Tali informazioni sono ritenute dalla Corte di rilevanza centrale per lo sviluppo e la costruzione della propria identità.

Un primo orientamento in tal senso da parte della Corte si è riscontrato nel caso *Gaskin c. Regno Unito*<sup>958</sup>. La controversia traeva origine dal rifiuto, da parte delle autorità inglesi, di garantire al ricorrente l'accesso completo alle informazioni contenute nei fascicoli dei servizi sociali cui egli era stato affidato fino al raggiungimento della maggiore età. Alcuni

---

<sup>953</sup> L. Loucaides, 'Personality and Privacy under the European Convention of Human Rights', in *British Yearbook of International Law*, Vol. 61, 1990, p. 189.

<sup>954</sup> Per la prima volta in Corte EDU, *X e Y c. Belgio*, ricorso n. 8962/80, 13 maggio 1982, par. 112.

<sup>955</sup> Si vedano, ad esempio: Corte EDU, *Mikulic c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, 7 febbraio 2002, par. 53; *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, 29 aprile 2002, par. 61: «Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity».

<sup>956</sup> Corte EDU, *Jaggi c. Svizzera*, cit., par. 37: «The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life».

<sup>957</sup> In alcune circostanze, la Corte ha ricondotto casi riguardanti le origini genetiche dei ricorrenti anche al rispetto della vita familiare, sempre protetto dall'Articolo 8 della Convenzione.

<sup>958</sup> Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, 7 luglio 1989.

regolamenti inglesi<sup>959</sup>, infatti, prevedevano che i file contenenti questo tipo di dati dovessero essere mantenuti confidenziali, a meno che non ci fosse il consenso delle terze parti coinvolte nella loro redazione<sup>960</sup>. Solo preservando la riservatezza dei registri sarebbe stato possibile garantirne la completezza e la veridicità e, dunque, tutelare l'interesse pubblico del buon funzionamento del sistema di assistenza all'infanzia<sup>961</sup>.

Tale controversia non riguardava strettamente il diritto a conoscere la propria identità biologica ma è stata qui, sia pur brevemente richiamata, poiché si è trattato della prima manifestazione da parte della Corte dell'importanza di tutelare il diritto all'identità: è stato infatti riconosciuto l'interesse vitale del ricorrente a conoscere la propria storia per lo sviluppo corretto della propria identità, che è divenuto dunque un fine in sé e per sé. La Corte, infatti, ha sostenuto che il rispetto della vita privata esige che ogni individuo debba poter essere in grado di ricostruire i dettagli della propria identità in quanto essere umano e che le autorità non possano negare queste informazioni senza una giustificazione specifica<sup>962</sup>. Vi è infatti un interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, nel ricevere le informazioni necessarie a conoscere e comprendere la propria infanzia e il primo sviluppo e, nei documenti a cui il ricorrente richiedeva di poter accedere, per la Corte, erano certamente conservate notizie su aspetti cruciali per la ricostruzione della propria storia personale<sup>963</sup>. Le informazioni contenute nei registri custoditi dall'autorità pubblica riguardavano, infatti, l'identità di base del ricorrente e rappresentavano la principale e probabilmente unica fonte di informazione circa aspetti altamente personali della propria infanzia e crescita.

Per decidere se l'interferenza dello Stato nell'esercizio di questo diritto fosse stata proporzionata nel caso di specie, la Corte ha cercato di stabilire se fosse stato operato un corretto bilanciamento tra l'interesse generale della comunità e quello del ricorrente. Per l'organo, costituiva una violazione dell'art. 8 della Convenzione la mancanza, nel sistema inglese, di un'autorità indipendente, che vigilasse e decidesse se garantire l'accesso ai

---

<sup>959</sup> *Boarding-Out of Children Regulations*, No. 1377, 1955, Reg 10, <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/1955/1377/contents/made>.

<sup>960</sup> I principali contributori a tali registri dei casi erano medici, insegnanti scolastici, agenti di polizia e di libertà vigilata, assistenti sociali, visitatori sanitari, genitori adottivi e personale della scuola residenziale.

<sup>961</sup> Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, cit., par. 15.

<sup>962</sup> Ivi, par. 39: «Respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that in principle they should not be obstructed by the authorities from obtaining such very basic information without specific justification».

<sup>963</sup> Ivi, par. 15.

registri in tutti quei casi in cui il consenso di terzi al disvelamento delle informazioni ivi contenute non potesse essere concesso – ad esempio, per l'impossibilità di contattare il soggetto coinvolto o in caso di suo decesso – o fosse stato rifiutato indebitamente<sup>964</sup>. La Corte ha iniziato, quindi, a delineare i diritti procedurali che contribuiscono a garantire l'efficacia del diritto a conoscere le proprie origini: l'unica soluzione possibile per praticare un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco è rappresentata dalla creazione di un'autorità indipendente che valuti le richieste individuali di avere accesso alle informazioni sulle proprie origini, nel caso in cui terze parti neghino indebitamente il proprio consenso<sup>965</sup>.

Tale linea argomentativa è poi stata seguita nella giurisprudenza successiva della Corte EDU<sup>966</sup>. Stabilito, infatti, che il rispetto della vita privata impone il riconoscimento del diritto a stabilire dettagli della propria identità, ne deriva che l'effettivo godimento di tale diritto dipenda dalla possibilità di avere accesso ad ogni informazione rilevante per la costruzione della propria identità, incluse le proprie *origini biologiche*. Per ragioni organizzative, gli sviluppi giurisprudenziali successivi saranno divisi in due macrocategorie: verranno affrontati prima i casi riguardanti i riconoscimenti di paternità (par. 4.2) e poi quelli sulle nascite anonime (4.3). Per entrambe le tipologie verranno evidenziati prima i contorni, sempre più precisi, che il diritto all'identità biologica ha assunto nella giurisprudenza della Corte e poi le modalità con cui è avvenuto il bilanciamento con altri diritti e interessi potenzialmente confliggenti, evidenziando il ruolo giocato dal margine di apprezzamento.

## 4.2 Giurisprudenza sull'accertamento di paternità

### 4.2.1 La tutela del diritto all'identità biologica

La Corte ha sviluppato ulteriormente il contenuto del diritto all'identità, derivandolo dall'art. 8 della Convenzione, in *Mikulić c. Croazia*, controversia originata dalla richiesta della ricorrente di accertamento di paternità nei confronti di un uomo che aveva eluso più

---

<sup>964</sup> La Corte giunge a conclusioni simili, seguendo la stessa linea argomentativa anche in: Corte EDU, *M.G. c. Regno Unito*, ricorso n. 39393/98, 24 settembre 2002.

<sup>965</sup> L. Busatta, S. Penasa, 'Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins', cit., p. 192.

<sup>966</sup> Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, cit.; *Menesson e altri c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 25 giugno 2014; *Mandet c. Francia*, ricorso n. 30955/12, 14 giugno 2016.



volte i test di DNA programmati<sup>967</sup>. Tale comportamento non era sufficiente a stabilire la paternità dell'uomo per le corti domestiche che, però, non avevano ordinato alle autorità pubbliche competenti di mettere in atto alcuna misura per cercare di determinare la verità dei fatti. Nel caso di specie, la ricorrente, dunque, lamentava la violazione del diritto al rispetto della propria vita privata, poiché, a causa dell'inefficienza e della lentezza delle corti nazionali nel decidere sulla sua richiesta, era rimasta a lungo in uno stato di profonda incertezza circa la propria identità personale<sup>968</sup>.

La Corte ha ribadito che la tutela della vita privata ricomprende aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo, compreso il diritto di stabilire relazioni con altri esseri umani<sup>969</sup>. Si comprende dunque come la nozione di vita privata non possa che includere al proprio interno la determinazione della relazione giuridica che intercorre tra una figlia nata fuori dal matrimonio e il suo padre naturale. Gli individui hanno infatti il diritto di entrare in possesso di informazioni che possono avere implicazioni rilevanti circa la formazione della propria identità personale, per scoprire la “verità biologica” sulla propria personalità<sup>970</sup>. È la cristallizzazione di quanto già asserito in *Gaskin*: le informazioni sulle proprie origini hanno delle “implicazioni formative” sull'identità e il riconoscimento giuridico è strettamente connesso alla conoscenza del Sé.

In casi successivi, sono emerse ulteriori dimensioni di questo diritto. Basti pensare alla controversia del 2006, *Jäggi c. Svizzera*<sup>971</sup>, in cui al ricorrente di 67 anni era stata negata la possibilità di compiere un test del DNA *post-mortem* – non disponibile quando aveva avviato il primo procedimento di paternità – per verificare l'identità del suo presunto padre biologico. La Corte ha confermato ancora una volta che il diritto all'identità – che include il diritto a conoscere la propria identità biologica – costituisce una parte integrante della vita privata protetta dall'art. 8<sup>972</sup>. È ormai da considerarsi consolidato il fatto che, nell'interpretazione della Corte, la Convenzione protegge l'interesse vitale a ricevere le informazioni necessarie per scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità personale, inclusa l'identità degli ascendenti.

---

<sup>967</sup> Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, 7 Febbraio 2002.

<sup>968</sup> Ivi, par. 47.

<sup>969</sup> Si veda anche Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 1370/88, 16 dicembre 1992, par. 29.

<sup>970</sup> Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, cit., par. 54.

<sup>971</sup> Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, ricorso n. 56757/00, 13 luglio 2006.

<sup>972</sup> Ivi, par. 37.

Inoltre, è interessante notare un altro aspetto messo in rilievo dalla Corte: tale interesse non decresce assolutamente con l'età, al contrario potrebbe anche aumentare. Questo orientamento è stato confermato in *Çapin c. Turchia*, in cui la Corte ha dichiarato che nei procedimenti di accertamento della paternità si dovrebbe tenere in forte considerazione l'interesse della prole indipendentemente dall'età<sup>973</sup>. Nella controversia *Jäggi c. Svizzera*, l'età avanzata dell'attore e il fatto che fosse indiscutibilmente riuscito a sviluppare la propria personalità, senza conoscere l'identità del proprio padre biologico, avevano portato il governo a sostenere l'irrilevanza per il ricorrente dell'ottenimento di dati certi a riguardo.

Al contrario, la Corte ha ritenuto che la lunga incertezza sulla propria identità fosse stata causa di una profonda sofferenza e malessere psicologico che avevano accompagnato il ricorrente, portatore di un genuino interesse nell'accertare le proprie origini biologiche, per tutta la propria vita<sup>974</sup>. È questo un altro elemento frequentemente richiamato nelle sentenze riguardanti casi di accertamento di paternità. La Corte, infatti, ha mostrato una particolare sensibilità riguardo all'esperienza psicologica connessa al dubbio circa le proprie origini biologiche e ha dimostrato una specifica attenzione nei confronti dello stato di incertezza in cui versavano i ricorrenti a causa di problemi inerenti alla costruzione della propria identità<sup>975</sup>.

Infine, appare rilevante richiamare anche la controversia *Mandet c. Francia*<sup>976</sup> in cui la Corte si è spinta fino ad articolare un "dovere", più che un diritto, a conoscere le proprie origini. In questo caso, un minore lamentava la violazione dell'art. 8 derivante dal riconoscimento, a livello nazionale, della paternità del suo presunto padre biologico, nonostante egli avesse richiesto di non modificare i propri legami familiari, ormai consolidati. La Corte EDU in questo caso ha confermato la decisione delle corti nazionali ritenendo che il superiore interesse del minore non coincideva con quello che il ricorrente riteneva essere e, al contrario, convergeva con quello del padre biologico, data

---

<sup>973</sup> Corte EDU, *Çapin c. Turchia*, ricorso n. 44690/09, 15 ottobre 2019, par. 77.

<sup>974</sup> Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, cit., par. 40.

<sup>975</sup> Questa attenzione la si ritrova anche in casi che riguardando aspetti diversi dall'accesso alle informazioni circa le proprie origini biologiche ma comunque connessi con lo sviluppo dell'identità personale. Si vedano: Corte EDU, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 26 giugno 2014; *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 26 giugno 2014; *R.L. e altri c. Danimarca*, ricorso n. 52629/11, 7 marzo 2017; *Mizzi c. Malta*, ricorso n. 26111/02, 12 gennaio 2006; *Jevremovic c. Serbia*, ricorso n. 3150/05, 17 luglio 2007.

<sup>976</sup> Corte EDU, *Mandet c. Francia*, ricorso n. 30955/12, 14 gennaio 2016.

l'importanza della conoscenza delle proprie origini nella costruzione della propria identità e personalità<sup>977</sup>.

#### 4.2.2 La ricerca di un equo bilanciamento

Dai casi di accertamento di paternità, è ben emerso come dall'art. 8 derivino per gli Stati obblighi sia negativi che positivi<sup>978</sup>. Lo stesso, infatti, non impone semplicemente allo Stato di astenersi da interferenze arbitrarie ma può comportare anche l'adozione di misure volte ad assicurare un rispetto effettivo della vita privata, anche nella sfera delle relazioni interindividuali<sup>979</sup>.

In ogni caso, la Corte è chiamata a effettuare un equo bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti<sup>980</sup>. Si può trattare di eventuali interessi privati, *in primis* quello del padre putativo a essere protetto da accertamenti riguardanti circostanze molto risalenti, ma anche quelli di terze parti o della comunità nel suo complesso, ad esempio l'esigenza di garantire la certezza del diritto<sup>981</sup>. Si rende dunque necessario operare un test di bilanciamento che fornisce il quadro metodologico adeguato a interpretare e applicare disposizioni normative ampie e aperte come l'art. 8<sup>982</sup>. Attraverso tale tecnica interpretativa, infatti, la Corte ha tentato la composizione dei diversi principi e valori concorrenti<sup>983</sup>.

In *Mikulić*, la Corte si è limitata ad attestare l'esistenza di un certo margine di apprezzamento dello Stato – di cui non ha esaminato l'ampiezza – per cui sono le autorità competenti croate a dover determinare il mezzo più appropriato per stabilire la paternità attraverso procedimenti giudiziari<sup>984</sup>. Per l'organo, infatti, la protezione di terze parti può

---

<sup>977</sup> Ivi, par. 57.

<sup>978</sup> V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

<sup>979</sup> Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, cit., par. 57; *S.H. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, 1° aprile 2010, par. 87; *X e Y c. Paesi Bassi*, ricorso n. 8978/80, 26 marzo 1985, par. 23; *Botta c. Italia*, ricorso n. 153/1996/772/973, 24 febbraio 1998, par. 33.

<sup>980</sup> R. Alexy, 'On Balancing and Subsumption; A Structural Comparison', in *Ratio Juris*, Vol 16, 2003, pp. 433-49.

<sup>981</sup> Corte EDU, *Çapin c. Turchia*, cit., par. 53; *Backlund c. Finlandia*, ricorso n. 36498/05, 6 luglio 2010, par. 46.

<sup>982</sup> Si vedano P. De Sena, L. Acconciamesa, 'Balancing Test', in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021.

<sup>983</sup> Si vedano: S. Greer, 'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate', in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63(2), 2004, pp. 412-34. G. Pino, 'Diritti fondamentali e principio di proporzionalità', in *Ragion Pratica*, Vol. 34, 2014, pp. 541-52,

<sup>984</sup> Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, cit., par 59.

impedire che le stesse siano obbligate a compiere test medici di qualche tipo, incluso il test del DNA, senza che ciò concreti di per sé una violazione dell'art. 8<sup>985</sup>. Tuttavia, affinché le restrizioni all'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini siano proporzionate, occorre che, in assenza di un obbligo per il presunto padre di sottoporsi a un test del DNA, esistano quanto meno mezzi alternativi che consentano a un'autorità indipendente di determinare, in tempi rapidi e ragionevoli, una richiesta di riconoscimento di paternità<sup>986</sup>. Pertanto, mancando una procedura di questo tipo, la Corte ha giudicato sproporzionata l'interferenza nella vita privata della ricorrente che era stata lasciata dalle corti croate in uno stato di prolungata e profonda incertezza circa la propria identità personale<sup>987</sup>.

È stato invece in *Jäggi* che la Corte ha compiuto, per la prima volta, un'analisi del margine di apprezzamento, ossia, come più volte ricordato, del grado di deferenza che viene riservato agli Stati membri in una certa materia<sup>988</sup>. La sua estensione dipende non solo dal diritto in gioco, in questo caso il diritto al rispetto della propria vita privata, ma anche, per ciascun diritto, dalla natura stessa dell'interesse coinvolto. Il diritto all'identità costituisce un aspetto cruciale della vita privata: pertanto, il margine di apprezzamento dello Stato deve ritenersi ridotto ed è richiesto un esame particolarmente rigoroso per soppesare gli interessi confliggenti che possono interferire con lo stesso<sup>989</sup>. Nel caso in esame, in cui il ricorrente richiedeva la possibilità di ottenere un campione *post-mortem* di DNA del presunto padre putativo, il suo diritto all'identità era potenzialmente confliggente con quello di terze parti all'inviolabilità del corpo del defunto, con il diritto dello stesso defunto al rispetto della propria vita privata e con l'interesse pubblico alla certezza giuridica, a fronte dei quali però l'interesse del ricorrente è stato giudicato

---

<sup>985</sup> Ivi, par. 64.

<sup>986</sup> Ivi, cit., par. 64.

<sup>987</sup> Ivi, cit., par. 66.

<sup>988</sup> Si vedano: Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2002, p. 14. A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996; G. Janneke, 'Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Review*, Vol. 18.3, 2018, pp. 495-516.

<sup>989</sup> Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, cit., par. 37: «The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life. In such cases, particularly rigorous scrutiny is called for when weighing up the competing interests».

prevalente<sup>990</sup>. Dunque, anche in ragione dello stato di confusione e della sofferenza inflitta al ricorrente, la Corte ha ravvisato un'infrazione del diritto al rispetto della vita privata da parte della Svizzera<sup>991</sup>.

Infine, in *Çapın c. Turchia*, la Corte si è trovata a dover stabilire se la natura del limite temporale istituito dalla Turchia per avviare i procedimenti di accertamento di paternità e la modalità della sua applicazione fossero compatibili con la Convenzione<sup>992</sup>. Dall'analisi comparativa condotta dalla Corte, è stata rilevata la mancanza di una prassi uniforme tra gli Stati contraenti. A fronte di una tendenza a un incremento di protezione nel riconoscimento dell'identità biologica dei figli, le Parti erano divise sullo stabilire un limite temporale, sulla sua eventuale estensione che era molto variabile – tra uno e trent'anni – e finanche sulla data a partire dalla quale calcolarlo – nella maggior parte degli Stati dalla data di nascita o dal raggiungimento della maggiore età –<sup>993</sup>. L'introduzione di un limite di tempo per l'avvio dei procedimenti di paternità trova una giustificazione nel desiderio di garantire la certezza giuridica e, perseguendo dunque un fine legittimo, non è incompatibile di per sé con la Convenzione<sup>994</sup>.

Nel caso di specie, il Codice civile turco prevedeva un anno di tempo dal raggiungimento della maggiore età e, nell'ipotesi in cui ci fossero circostanze giustificative della tardiva proposizione del ricorso da parte di un discendente, un termine aggiuntivo di un mese. Si trattava dunque di un limite giudicato ragionevole dalla Corte, anche perché non assoluto nel caso in cui vi erano situazioni particolari atte a motivare il ritardo<sup>995</sup>.

Tuttavia, nel caso di specie, le corti nazionali non avevano operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, tenuto conto delle circostanze eccezionali del caso.

---

<sup>990</sup> Questa posizione è poi ribadita, più di recente, in: Corte EDU, *Boljević c. Serbia*, ricorso n. 47443/14 16 giugno 2020. La Corte aveva in passato già stabilito che il rispetto alla vita privata di una persona deceduta alla quale doveva essere prelevato un campione di DNA non poteva essere pregiudicato da una richiesta in tal senso avanzata dopo la sua morte (si veda: Corte EDU, *Mortensen c. Danimarca*, ricorso n. 1338/03, 15 maggio 2006). Inoltre, lo stesso governo aveva asserito che il riconoscimento della paternità biologica non avrebbe avuto effetti sui registri dello stato di civile e dunque non avrebbe messo in discussione la certezza del diritto.

<sup>991</sup> Corte EDU, *Çapın c. Turchia*, cit., par. 37-8.

<sup>992</sup> Ivi, par. 57.

<sup>993</sup> Si veda in questo senso: Corte EDU, *Çapın c. Turchia*, cit., par 55; *Phinikaridou c. Cipro*, ricorso n. 238/90, 20 dicembre 2007.

<sup>994</sup> Si veda: Corte EDU, *Silva e Mondim Correira c. Portogallo*, ricorso n. 72105/14 e 20415/15, 3 ottobre 2017, par. 57.

<sup>995</sup> Corte EDU, *Çapın c. Turchia*, cit., par. 69.

Infatti, il ricorrente non avrebbe potuto istituire il procedimento di paternità prima di quando lo aveva avviato perché, da bambino, gli avevano detto che il padre era deceduto e dal diciottesimo anno di età e per i venticinque anni successivi aveva vissuto all'estero<sup>996</sup>. Inoltre, il termine aggiuntivo di un mese non era da considerarsi proporzionato perché non si teneva conto del fatto che le contingenze in cui si cerca il riconoscimento della propria identità biologica sono spesso, come nel caso di specie, particolarmente difficili<sup>997</sup>. I tribunali nazionali, per la Corte, non avevano correttamente bilanciato il diritto del ricorrente a scoprire la verità sul suo padre biologico con l'interesse generale a tutelare la certezza giuridica dei rapporti familiari o gli interessi del padre putativo e della sua famiglia, ledendo in modo sproporzionato il suo diritto al rispetto della propria vita privata<sup>998</sup>. La Corte, infatti, ha ribadito il principio, ricorrente nella sua giurisprudenza, secondo il quale le autorità nazionali non devono consentire che la realtà giuridica contraddica la realtà biologica<sup>999</sup>.

In altri casi<sup>1000</sup>, invece, la Corte ha sostenuto che lo Stato non avesse ecceduto il proprio margine di apprezzamento, negando alle ricorrenti la possibilità di avviare dei procedimenti di accertamento di paternità a causa della scadenza dei relativi termini. A differenza della controversia precedente, la Corte non ha rinvenuto una violazione dell'art. 8 perché le parti erano di fatto da tempo a conoscenza dell'identità del proprio padre biologico e, dunque, avevano mostrato un'ingiustificabile mancanza di diligenza nella richiesta di avvio dei procedimenti. Pertanto, tali giudizi non rappresentano una deviazione dalle argomentazioni della Corte nei casi precedenti, che sembrano concretare una giurisprudenza che può dirsi oramai consolidata.

Infine, appare interessante richiamare, sia pur brevemente, anche quei casi in cui la prospettiva è ribaltata e a voler stabilire la sussistenza o meno del legame biologico siano i genitori e non la prole. Anche in queste controversie è in gioco l'identità, poiché l'accertamento del rapporto di filiazione rappresenta un aspetto importante non solo dell'identità del minore ma anche dell'adulto. La Corte, infatti, ha più volte ribadito la

---

<sup>996</sup> Ivi, par. 85.

<sup>997</sup> Ivi, par. 75.

<sup>998</sup> Ivi, par. 76.

<sup>999</sup> Ivi, par. 60. Si vedano anche: Corte EDU, *Grönmark c. Finlandia*, ricorso n. 17038/04, 6 luglio 2010; *Laakso c. Finlandia*, ricorso n. 7361/05, 15 Gennaio 2013; *Röman c. Finlandia*, ricorso n. 13072/05, 29 gennaio 2013.

<sup>1000</sup> Corte EDU, *Silva e Mondim Correira c. Portogallo*, cit.; *Lavanchy c. Svizzera*, ricorso n. 69997/17, 19 ottobre 2021.

centralità dei legami biologici genitore-figlio come componente dell'identità di entrambi. Significativo, da questa prospettiva, è ad esempio il caso *A.L. c. Polonia*<sup>1001</sup> in cui il ricorrente, dopo aver scoperto di non essere il “vero” genitore biologico, si era visto rifiutare dai tribunali nazionali la possibilità di contestare la propria paternità poiché ciò sarebbe stato in contrasto con l'interesse superiore del minore. In questo, come in altri casi simili, la Corte ha ritenuto che lo Stato non abbia travalicato il proprio margine di apprezzamento<sup>1002</sup>. A differenza delle controversie in cui a ricorrere sono i figli, da parte della Corte si nota una minore sensibilità riguardo i possibili danni psicologici derivanti dal misconoscimento dell'identità dei genitori e un più ampio margine all'azione dello Stato: la tutela dell'identità del padre risulta soccombente di fronte all'interesse superiore del minore<sup>1003</sup>.

### 4.3 *Le nascite anonime*

Se la giurisprudenza sui casi di accertamento di paternità è uniforme e ha progressivamente rafforzato gli obblighi gravanti sugli Stati circa la protezione dell'identità, le Corte ha assunto decisioni di segno opposto nelle due controversie in materia di parti anonimi che è stata chiamata a giudicare. Questa divergenza è però imputabile in massima parte alla diversità della normativa rilevante dei due Stati coinvolti, Francia e Italia. Si può anticipare sin da subito che in tale materia si osserva un minor grado di protezione dell'identità biologica delle ricorrenti dovuto al fatto che vi sono interessi confliggenti diversi rispetto alle controversie riguardanti l'accertamento di paternità.

Il primo caso affrontato dalla Corte è stato *Odièvre c. Francia*, che discendeva dalla già richiamata regolamentazione delle nascite anonime da parte del Codice civile francese, normativa posta a tutela del diritto alla vita e alla salute delle madri e dei

---

<sup>1001</sup> Corte EDU, *A.L. c. Polonia*, ricorso n. 28609/08, 18 febbraio 2014.

<sup>1002</sup> Corte EDU, *Rasmussen c. Danimarca*, ricorso n. 8777/79, 28 novembre 1984; *Kroon c. Paesi Bassi*, ricorso n. 18535/91, 27 ottobre 1994; *Mizzi c. Malta*, ricorso n. 26111/02, 12 gennaio 2006; *Kruskovic c. Croazia*, ricorso n. 46185/08, 21 giugno 2011; *Chavdarov c. Bulgaria*, ricorso n. 3465/03, 21 novembre 2010; *AMM c. Romania*, ricorso n. 2151/10, 14 febbraio 2012; *Kautzor c. Germania*, ricorso n. 23338/09, 22 marzo 2012; *Ahrens c. Germania*, ricorso n. 45071/09, 22 marzo 2012; *Krisztián Barnabás Tóth c. Ungheria*, ricorso n. 48494/06, 12 febbraio 2013; *Marinis c. Grecia*, ricorso n. 3004/10, 9 Ottobre 2014; *L.D. e P.K. c. Bulgaria*, ricorsi n. 7949/11 e 45522/13, 8 dicembre 2016); *I.S. c. Germania*, ricorso n. 31021/08, 5 Giugno 2014.

<sup>1003</sup> Corte EDU, *A.L. c. Polonia*, cit., par. 65 e ss.

bambini, e a prevenzione di aborti illegali e abbandoni pericolosi. Tale disciplina va inoltre inserita nel contesto più ampio del concetto di genitorialità che, nel diritto di famiglia francese, è sempre stato fondato su una filosofia individualistica, centrata sull'adulto e la propria libertà di scelta<sup>1004</sup>.

Nel caso di specie, la ricorrente, nata mediante la procedura prevista per i parti anonimi, riteneva che l'impossibilità di risalire alle proprie origini costituisse una violazione dell'art. 8, poiché le difficoltà che aveva dovuto affrontare vivendo senza conoscere la propria "vera" identità avevano leso la sua vita privata. La stessa infatti era riuscita a ottenere informazioni non identificative sulla sua famiglia naturale ma le era stato negato l'accesso ai dati riguardanti le circostanze della sua nascita e l'identità dei genitori biologici e dei fratelli che aveva scoperto di avere<sup>1005</sup>. Dall'altra parte, il governo francese riteneva che l'accesso a dati identificativi generasse un conflitto con la libertà delle donne, riconosciuta dalla legge 93 del 2002<sup>1006</sup>, di «rinunciare al proprio ruolo di madri». La Francia, inoltre, sosteneva di aver contemperato i diversi interessi in gioco (della madre a non rivelare la propria identità e del figlio ad aver accesso a informazioni riguardanti le proprie origini) in tre modi: a) garantendo l'accesso ai dati non identificativi; b) ammettendo la possibilità che le madri avessero la facoltà di ritirare la confidenzialità e c) fornendo supporto psicologico e sociale alle madri in difficoltà per incoraggiarle ad assumersi la responsabilità genitoriale<sup>1007</sup>.

Partiva da premesse simili anche il caso *Godelli c. Italia*<sup>1008</sup>, in cui la ricorrente cercava di rintracciare la madre biologica. Quest'ultima l'aveva abbandonata alla nascita e aveva beneficiato della legge italiana sui parti anonimi che consente alle madri di non essere nominate sul certificato di nascita e che le informazioni sulla propria identità rimangano confidenziali<sup>1009</sup>. Si era dunque in presenza di una normativa che prevedeva

---

<sup>1004</sup> E. Steiner, 'Odievre v. France – desperately seeking mother – anonymous births in the European Court of Human Rights', in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, 2003, p. 425; T. Callus, 'Tempered Hope? A Qualified Right to Know One's Genetic Origin: Odievre v France', in *Modern Law Review*, 2003, pp. 658-83.

<sup>1005</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 24.

<sup>1006</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

<sup>1007</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 38.

<sup>1008</sup> Corte EDU, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09, 25 settembre 2012.

<sup>1009</sup> Si tratta del DPR 396/2000, Art. 30. A tal proposito, anche la Corte costituzionale italiana ha si è pronunciata, pochi mesi dopo, sulla costituzionalità (sentenza 278/2013), rovesciando una sua precedente decisione (425/2005). La Corte ha rinvenuto che l'irreversibilità dell'anonimato della madre è irragionevole, dato che questo interesse deve essere bilanciato con il diritto del bambino tutelato dall'art. 2



l'irreversibilità dell'anonimato. La ricorrente lamentava l'irragionevolezza della differenza di trattamento circa l'azionabilità del diritto a conoscere le proprie origini prevista dalla legge sulle adozioni, che consentiva il disvelamento delle informazioni raggiunto il venticinquesimo anno di età, e l'esclusione al rilascio di informazioni non identificative nei casi di parti anonimi<sup>1010</sup>.

La Corte ha ribadito, in entrambi i casi, che l'art. 8 protegge il diritto all'identità e allo sviluppo personale, in cui rientra anche il diritto a conoscere la «verità biologica» sulle proprie origini e il diritto di stabilire relazioni con gli altri esseri umani e il mondo esterno. Sono questi tutti interessi vitali che, nelle parole della Corte, contribuiscono a garantire la stabilità mentale degli individui e rappresentano una precondizione per l'esercizio effettivo di tutti gli altri diritti. Le circostanze della nascita e l'identità dei genitori, pertanto, formano un aspetto centrale della vita privata del bambino prima, e dell'adulto poi, garantito dall'articolo 8 della Convenzione<sup>1011</sup>.

#### *4.3.1 La pluralità degli interessi pubblici e privati confliggenti*

La Corte, già in *Odièvre*, ha tracciato le dovute distinzioni rispetto ai casi riguardanti l'accertamento di paternità. La ricorrente, a differenza di Mikulić, ad esempio, stava cercando di rintracciare la madre naturale da cui era stata abbandonata alla nascita e che aveva espressamente richiesto che le informazioni sulla sua identità rimanessero confidenziali<sup>1012</sup>. L'espressione "ogni persona" dell'articolo 8 doveva potersi applicare a entrambe: la figlia, che aveva diritto a conoscere le proprie origini, e la madre, che aveva diritto a rimanere anonima in modo tale da poter preservare la propria salute e partorire

---

della Costituzione. Per la Corte, poi, vi è anche una violazione dell'art. 3 e del principio di uguaglianza poiché il diritto a conoscere le proprie origini è garantito a tutti gli adottati, eccetto per quelli nati da parto anonimo. Nonostante la Corte costituzionale abbia invitato il legislatore a disciplinare la materia, non vi è stato, al momento, alcun intervento. Sul punto si è espressa nel 2017 anche la Corte di cassazione che ha ritenuto che in assenza di una disciplina da parte del legislatore, si deve tener conto del principio chiaramente indicato dalla Corte costituzionale: i giudici chiamati a decidere sui casi concreti dovranno adoperarsi per valutare l'attuale volontà della madre e richiederle il consenso per disvelare la propria identità (sentenza 1946/2017). Nel caso in cui la madre sia deceduta, in nessun caso la sua privacy può prevalere sul diritto della figlia di avere accesso alle informazioni sulle proprie origini (ordinanza 3004/2018).

<sup>1010</sup> Legge 184/1983.

<sup>1011</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 29; *Godelli c. Italia*, cit., 46.

<sup>1012</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 44; *Godelli c. Italia*, cit., par. 46.

in condizioni sanitarie adeguate. Si trattava di interessi privati difficilmente conciliabili e che riguardavano due adulti, ciascuno dotato di una propria libera volontà<sup>1013</sup>.

Per la Corte andavano poi considerati gli interessi di terze parti eventualmente coinvolte nei parti anonimi – nel caso *Odièvre* il diritto alla tutela della vita privata e familiare del padre naturale e dei fratelli della ricorrente – e gli interessi generali che sia la legge francese che quella italiana tutelerebbero proteggendo l’anonimato: la protezione della salute della donna e del bambino durante la gravidanza e il parto, gli aborti clandestini e gli abbandoni illegali e, più in generale, il rispetto del diritto alla vita<sup>1014</sup>.

In *Odièvre*, la Corte, in ragione della diversità della prassi in Europa<sup>1015</sup> e della natura complessa e delicata della questione dell’accesso alle informazioni sulle proprie origini<sup>1016</sup>, ha ritenuto che il margine di discrezionalità dello Stato, circa la definizione delle modalità attraverso cui conciliare gli interessi concorrenti, fosse ampio e che non fosse stata compiuta una lesione del diritto al rispetto della vita privata della ricorrente. La Corte, infatti, ha sottolineato come la stessa, grazie alla garanzia di accesso ad informazioni non identificative sulla madre, avesse potuto ricostruire parte delle proprie radici identitarie e che l’introduzione della possibilità della reversibilità del segreto su richiesta delle madri fosse una prova sufficiente dello sforzo della Francia di cercare un bilanciamento tra gli interessi confliggenti<sup>1017</sup>.

Tuttavia, il margine di apprezzamento riconosciuto alla Francia in questo caso ha prestatato il fianco a due critiche, mosse nelle opinioni dissenzienti<sup>1018</sup>. Di solito, infatti, la sua estensione dipende dalla presenza o meno di un *consensus* europeo in materia e dalla natura del diritto violato. Entrambi, in questo caso, avrebbero potuto in linea teorica giustificare un margine ristretto. Infatti, per quanto riguarda il primo aspetto, riconoscere un margine ampio in ragione della mancanza di un comune denominatore tra le

---

<sup>1013</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 44; *Godelli c. Italia*, cit., par. 60-3.

<sup>1014</sup> *Ibidem*.

<sup>1015</sup> La Corte ha riconosciuto che, se la maggior parte degli Stati non prevede la possibilità di partorire in anonimato, alcuni Paesi non impongono esplicitamente l’obbligo di registrazione dell’identità dei genitori al momento della nascita, in altri l’abbandono di minori ha portato a dei dibattiti circa l’opportunità di reinserire pratiche simili.

<sup>1016</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., par. 49.

<sup>1017</sup> *Ibidem*.

<sup>1018</sup> Per un’analisi più approfondita della sentenza si rimanda a: B. Rainey, E. Wicks, C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 423; C. Simmonds, ‘An Unbalanced Scale: Anonymous Birth and The European Court of Human Rights’, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 72(2), 2013, pp. 3263–6.

legislazioni nazionali non rispondeva alla realtà dei fatti. Da un lato, infatti, la Corte ha parlato di diversità di prassi tra i Paesi europei ma, dall'altro, ha riconosciuto che la maggior parte degli Stati non consentiva parti anonimi e che la Francia, da questo punto di vista costituiva, piuttosto un'eccezione, insieme all'Italia. In tal modo, invocando la presunta diversità di procedure tra le varie tradizioni giuridiche come giustificazione di un'ampia discrezionalità, di fatto ha svuotato di significato l'argomentazione del *consensus* europeo<sup>1019</sup>.

Il secondo profilo è stato aspramente contestato da sette giudici dissenzienti. Questi hanno ricordato che l'estensione del margine di apprezzamento dello Stato non dipende solo dal diritto coinvolto ma anche dalla natura dell'interesse sotteso. Ci sono aspetti del diritto al rispetto della propria vita privata che sono da considerarsi periferici, mentre altri ne costituiscono l'«inner core»<sup>1020</sup>. Il diritto all'identità, condizione essenziale per il diritto all'autonomia e allo sviluppo, costituisce senza dubbio il nucleo duro del diritto al rispetto della vita privata<sup>1021</sup>. Infatti, la possibilità di ricostruire la propria storia personale e le proprie origini, è, per gli stessi, una questione di libertà, connessa al rispetto della dignità umana. Pertanto, sarebbe stato necessario uno scrutinio più rigoroso nel soppesare gli interessi confliggenti.

In *Godelli*, la Corte, facendo proprio il ragionamento dei giudici dissenzienti nel caso *Odièvre*, ha riconosciuto il ruolo giocato dal diritto all'identità nel restringimento del margine di apprezzamento dello Stato<sup>1022</sup>. Nel caso di specie, secondo la Corte, non era stato operato un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti: il diritto della ricorrente ad avere accesso ad informazioni riguardanti le proprie origini e quello della madre biologica a rimanere anonima. Se gli Stati hanno in linea di principio la possibilità di scegliere tra modalità diverse di comporre gli interessi in gioco, il completo sacrificio della posizione del nato da parto anonimo determinava, in questo caso, una violazione della Convenzione.

---

<sup>1019</sup> K. Dzehtsiaro, 'European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights', in *German Law Journal*, Vol. 12.10, 2011, pp. 1730-45.

<sup>1020</sup> Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber et al*, par. 11

<sup>1021</sup> Vedi anche: Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, 29 aprile 2002, par. 61; *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n. 44599/98, 6 febbraio 2001, par. 47.

<sup>1022</sup> Corte EDU, *Godelli c. Italia*, cit., par. 53: «The extent of the State's margin of appreciation depends not only on the right or rights concerned but also, as regards each right, on the very nature of the interest concerned. The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life. In such cases, particularly rigorous scrutiny is called for when weighing up the competing interests».

La legge italiana, infatti, eccedeva il margine di apprezzamento lasciato agli Stati poiché non solo non consentiva l'accesso ad alcun tipo di informazioni sulle proprie origini – neppure quelle non identificative – ma, per di più, non era proporzionale, dando automaticamente preferenza al diritto della madre e non prevedendo, a differenza della normativa francese, neppure che la stessa potesse cambiare idea, attraverso la reversibilità della confidenzialità<sup>1023</sup>.

## **5. La Corte interamericana e il diritto all'identità nei casi di sparizioni forzate**

L'esperienza storica di molti Stati del Sud America (in particolare di Argentina, Cile, Uruguay, El Salvador e, in misura minore, Brasile e Guatemala) in cui, tra gli anni '60 e '80, esponenti di dittature militari hanno perpetrato su larga scala sparizioni forzate di oppositori politici, ha fatto sì che nel sistema interamericano la questione del rilievo dell'identità biologica e dell'importanza della possibilità di ricostruire la propria storia personale si sia posta in termini completamente diversi rispetto al continente europeo. È emersa infatti in controversie originate dalla scomparsa di minori, nati durante la prigionia delle madri – a cui erano stati sottratti per essere dati in adozione a nuove famiglie – e privati della propria identità. Queste controversie, dunque, hanno portato la Corte interamericana a gettare le fondamenta per il riconoscimento del diritto all'identità.

Tale diritto, come emergerà dalla breve analisi dei casi in cui è venuto in rilievo, comprende al proprio interno una pluralità di aspetti a partire dai quali è possibile costruire la propria storia personale e proiettarsi nel tempo e nello spazio come essere unico e irripetibile: la registrazione al momento della nascita, il diritto al nome, ma anche il mantenimento dei legami con i propri genitori biologici e l'inserimento nella comunità di origine, depositaria di una propria lingua, cultura e storia.

Già prima delle pronunce della Corte, la Commissione interamericana, nel suo Rapporto annuale del 1988, aveva sostenuto l'esistenza dell'obbligo degli Stati parti di garantire ai minori che fossero stati vittime di sparizioni forzate il diritto a conoscere la

---

<sup>1023</sup> Ivi, par 56.

propria identità e la propria famiglia naturale<sup>1024</sup>. Similmente, i trattati che a livello universale o regionale riguardano tale fenomeno – e che non possono essere oggetto di analisi in questa sede – prevedono obblighi degli Stati parti in termini di ricerca, identificazione, localizzazione e ricongiungimento con le proprie famiglie biologiche e ristabilimento e tutela dell'identità del minore<sup>1025</sup>. Si ricorda, inoltre, che l'inserimento, nella Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza dell'art. 8, che tutela il diritto all'identità del minore, era stato richiesto proprio dalla delegazione argentina, memore delle pratiche che avevano coinvolto centinaia di minori durante la dittatura militare<sup>1026</sup>. Nella proposta, infatti, si sosteneva l'esistenza del diritto del fanciullo «di conservare la sua *vera e genuina identità* personale, giuridica e familiare»<sup>1027</sup>. La *ratio* della disposizione doveva essere quella di proteggere i bambini allontanati ingiustamente

---

<sup>1024</sup> Commissione interamericana, Annual Report of the Inter-american Commission on Human Rights 1987-1988: Areas in which steps need to be taken towards full observance of the human rights set forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Declaration on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.74, 16 settembre 1988: «The children victimized by this policy have a fundamental right to their identity as persons and to know that identity. They also have the right to recover the memory of their natural parents, and to know that those parents never abandoned them. They have the right to be in contact with their natural family so that they can nurture and provide continuity to that memory of affection».

<sup>1025</sup> UNGA, Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, ris. 61/117, 20 dicembre 2006, art. 25: «1. Ogni Stato Parte adotta le misure necessarie per prevenire e punire penalmente: a) l'allontanamento illegale di bambini sottoposti a sparizione forzata o di bambini il cui padre, la cui madre o il cui tutore è soggetto a sparizione forzata o di bambini nati nel corso della prigionia della madre sottoposta a sparizione forzata; b) la falsificazione, l'occultamento o la distruzione di documenti attestanti la vera identità dei bambini di cui alla lettera 2. Ogni Stato Parte prende le misure necessarie per rintracciare e identificare i bambini di cui al paragrafo 1 del presente articolo e restituirli alle loro famiglie d'origine, nel rispetto delle procedure di legge e degli accordi internazionali applicabili. 3. Gli Stati Parte si prestano reciproca assistenza nel ricercare, identificare e localizzare i bambini di cui al paragrafo 1 lettera a) del presente articolo. 4. In considerazione della necessità di tutelare l'interesse superiore dei bambini di cui al paragrafo 1 lettera a) del presente articolo e il loro diritto a mantenere o a ristabilire la propria identità, compresa la nazionalità, il nome e i rapporti familiari riconosciuti dalla legge, gli Stati Parte che riconoscono sistemi di adozione o altre forme di collocamento di bambini istituiscono procedure legali volte a rivedere le procedure di adozione o collocamento di bambini e, laddove ciò risulti opportuno, ad annullare l'adozione o il collocamento dei bambini che hanno all'origine una sparizione forzata».

OAS, Inter-american Convention on Forced Disappearance of Persons, 9 giugno 1994, in vigore dal 28 marzo 1996, art. 12: «The States Parties shall give each other mutual assistance in the search for, identification, location, and return of minors who have been removed to another state or detained therein as a consequence of the forced disappearance of their parents or guardians».

<sup>1026</sup> J. S. Cerda, 'The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, pp. 115-119; G. A. Stewart, 'Interpreting the Child's Right to Identity in the UN Convention on the Rights of the Child', in *Family Law Quarterly*, Vol. 26, 1992, pp. 221 ss; D. Hodgson, 'The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness', in *International Journal of Law and the Family*, Vol. 7, 1993.

<sup>1027</sup> Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, UN Doc. E/CN.4/1986/39.

dai propri genitori biologici o naturali, potendosi applicare ovviamente anche a circostanze differenti da quelle delle sparizioni forzate.

### 5.1 Il contenuto del diritto all'identità

La Convenzione americana sui diritti umani non prevede espressamente un diritto all'identità, che è stato ricostruito in via interpretativa dalla Corte. In un primo momento singoli giudici nelle loro opinioni concorrenti – e poi l'intera Corte – hanno definito il contenuto del diritto all'identità come comprendente due dimensioni essenziali per lo sviluppo di una persona, una dimensione individuale e una dimensione sociale<sup>1028</sup>. Il diritto all'identità, infatti, garantirebbe che l'individuo sia fedelmente rappresentato nella proiezione esterna della sua «personal truth» nell'ambiente sociale in cui vive e nel mondo. Si tratta, dunque, di un diritto complesso, legato all'evoluzione della personalità dell'individuo, che comprende, al proprio interno, una serie di attributi e caratteristiche che permettono a ogni persona di essere individuata, nella sua unicità, nella società.

L'identità personale inizia dal momento del concepimento e la sua costruzione prosegue lungo tutta la vita dell'individuo, in un processo continuo che abbraccia una molteplicità di elementi e che corrispondono alla realtà biografica e personale dell'individuo. Questi aspetti includono l'origine di una persona e, dunque, la sua “realtà biologica”, il suo patrimonio culturale, storico, religioso, ideologico, politico, professionale, familiare e sociale, nonché aspetti più statici relativi, ad esempio, ai tratti fisici, al nome e alla nazionalità<sup>1029</sup>. Tale diritto è essenziale, dunque, per le relazioni di ogni individuo con il resto della società e per la sua comprensione del mondo esterno e del suo posto in esso.

La Corte ha sottolineato l'importanza dei legami biologici e familiari per lo sviluppo dell'identità individuale in *Contreras et al v. El Salvador*, sostenendo che:

«Personal identity is intimately linked to the person in his or her specific individuality and private life, both of which are based on an historical and

---

<sup>1028</sup> IACHR, *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, Merits, Reparations and Costs, 1° marzo 2005, *Dissenting Opinion of Cançado Trindade*, par. 14: «This right also has an important cultural (in addition to social, family, psychological and spiritual) content, and is essential for relationships between each individual and the rest of society, and even for his understanding of the outside world, and his place in it».

<sup>1029</sup> IACHR, *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Ventura Robles*, par. 5.

*biological experience*, as well as the way in which each individual relates with others through the development of *social and family ties*»<sup>1030</sup>.

Inoltre, sebbene tale diritto abbia un'importanza chiave durante l'infanzia poiché è essenziale per lo sviluppo della persona, la Corte interamericana, similmente a quanto statuito dalla Corte europea, ha più volte ribadito che l'interesse a preservare e mantenere la propria identità non diminuisce con il trascorrere del tempo<sup>1031</sup>.

La Corte ha concepito, dunque, il diritto all'identità come un termine-ombrello che racchiude al proprio interno altri diritti espressamente riconosciuti dalla Convenzione americana. Questa posizione, del resto, era già stata espressa dal Comitato giuridico interamericano, un organo consultivo dell'Organizzazione degli Stati americani, cui è attribuito il compito di favorire lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale nel sistema interamericano, nel parere reso nel 2007 e riguardante proprio il diritto all'identità<sup>1032</sup>. In questo documento, si ritiene che il diritto all'identità possieda un nucleo centrale chiaramente identificabile che comprende al proprio interno il diritto al nome, alla nazionalità e alla tutela delle relazioni familiari<sup>1033</sup>. Tuttavia, si afferma che il diritto all'identità non possa essere confuso o ridotto alla mera somma di questi elementi, cui corrispondono specifici diritti riconosciuti dalla Convenzione. Al contrario, si sostiene che il diritto all'identità preesista agli stessi «as an indissoluble part of the original dignity of people, subject and fully entitled to basic rights and liberties, whose exercise the States are obliged to guarantee»<sup>1034</sup>. Pertanto, il diritto all'identità è considerato dal Comitato come un diritto autonomo, che non ammette sospensioni né deroghe e la cui esistenza non è subordinata a nessun altro diritto<sup>1035</sup>.

---

<sup>1030</sup> IACHR, *Contreras et al v. El Salvador*, Merits, Reparations and Costs, 31 agosto 2011, par. 113.

<sup>1031</sup> Ivi, 114.

<sup>1032</sup> Comitato giuridico interamericano, *The scope of the Right to Identity*, CJI/RES.137 (LXXI-0/07), 10 agosto 2007.

<sup>1033</sup> Ivi, par. 14.1-14.2.

<sup>1034</sup> Ivi, par. 12.

<sup>1035</sup> Ivi, par. 18.

## 5.2 La ricostruzione del diritto all'identità nella giurisprudenza della Corte interamericana

La prima controversia in cui il diritto all'identità sarebbe potuto teoricamente venire in rilievo è il caso *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*<sup>1036</sup>, originato dalla cattura e successiva scomparsa di due sorelle, di 3 e 7 anni, a opera di alcuni soldati salvadoregni nel giugno del 1982. I fatti risalivano dunque al conflitto armato interno avvenuto nel paese. Se la Corte non si è pronunciata riguardo la sparizione forzata e sulle violazioni degli artt. 17 (diritti della famiglia), 18 (diritto al nome) e 19 (diritti dell'infanzia) – poiché El Salvador aveva accettato la sua giurisdizione solo per fatti avvenuti dopo il 6 giugno 1995 –, nelle rispettive opinioni dissenzienti il giudice Cançado Trindade e Ventura Robles hanno sostenuto che, così facendo, l'organo giurisdizionale aveva perso un'occasione storica.

In relazione al diritto all'identità, i due giudici hanno evidenziato che, sebbene il sistema interamericano non lo tuteli espressamente, lo stesso troverebbe il proprio fondamento normativo in diverse disposizioni della Convenzione e, in particolare, potrebbe essere ricavato, a seconda dei casi, per via interpretativa da differenti previsioni: dal diritto alla personalità giuridica (art. 3), alla vita (art. 4), all'integrità personale (art. 5), alla tutela della vita privata e della dignità (art. 11), dai diritti della famiglia (art. 17) e dell'infanzia (art. 19) e, infine, dal diritto al nome (art. 18) e alla nazionalità (art. 20). Sulla base di una valutazione caso per caso, per i giudici, potrebbe sussistere una violazione del diritto all'identità in presenza della violazione di una o più di tali disposizioni<sup>1037</sup>.

È in *Gelman v. Uruguay* che la Corte ha riconosciuto espressamente, per la prima volta, il diritto all'identità. La controversia era stata originata dall'arresto a Buenos Aires, ad opera di militari, di una donna in avanzato stato di gravidanza che era stata rinchiusa in un centro di detenzione, torturata e poi trasferita clandestinamente a Montevideo<sup>1038</sup>.

---

<sup>1036</sup> Per un commento del caso si veda: E. Barahona, M. Gutiérrez, 'Impact of the Inter-American Human Rights System in the Fight Against Impunity for Past Crimes in El Salvador and Guatemala' in P. Engstrom (a cura di), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 247-271.

<sup>1037</sup> IACHR, *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, Merits, Reparations and Costs, 1° marzo 2005, *Dissenting Opinion of Cançado Trindade*, par. 15; *Dissenting Opinion of Judge Ventura Robles*, par. 7.

<sup>1038</sup> Era in corso in Uruguay una dittatura militare (1973-1975) durante la quale le forze di sicurezza del Paese, in collaborazione con le autorità argentine, si resero protagoniste di una pratica sistematica di gravi violazioni dei diritti umani.



Proprio in Uruguay, la donna aveva dato alla luce una bambina che era stata illegalmente consegnata a un agente di polizia locale che l'aveva registrata, insieme alla moglie, come sua figlia<sup>1039</sup>.

Per la Corte, le circostanze del caso rivelavano che la violazione dell'integrità personale della ricorrente era da considerarsi una conseguenza della sparizione forzata della madre, della violazione del suo diritto a conoscere la verità circa la propria identità e della mancanza di indagini efficaci per accertare i fatti, che avevano generato sentimenti di frustrazione, impotenza e angoscia<sup>1040</sup>. La Corte, inoltre, in questa sentenza ha introdotto un concetto chiave in relazione alla tutela del diritto all'identità. Ha riconosciuto infatti che queste circostanze avevano influito sul "progetto di vita" della signora Gelman, poiché la stessa aveva preso coscienza della sua vera identità solo raggiunti i 24 anni di età. La nozione di "progetto di vita" è affine a quella di realizzazione personale che, a sua volta, per la Corte si fonda sulle opzioni che un individuo ha di condurre la propria vita come desidera. Tali possibilità sono la manifestazione e la garanzia della libertà dell'individuo e hanno un importante valore esistenziale<sup>1041</sup>. Nell'ermeneutica della Corte, infatti, il piano di vita è strettamente connesso con il pieno sviluppo dell'autonomia personale e dell'identità<sup>1042</sup>.

La sequenza di azioni che avevano avuto luogo nel caso di specie – tra cui il rapimento della minore da parte degli agenti statali affinché potesse essere cresciuta da un'altra famiglia, la modifica della sua identità, la mancanza di informazioni fornite alla sua famiglia biologica su dove fosse e i tentativi di nascondere i fatti e impedire il ripristino del rapporto con i suoi familiari – hanno costituito, per la Corte, un fatto complesso che ha comportato una serie di azioni illegali e violazioni dei diritti che hanno leso il diritto

---

<sup>1039</sup> IACHR, *Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, 24 febbraio 2011, par. 107.

<sup>1040</sup> Ivi, par. 118.

<sup>1041</sup> IACHR, *Loayza Tamayo v. Peru*, Reparations and Costs, 27 novembre 1998, Series C No 42, par. 147-148: «The concept of a "life plan" is akin to the concept of personal fulfilment, which in turn is based on the options that an individual may have for leading his life and achieving the goal that he sets for himself. Strictly speaking, those options are the manifestation and guarantee of freedom. An individual can hardly be described as truly free if he does not have options to pursue in life and to carry that life to its natural conclusion. Those options, in themselves, have an important existential value. Hence, their elimination or curtailment objectively abridges freedom and constitutes the loss of a valuable asset, a loss that this Court cannot disregard».

<sup>1042</sup> Si veda anche IACHR: *Atala Riffo and daughters v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, 24 febbraio 2012, Series C No 239, par. 133; *Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, 28 novembre 2012, Series C No 257, par. 283; *I.V. v Bolivia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, 30 novembre 2016, Series C No 329, par. 220.

all'identità della ricorrente<sup>1043</sup>. L'organo ha dunque reinterpretato i diritti riconosciuti negli artt. 7, 17 e 18 della Convenzione americana alla luce del *corpus iuris* internazionale e, in particolar modo, dell'art. 8 della Convenzione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. È questa la base giuridica da cui è stato ricavato il diritto all'identità che non è espressamente stabilito nella Convenzione<sup>1044</sup>.

Così la Corte ha chiarito che il diritto alla protezione della famiglia e a vivere al suo interno, riconosciuto dall'art. 17 della Convenzione, implica che lo Stato deve favorire, in senso lato, lo sviluppo e il rafforzamento del nucleo familiare. Per non ledere l'art. 17, la separazione di un minore dalla famiglia deve essere debitamente giustificata, deve rispondere all'interesse superiore del minore ed essere, ove possibile, temporanea. Nel caso di specie, c'era stata un'ingerenza illecita nella famiglia biologica della ricorrente da parte dello Stato che aveva reso impossibile, pur essendo a conoscenza dei fatti, il ricongiungimento familiare<sup>1045</sup>.

Inoltre, si era registrata la violazione del diritto al nome (art. 18) della ricorrente. Il nome costituisce infatti un elemento essenziale dell'identità di una persona e ne consente il riconoscimento nella società e la validazione formale del legame con la famiglia. Ciò che era in gioco non era il nome in sé, ma in quanto espressione dell'identità personale che designa l'individuo, che con esso si identifica e con il quale esercita e difende i propri diritti individuali<sup>1046</sup>. Le generalità della ricorrente, invece, erano state modificate come mezzo per sopprimere la sua identità e tenere segreta la sparizione forzata della madre per oltre 23 anni. Infine, vi era stata anche una violazione della sua libertà personale. L'art. 7 della Convenzione, come interpretato dalla Corte, infatti, implica la facoltà di tutti gli esseri umani di scegliere liberamente le circostanze e le opzioni riguardanti la propria esistenza.

La Corte di San José ha poi chiarito che la situazione di un minore la cui identità familiare è stata illegalmente alterata e causata dalla sparizione forzata di un genitore, come nel caso di specie, cessa solo quando la verità su tale identità viene rivelata e alla

---

<sup>1043</sup> IACHR, *Gelman v. Uruguay*, cit., par. 120.

<sup>1044</sup> Ivi, par. 122. Si vedano anche: IACHR, *Juridical Condition and Human Rights of the Child, Advisory Opinion OC-17*, 28 agosto 2002, Series A No. 17, par. 24; *Report: The children and their rights in the Inter-American Human Rights Protection*, OEA/Ser. Doc L/V/II.133 34, Washington, 2008, par. 43-44.

<sup>1045</sup> Ivi, par. 125.

<sup>1046</sup> C. Fernández Sessarego, *Derecho a la Identidad Personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 99.

vittima vengono garantiti i mezzi per recuperare la sua vera identità e, se del caso, un rapporto familiare, con i relativi effetti giuridici che ne conseguono<sup>1047</sup>.

Le stesse conclusioni sono state reiterate nel caso *Contreras et al. v. El Salvador*. L'organo ha ribadito che il diritto all'identità non è espressamente previsto nella Convenzione americana. Tuttavia, l'interpretazione sistemica ex articolo 31 della Convenzione di Vienna e il divieto di interpretazione restrittiva di cui all'art. 29, lett. c) della Convenzione interamericana – che consente di interpretare il catalogo convenzionale alla luce del «corpus juris of international human rights law» – permettono di ricostruirlo dall'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>1048</sup>. Nel caso di specie, la violazione del diritto all'identità era avvenuta attraverso una serie di atti illeciti e violazioni dei diritti che avevano impedito il ricongiungimento dei ricorrenti con le famiglie di origine e che si erano tradotti nella lesione del diritto all'identità. Tali violazioni possono comprendere la sottrazione del bambino dal suo ambiente familiare e culturale, la registrazione con un nome diverso, la modifica dei dati personali identificativi e la loro sostituzione con informazioni false, l'educazione del minore in un ambiente culturale, sociale religioso e linguistico diverso da quello di origine<sup>1049</sup>. La Corte ha aggiunto che, in questi casi, si può riscontrare una violazione del diritto alla vita privata (art. 11) e del diritto al nome e alle relazioni familiari (artt. 18 e 17), qualora lo Stato non adotti alcuna misura per riunire i ricorrenti, che nel caso di specie erano stati rapiti quando erano bambini, con le loro famiglie e ristabilirne l'identità<sup>1050</sup>.

## **6. La protezione internazionale e regionale del diritto a conoscere le proprie origini: una sintesi**

Il diritto a conoscere le proprie origini è stato interpretato dai vari meccanismi internazionali o regionali considerati come una delle dimensioni del più ampio diritto a tutelare la propria identità. Conoscere l'identità dei propri genitori biologici e le

---

<sup>1047</sup> Ivi, par. 131.

<sup>1048</sup> IACHR, *Contreras et al v. El Salvador*, cit., par. 112: «Consequently, in the circumstances of this case, and taking into consideration the context of the terms of the American Convention, interpreted in light of Article 31 of the Vienna Convention, the Court finds that the series of violations of the rights established in the American Convention that were analyzed constitute a violation of the right to identity, which is inherent in the human being, and is stipulated expressly in the Convention on the Rights of the Child».

<sup>1049</sup> Ivi, par. 116.

<sup>1050</sup> Ivi, par. 117.

condizioni della propria nascita sono state infatti giudicate informazioni così centrali nel processo di costruzione identitaria degli individui coinvolti da far sorgere un “interesse vitale” a esserne edotti. Si tratta, pertanto, di un diritto strettamente correlato allo sviluppo della personalità e all’autodeterminazione del soggetto.

Tale diritto è stato espressamente riconosciuto dalla Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza e ricavato, in via interpretativa, dalla Corte europea e dalla Corte interamericana dei diritti umani. Tuttavia, permangono delle differenze nella sua applicazione in questi diversi regimi. Il Comitato sui diritti dell’infanzia ha infatti interpretato il diritto del minore a conoscere tutti gli individui che hanno con lui una connessione biologica o gestazionale come un *diritto assoluto*. Vigè la presunzione che l’accesso alle informazioni sulle proprie origini sia nell’interesse superiore del minore che deve potervi accedere una volta raggiunto un grado di sviluppo adeguato, prima del raggiungimento della maggiore età. Pratiche come i parti anonimi e le *baby boxes* sono state al contrario considerate in contrasto con la Convenzione: al minore è stata infatti riconosciuta una chiara e incondizionata priorità e non vi è stato alcun tentativo di operare un bilanciamento con l’interesse dell’anonimato della madre.

Diversamente, la Corte europea dei diritti umani ha dovuto fare i conti con una Convenzione elaborata in un’epoca in cui la sensibilità verso il tema non si era ancora sviluppata e, pertanto, ha ricostruito il relativo diritto in via interpretativa da una disposizione quale l’art. 8 che, per sua stessa natura, dal momento che ammette limitazioni nel godimento dei diritti, impone la necessità di operare un maggiore sforzo di *bilanciamento* tra gli interessi coinvolti. La nozione tradizionale di vita privata è stata estesa dalla Corte fino a coprire una vasta gamma di manifestazioni della personalità e dell’identità sociale dell’individuo, incluso il diritto di stabilire relazioni con altri esseri umani e i dettagli della propria identità. Conoscere l’identità dei propri genitori, le circostanze della propria nascita, poter determinare la relazione giuridica con i propri ascendenti sono stati ritenuti diritti di rilevanza centrale per lo sviluppo della personalità, che hanno implicazioni formative per la costruzione della propria identità. Si tratta inoltre di un interesse che non decresce con l’età. Lo stesso permette, infatti, di scoprire la verità biologica sul proprio Sé: per la Corte, le autorità nazionali non devono consentire che la *realtà giuridica* contraddica la *realtà biologica*.

Proprio perché il diritto all'identità costituisce un aspetto cruciale della vita privata il margine di apprezzamento statale è ristretto ed è richiesto un esame rigoroso per soppesare gli interessi, pubblici e privati, confliggenti. Tuttavia, a differenza del Comitato, la Corte europea ha operato un bilanciamento con il diritto al rispetto della vita privata della madre nei casi di parto anonimo. La composizione degli interessi in gioco in questo caso è garantita, per la Corte, dall'accesso alle informazioni sanitarie e non identificative sui genitori biologici e dalla presenza di meccanismi di controllo che permettano, come nel caso francese, di verificare nel tempo se permane il desiderio di anonimato della madre o se possa essere rimossa la confidenzialità.

A livello regionale interamericano, invece, le vicende storiche del continente e, in particolare, il frequente ricorso a sparizioni forzate di oppositori politici da parte dei regimi dittatoriali alla guida di alcuni Stati, hanno portato la Corte interamericana a riconoscere il *diritto all'identità* in casi di sottrazioni di minori. Tale diritto, legato all'evoluzione della personalità dell'individuo, comprende al proprio interno una pluralità di aspetti che consentono di costruire la propria storia personale e che permettono al soggetto di essere individuato nella sua unicità nella società. Tra questi figurano: la registrazione al momento della nascita, il diritto al nome, la conoscenza delle origini biologiche e il mantenimento dei legami con i propri genitori. Tale diritto è stato, poi, strettamente connesso alla tutela del cd. "progetto di vita" personale: ogni individuo deve poter essere libero di condurre la propria vita come desidera in autonomia e senza interferenze da parte dello Stato.

Il diritto all'identità non è previsto espressamente dalla Convenzione interamericana ma è stato ricostruito dalla Corte nella sua attività interpretativa come un diritto autonomo che non ammette sospensioni né deroghe e la cui esistenza non è subordinata alla violazione di alcun altro diritto della Convenzione. La base giuridica da cui derivare tale diritto è variata a seconda dei casi in cui è venuto in rilievo. È stato infatti ricavato, *inter alia*, dagli artt. 17 (diritti della famiglia), 18 (diritto al nome) e 20 (diritto alla nazionalità) della Convenzione americana.



## SEZIONE III

### L'IMPATTO DI INNOVAZIONI TECNOLOGICHE SUL DIRITTO ALL'IDENTITÀ

#### **7. Rivoluzione riproduttiva: quali ricadute sull'identità dei concepiti?**

Le tecnologie di riproduzione assistita sono trattamenti che consentono la manipolazione *in vitro* di gameti o embrioni al fine di dar luogo a una gravidanza. È un fenomeno in crescita costante, che assume sempre più dimensione e rilevanza internazionali: basti pensare al fatto che, dal 1978 ad oggi, sono più di 8 milioni i bambini nati attraverso il ricorso a queste tecniche<sup>1051</sup>. Si tratta di una rivoluzione che non solo ha permesso, come l'adozione, di creare famiglie che altrimenti non sarebbero potute esistere ma anche di creare dei legami biologici con la prole: in tal modo, coppie dello stesso sesso, genitori single e donne che hanno superato l'età fertile hanno la possibilità di concepire bambini che abbiano con loro una correlazione genetica<sup>1052</sup>.

Per quanto riguarda l'oggetto di questa indagine, il diritto dei concepiti attraverso le tecniche di riproduzione assistita di conoscere le proprie origini genetiche diviene particolarmente rilevante nei casi di riproduzione eterologa<sup>1053</sup>. In queste ipotesi, infatti, il materiale genetico è donato o la gravidanza è portata avanti da individui diversi rispetto ai genitori intenzionali, che si prenderanno cura del futuro bambino.

L'analisi si concentrerà prima di tutto sul diritto a conoscere le proprie origini nei casi di donazione di gameti (par. 7.1). In particolar modo, ci si chiederà se garantire l'anonimato dei donatori costituisca o meno una lesione dell'interesse del concepito e non sia in contrasto con l'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da cui la Corte EDU ha ricavato, come ricostruito nelle pagine precedenti, il diritto a conoscere le proprie origini.

---

<sup>1051</sup> A. Pinborg, 'Short- and Long-term Outcomes in Children Born after Assisted Reproductive Technology', in *International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 125, 2018, pp.145-48.

<sup>1052</sup> M. Sabatello, 'Are the Kids All Right? A Child-Centered Approach to Assisted Reproductive Technologies', in *Netherlands Quarterly Human Rights*, Vol. 31, 2013, p. 75.

<sup>1053</sup> Questi metodi includono la fecondazione eterologa, la donazione di embrioni e la maternità surrogata in cui di solito viene impiantato l'ovocita di una terza donatrice (diversa dalla madre surrogata e da quella che diventerà la madre sociale).

Successivamente (par. 8), l'indagine si concentrerà sulla gestazione per altri e i profili di rilevanza per la tutela dell'identità del concepito.

### *7.1 Donazioni anonime: pro e contro e la diversità della prassi in Europa*

Anche nel caso di concepimento tramite tecniche di riproduzione assistita è possibile rinvenire due dimensioni del diritto a conoscere le proprie origini genetiche: l'aspetto medico e quello identitario in senso stretto. In entrambi i casi, i sostenitori delle donazioni anonime ritengono che tale pratica non sia in contrasto con l'interesse del concepito.

In effetti, il primo profilo non risulta problematico. È certamente nel migliore interesse della persona concepita tramite riproduzione assistita avere accesso all'anamnesi familiare completa e le politiche di sostegno all'anonimato dei donatori non impongono il divieto di svelare tali informazioni. Al contrario, tendenzialmente, i donatori di gameti hanno l'obbligo di sottoporsi a screening genetici e di fornire aggiornamenti sul proprio stato di salute. Pertanto, da questo punto di vista, non esiste un conflitto tra esigenze di tutela dell'anonimato dei donatori e della salute dei concepiti<sup>1054</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto identitario, i sostenitori dell'anonimato evidenziano che, se è vero che la formazione della propria identità costituisce un interesse vitale anche del concepito tramite donazioni, questo processo dipende da un insieme di fattori, sociali e culturali, che trascendono il patrimonio genetico. Il diritto di conoscere le proprie origini genetiche, invece, porrebbe l'accento in maniera eccessiva e malsana sul ruolo della biologia nell'edificazione dell'identità personale, sottintendendo una superiorità delle famiglie biologiche: tali informazioni, invece, non sono ritenute centrali per lo sviluppo della personalità dell'individuo<sup>1055</sup>. In tal modo, l'abolizione dell'anonimato contribuirebbe alla stigmatizzazione più che al benessere del concepito<sup>1056</sup>.

Al contrario, vi sono studi scientifici che dimostrano che l'incertezza circa la propria eredità biologica può compromettere il processo di formazione del sé e causare quello

---

<sup>1054</sup> I. De Melo-Martin, 'The ethics of anonymous gamete donation', in *Hasting Center Report*, Vol. 2, 2014, pp. 28-33.

<sup>1055</sup> Per una ricostruzione si veda: S. Allan, *Donor Conception and the Search for Information: From Secrecy and Anonymity to Openness*, Routledge, London, 2017.

<sup>1056</sup> Si vedano: G. Cohen, 'Sperm and Egg Donor Anonymity', in L. Francis (a cura di), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2016; G. Cohen, 'Sperm Donor Anonymity and Compensation: An Experiment with American Sperm Donors', in *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3(3), 2016, pp. 468-88.



che viene definito un «genealogical bewilderment»<sup>1057</sup>. Del resto, anche l'esperienza accumulata nel campo delle adozioni "chiuse" ha dimostrato come ignorare il proprio patrimonio biologico possa rivelarsi fallimentare in alcuni casi<sup>1058</sup>.

Inoltre, se è vero che non tutti i concepiti tramite donazione di gameti considereranno quest'aspetto cruciale per la formazione della propria identità e della propria narrazione personale, di certo privarli *tout court* della possibilità di ottenere informazioni sulle proprie origini genetiche costituirebbe un torto per tutti<sup>1059</sup>. Negare questo diritto ai concepiti tramite donazione di gameti da parte di terzi costituirebbe dunque una lesione della loro autonomia personale<sup>1060</sup>.

Per di più, non solo il diritto di conoscere le proprie origini non comporta di per sé la stigmatizzazione delle famiglie tra i cui membri non c'è correlazione genetica, al contrario appare compatibile con il riconoscimento del fatto che una pluralità di strutture familiari può costituire uno ambiente adatto allo sviluppo dei bambini<sup>1061</sup>. Come ricordato all'inizio del capitolo, il diritto a conoscere le proprie origini è posto a garanzia del diritto del minore e dell'adulto – in questo concepito tramite donazione di gameti – di scegliere che significato attribuire nella propria vita alla componente dell'origine e della parentela genetica nella costruzione e nella comprensione del Sé e dunque di decidere, autonomamente, se avere accesso o meno alle informazioni sui donatori<sup>1062</sup>.

In tal modo, non si intende in alcun modo sottostimare la rilevanza delle componenti non biologiche nella formazione dell'identità personale ma si riconosce che entrambe hanno un distinto e intrinseco valore morale<sup>1063</sup>. Del resto, è innegabile che, indipendentemente dall'immediata separazione – o per meglio dire, dalla totale assenza di interazioni – tra donatori di gameti e i concepiti per mezzo di tali donazioni, vi è tra

---

<sup>1057</sup> K. Leighton, 'Addressing the Harms of Not Knowing One's Heredity: Lessons from Genealogical Bewilderment', in *Adoption & Culture*, Vol. 3, 2012, pp. 63-102.

<sup>1058</sup> R. Chisholm, 'Information Rights and Donor Conception: Lessons from Adoption?', in *Journal of Law and Medicine*, Vol. 19(4), 2012, pp. 722-41.

<sup>1059</sup> V. Ravitsky, 'Autonomous Choice and the Right to Know One's Genetic Origins', in *Hastings Center Report*, 2014, p. 36; M. Cowden, 'No Harm, No Foul: A Child's Right to Know Their Genetic Parents', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 26, 2012, pp. 102-26.

<sup>1060</sup> V. Ravitsky, 'The Right to Know One's Genetic Origins and Cross-Border Medically Assisted Reproduction', in *Israel Journal of Health Policy Research*, Vol. 6, 2017, p. 3.

<sup>1061</sup> K. Wade, 'Reconceptualizing the Interest in Knowing One's Origins', cit., p. 747.

<sup>1062</sup> Si veda V. Ravitsky, 'Knowing Where You Come From: The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness', in *Minnesota Journal of Law and Scientific Technology*, Vol. 11(2), 2010, pp. 655-84.

<sup>1063</sup> T. C. de Campos, C. Milo, 'Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins', cit., p. 176.

loro un legame permanente e insostituibile. Questo è dato dalla condivisione del materiale genetico che incide sulla formazione – iniziale – del soggetto. Come sostenuto, infatti: «the [genetic] parents' combined gametes are the material and partial formal cause of their child's existence and identity as a human organism, which in turn is the basis of that child's overall continuity of personal identity over time»<sup>1064</sup>.

Va però riconosciuto che rispetto alle ipotesi tradizionali di parti e adozioni anonime, i genitori genetici hanno un ruolo marginale e contribuiscono meno allo sviluppo della personalità individuale: non c'è alcuna storia biografica da ricostruire, i donatori sono consapevoli del proprio ruolo sin dall'inizio e scelgono di donare i propri gameti consentendo ad altri di divenire genitore<sup>1065</sup>. Ciò però non intacca il diritto dei concepiti di voler conoscere le proprie origini genetiche.

Al contempo, bisogna considerare anche le criticità che deriverebbero dell'accesso retrospettivo alle informazioni riguardanti l'identità del genitore biologico, qualora allo stesso fosse stato garantito l'anonimato al momento della donazione. In questi casi, l'introduzione di una modifica legislativa – che difficilmente potrebbe dirsi prevedibile – che consenta il rilascio non consensuale e retrospettivo di informazioni riguardanti l'identità del donatore è assai problematica poiché andrebbe inevitabilmente a costituire una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata. Ciò soprattutto nell'ipotesi in cui la garanzia dell'anonimato abbia costituito una precondizione per decidere se donare o meno i propri gameti.

In tema di anonimato o meno delle donazioni di gameti, vi è una pratica piuttosto diversificata in Europa<sup>1066</sup>. Il diritto a conoscere l'identità dei donatori è oggi stato riconosciuto a livello nazionale in diversi Stati, tra cui Austria, Finlandia, Germania, Paesi Bassi, Norvegia, Regno Unito e Svezia<sup>1067</sup>. La legislazione più avanzata la si trova però

---

<sup>1064</sup> M. Moschella, 'Natural Law, Parental Rights and Education Policy', in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59(2), 2014, p. 205.

<sup>1065</sup> L. Busatta, S. Penasa, 'Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins', cit., 199.

<sup>1066</sup> Per una disamina dei differenti approcci a livello nazionale si rimanda a: R. Lukaszewicz, 'The Scope of Donor-Conceived Person's Right to Access Information about the Gamete Donor in Europe - A Comparative Review', in *Journal of Politics and Law*, Vol. 13, 2020, pp. 88-98.

<sup>1067</sup> Austria: *Reproductive Medicine Act*, 1992, emendato nel 2004 e nel 2015; Finlandia: *Act on Assisted Fertility Treatment*, 2006; in Germania è stata la Corte costituzionale a sostenere che tutti hanno il diritto di ottenere informazioni sul proprio patrimonio genetico: *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR Jan. 18, 1988, docket no. 1 BvR 1589/87; Paesi Bassi: *Assisted Insemination (Donor Data) Act* 2002, Art. 3; Norvegia: *Act on Biotechnology*, 2003; Regno Unito: *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information)*, *Regulations 2004/1511*, 2005; Svezia: *Genetic Integrity Act* 2006, capitolo 6.

in Irlanda, dove il *Children and Family Relationship Act* del 2015 non solo vieta completamente le donazioni anonime, ma impone addirittura allo Stato l'obbligo di informare il nato da donazione di gameti delle modalità in cui è avvenuto il proprio concepimento, qualora lo stesso richieda un certificato di nascita raggiunta la maggiore età<sup>1068</sup>. Continuano invece a difendere strenuamente l'anonimato delle donazioni Paesi come la Spagna<sup>1069</sup>, mentre in altri, come la Danimarca, è previsto un regime ibrido, in cui spetta ai genitori che decidono di avvalersi di tecniche di riproduzione assistita scegliere se prevedere che i donatori siano identificabili o meno.

Che si tratti di una questione altamente dibattuta e rilevante nel continente europeo è testimoniato anche dalla Raccomandazione presentata nell'aprile 2019 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa al Comitato dei ministri. Nella stessa si auspica che l'uso di gameti donati in forma anonima venga proibito *pro futuro*<sup>1070</sup>. Al contrario, l'organo ha sostenuto che l'anonimato, laddove previsto a livello nazionale, non venga revocato retroattivamente, salvo casi di rinuncia o per motivi medici. Nella raccomandazione, il diritto a conoscere le proprie origini è descritto come parte integrante del diritto al rispetto della vita privata e, seppur si riconoscono gli interessi di tutte le parti, il concepito viene considerato la più vulnerabile<sup>1071</sup>.

La risposta del Comitato dei Ministri è stata piuttosto tiepida: vista la grande diversità delle pratiche tra gli Stati membri e l'estrema delicatezza della questione, ha ritenuto che qualsiasi proposta di regolazione non dovrebbe essere giuridicamente vincolante. L'organo, infatti, ha asserito che, altrimenti, potrebbero esserci delle conseguenze negative sull'entità delle donazioni, sul destino dei gameti donati prima del mutamento nella legislazione e in termini di impatto che queste informazioni potrebbero avere sulle parti coinvolte<sup>1072</sup>. Anche da questo profilo, dunque, il tema risulta da un lato di grande interesse e bisognoso di regolamentazione, dall'altro profondamente divisivo.

---

<sup>1068</sup> *Children and Family Relationships Act*, 2015, Sections 33-39.

<sup>1069</sup> J. Herrmann, 'Anonymity and Openness in Donor Conception: The New Danish Model', in *European Journal of Health Law*, Vol. 20, 2013, pp. 505-511; G. Pennings, 'The Double Track Policy for Donor Anonymity', in *Human Reproduction*, Vol. 12, 1997, pp. 2839-2844; L. Poli, 'Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale', in *GenJUS*, Vol. 1, 2016, pp. 43-55.

<sup>1070</sup> CoE, Assemblea Parlamentare, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Recommendation 2156, 2019.

<sup>1071</sup> Ivi, par 3.

<sup>1072</sup> CoE, Comitato dei Ministri, *Reply to Recommendation: Recommendation 2156 (2019)*, 9 ottobre 2019.

### 7.1.1 Analisi alla luce della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

Considerati insieme, gli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza costituiscono un forte argomento a supporto del riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini anche a favore dei concepiti tramite donazione di gameti. Infatti, sebbene questa interpretazione non risponda certamente alle intenzioni originarie dei redattori della Convenzione, il Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza ha ripetutamente interpretato tali articoli come volti a estendere i diritti posti a tutela dello sviluppo e della formazione dell'identità, a partire dall'accesso alle informazioni sulle proprie origini biologiche, non solo agli adottati, ma anche ai nati tramite donazioni di gameti. Se è vero che la dizione “as far as possible” suggerisce, come si è visto, che può esserci una pluralità di casi in cui l'identità dei genitori biologici possa essere sconosciuta – inclusi quelli in cui sia lo Stato stesso a decidere che non debbano essere identificabili (i cd. “state-approved secrecy”<sup>1073</sup>) e i casi in cui la legge nazionale impone o consente le donazioni anonime ricadono proprio in questa fattispecie –, il Comitato ha ritenuto che vi sia una incompatibilità tra queste politiche e l'art. 7.

Ad esempio, nelle sue *Osservazioni Conclusive* sulla Norvegia, il Comitato ha evidenziato, già nel 1994, la contraddizione tra la politica dello Stato riguardante l'anonimato dei donatori di sperma e il diritto del minore a conoscere le proprie origini *ex art. 7*<sup>1074</sup>. Ancora nel 2002, il Comitato ha espressamente riconosciuto che il diritto di conoscere l'identità dei propri genitori biologici si estende ai nati con tecniche di riproduzione assistita<sup>1075</sup>. Più di recente, il Comitato lo ha ribadito nelle sue *Osservazioni conclusive* su Canada (2012)<sup>1076</sup> e Israele (2013)<sup>1077</sup> in cui ha asserito che, nella regolamentazione delle tecnologie di riproduzione assistita, gli Stati devono garantire al

---

<sup>1073</sup> R. Hodgkin, P. Newell, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, cit., p. 101.

<sup>1074</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Norvegia, CRC/C/15/Add. 23 1994, par. 10. Lo stesso è accaduto in: CRC Committee, *Concluding Observations*: Danimarca, CRC/C/15/Add. 33, 1995, par. 11.

<sup>1075</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Regno Unito, CRC/C/15/Add. 188, 2002, par. 8: «While noting the recent Adoption and Children Bill (2002), the Committee is concerned that children born out of wedlock, adopted children, or *children born in the context of a medically assisted fertilization* do not have the *right to know the identity of their biological parents*».

<sup>1076</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Canada CRC/C/CO/3-4, 2012.

<sup>1077</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Israele, CRC/C/ISR/CO/2-4, 2013.

minore il rispetto del diritto ad avere accesso alle informazioni circa le proprie origini genetiche, tenendo in primaria considerazione il suo interesse superiore<sup>1078</sup>.

Si può notare pertanto che la prassi del Comitato è coerente con le linee argomentative sviluppate riguardo alle nascite anonime e alle adozioni. Dall'art. 7, pertanto, deriva l'obbligo per gli Stati di proibire le donazioni anonime. Per essere compatibile con gli artt. 7 e 8, come interpretati dal Comitato, la legislazione in materia deve infatti essere centrata sul minore e non sugli adulti. Il diritto a conoscere le proprie origini, pertanto, deve avere la precedenza in caso di contrasto con il diritto alla privacy rivendicato dai donatori.

Inoltre, l'argomento per cui l'anonimato va mantenuto per non incorrere in una contrazione delle donazioni – evocato anche dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – e, dunque, della possibilità degli individui senza figli di ricorrere alla fecondazione assistita non può essere ritenuto condivisibile per due ragioni. In primo luogo, studi condotti in Stati come la Gran Bretagna e la Svezia in cui l'anonimato è proibito mostrano che, a fronte di un decremento iniziale, le donazioni hanno poi raggiunto livelli comparabili a quelli del periodo precedente l'introduzione del divieto<sup>1079</sup>. Perdipiù, anche se questa ipotesi si rivelasse corretta, continuare a consentire l'anonimato dei donatori vorrebbe dire sacrificare l'interesse superiore del minore e la tutela della sua identità, pur di soddisfare il desiderio dei genitori intenzionali, cui non corrisponde un diritto internazionalmente garantito di ricorrere alle tecnologie riproduttive per concepire un bambino<sup>1080</sup>. Infine, va precisato che l'art. 7 non prevede il diritto del concepito tramite donazioni di “essere accudito” dai genitori genetici, ma solo di conoscere le proprie origini. Pertanto, spetterà poi alla legislazione nazionale proteggere i donatori da cause di mantenimento o di riconoscimento<sup>1081</sup>.

In conclusione, dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza deriva l'obbligo per le Parti che consentono l'accesso ai servizi di assistenza riproduttiva di garantire l'accesso alle informazioni che consentiranno al concepito di realizzare i propri

---

<sup>1078</sup> CRC Committee, *Concluding Observations*: Svizzera, CRC/C/CHE/CO/2-4, 2015.

<sup>1079</sup> A. Cameron, 'De-Anonymising Sperm Donors in Canada: Some Doubts and Directions', in *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 26, 2010, pp. 95-148.

<sup>1080</sup> R. Hodgkin, P. Newell, *The Implementation Handbook*, cit., 108.

<sup>1081</sup> D. Lyons, 'Domestic Implementation of the Donor-Conceived Child's Right to Identity in Light of the Requirements of the UN Convention on the Rights of the Child', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 32, 2018, pp. 1-26.

diritti correlati all'identità. Al contrario, si registrerebbe un'interferenza con tali diritti priva di una giustificazione ragionevole<sup>1082</sup>.

Un ultimo aspetto sul quale si vuole richiamare l'attenzione è che nel caso dei nati attraverso tecniche di riproduzione assistita sono i genitori gli unici a detenere l'autorità di scegliere se, quando e come rivelare alla prole le modalità del proprio concepimento. I dati oggi dimostrano che sono soprattutto le coppie eterosessuali che hanno fatto ricorso a donazioni di gameti da parte di terzi ad avere la tendenza a non rivelare le circostanze del concepimento. Nel timore di possibili conseguenze negative per l'equilibrio familiare, solo nel 17% dei casi viene detta ai figli la verità circa il proprio concepimento<sup>1083</sup>. Nelle coppie omogenitoriali e nelle famiglie monoparentali, invece, si registra una più spiccata propensione al disvelamento delle origini genetiche dei minori<sup>1084</sup>.

In tali situazioni, dunque, mancano a priori i presupposti per l'esercizio di tale diritto, poiché, anche qualora la legislazione nazionale contempra la possibilità di accedere a queste informazioni, i minori potrebbero non essere a conoscenza delle modalità del proprio concepimento. Tra le soluzioni proposte figurano la registrazione di questo dato sui certificati di nascita o la creazione di un registro attivo che preveda che il concepito venga contattato a un'età adeguata e sia informato delle modalità del proprio concepimento<sup>1085</sup>. Tuttavia, sono soluzioni controverse poiché costituirebbero un'interferenza nelle dinamiche familiari.

Si dovrebbe piuttosto sostenere una cultura di apertura e accettazione, sostenendo e incoraggiando con strumenti appropriati i genitori intenzionali a rivelare la verità<sup>1086</sup>. Infatti, se è vero che detenere le informazioni circa le modalità del proprio concepimento è una *conditio sine qua non* per l'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini, questa

---

<sup>1082</sup> J. Tobin, 'Donor Conceived Individuals and Access to Information about their Genetic Origins', cit., p. 20.

<sup>1083</sup> A. Brewaeys, 'Anonymous or Identity-Registered Sperm Donors? A Study of Dutch Recipients' Choices', in *Human Reproduction*, Vol. 20, 2004, p. 820.

<sup>1084</sup> M. Kirkam, 'Parents' Contributions to the Narrative Identity of Offspring of Donor-Assisted Conception', in *Social Science & Medicine*, Vol. 57, 2003, pp. 2229-42.

<sup>1085</sup> K. Wade, 'Reconceptualizing the Interest in Knowing One's Origins', cit., p. 749.

<sup>1086</sup> C. Jones, L. Frith, E. Blyth, J. Speirs, 'The Role of Birth Certificates in Relation to Access to Biographical and Genetic History in Donor Conception', in *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 17(2), pp. 207-233.

decisione è prerogativa dei genitori mentre gli Stati non svolgono che un ruolo residuale<sup>1087</sup>.

### 7.1.2 Corte europea e donazione di gameti

La questione dell'anonimato delle donazioni di gameti non è ancora stata affrontata direttamente dalla Corte europea dei diritti umani e la mancanza di una prassi diffusa in Europa e, dunque, di *consensus* potrebbe essere cruciale nell'analisi della Corte circa l'estensione del margine di apprezzamento dello Stato. Al momento sono pendenti due casi contro la Francia<sup>1088</sup>. In entrambi, i ricorrenti, dopo essere stati informati dalle rispettive famiglie di essere stati concepiti attraverso donazioni di sperma, hanno cercato di ottenere delle informazioni identificative e non identificative sul proprio padre biologico. Tali sforzi, però, sono stati vanificati dalla legge francese che impone l'anonimato delle donazioni e consente solo ai medici di fornire eventuali informazioni rilevanti a fini terapeutici. Tale normativa è stata considerata dai ricorrenti discriminatoria e concretante una violazione del diritto a conoscere le proprie origini, mentre per il Consiglio di Stato francese rappresentava un contemperamento dei diritti di tutti gli attori coinvolti<sup>1089</sup>.

Non ci sono dubbi che la tutela del diritto all'identità – ricavato dall'art. 8 della Convenzione – sia in gioco nei casi delle donazioni anonime e del diritto dei concepiti a conoscere le proprie origini genetiche. Questi ultimi hanno lo stesso interesse vitale a conoscere i propri genitori genetici e le circostanze della propria nascita che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte sui parti anonimi e sui casi di riconoscimento di paternità. Del resto, la Corte, come abbiamo visto, ha sempre posto particolare attenzione alle conseguenze sulla formazione e lo sviluppo della personalità dell'identità biologica. Pertanto, sebbene non abbia ancora avuto la possibilità di giudicare controversie riguardanti l'anonimato dei donatori, è ragionevole ritenere che la

---

<sup>1087</sup> L. Poli, 'Artificial Reproductive Technologies and the Right to the Truth', cit., p. 7. In Inghilterra, è la legislazione stessa a riconoscere l'importanza del rilascio di questa notizia, imponendo che i genitori siano edotti del fatto che è nell'interesse del minore concepito tramite donazioni di gameti conoscere le circostanze della propria nascita in un processo graduale che, idealmente, dovrebbe iniziare in giovanissima età (*Human Fertilisation and Embryology Act*, cit., sezione 14).

<sup>1088</sup> Corte EDU, *Gavin-Fournis c. Francia*, ricorso n. 45728/20; *Silliau c. Francia*, ricorso n. 45728/20.

<sup>1089</sup> Information Note 219, Case-law of the European Court of Human Rights, 2020.

Corte giudicherà i ricorsi ammissibili *ratione materiae*, considerando che la violazione lamentata dai ricorrenti rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 8.

A sostegno di questa ipotesi, è possibile richiamare il caso *SH c. Austria*<sup>1090</sup> che riguardava il divieto *tout court* di donazioni di sperma e ovuli e non direttamente l'anonimato delle donazioni. Eppure, uno degli argomenti avanzati dallo Stato convenuto a supporto della propria legislazione era costituito dal fatto che tale pratica avrebbe compromesso il diritto dei minori a conoscere le proprie origini. La Corte, a tal proposito, ha ribadito l'importanza dell'accesso a informazioni che permettano di disvelare la verità circa importanti aspetti dell'identità personale, tra cui l'identità dei propri genitori. Tuttavia, l'organo ha riconosciuto che tale diritto non è assoluto e che sarebbe spettato al legislatore individuare il corretto bilanciamento tra gli interessi contrastanti, quello eventuale del donatore all'anonimato e quello del concepito tramite procreazione artificiale<sup>1091</sup>. Si è trattato di un primo riconoscimento del fatto che la questione dell'anonimato delle donazioni ha a che fare con l'art. 8 e la tutela dell'identità personale del concepito.

Ci si può dunque chiedere se un regime che consente le donazioni anonime di gameti costituisca o meno una restrizione proporzionata dei diritti dei concepiti mediante tali tecniche o, se in questo caso, si possa ravvisare una violazione degli obblighi degli Stati. A questo scopo, è necessario condurre prima un'analisi della questione margine di apprezzamento degli Stati e poi dell'eventuale bilanciamento tra interessi pubblici e privati in gioco.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la giurisprudenza precedente suggerisce che nel caso delle donazioni anonime i due fattori che maggiormente influenzano l'ampiezza del margine di apprezzamento lo spingono in direzioni opposte. Da un lato, infatti, manca indubbiamente un *consensus* europeo circa la loro regolamentazione e la mancanza di una prassi uniforme nella legislazione degli Stati, di norma, porta la Corte ad accordare agli Stati una ampia discrezionalità<sup>1092</sup>. Per di più, in *SH c. Austria*, neppure l'individuazione di un *consensus* emergente è stato giudicato sufficiente a comprimerla: se lo stesso non si fonda, infatti, su principi consolidati e radicati nella legislazione degli Stati membri ma

---

<sup>1090</sup> Corte EDU, *SH v Austria*, ricorso n. 57813/00, 1° Aprile 2010.

<sup>1091</sup> *Ivi*, par. 83-4.

<sup>1092</sup> Corte EDU, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, 28 giugno 2007, par. 128; *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, 3 maggio 2011, par. 69.



riflette uno stadio di sviluppo in un campo particolarmente dinamico e che solleva delicate questioni morali ed etiche, gli Stati si trovano in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per decidere come tener conto dei molteplici interessi in gioco<sup>1093</sup>.

Tuttavia, come è già emerso nei casi analizzati finora e come emergerà in quelli riguardanti la maternità surrogata che saranno analizzati nel prossimo paragrafo, quando l'interferenza riguarda un aspetto centrale per l'identità dell'individuo, tale margine può essere legittimamente ristretto<sup>1094</sup>. Del resto, in presenza di donazioni anonime, il diritto all'identità sarebbe violato in maniera significativa dal momento che, a differenza dei casi di gestazione per altri che verranno analizzati, in cui i minori sono a conoscenza dell'identità del proprio padre biologico e chiedono il riconoscimento del rapporto giuridico con lo stesso, ai concepiti tramite riproduzione assistita sarebbe preclusa ogni possibilità di conoscere la verità circa le proprie origini genetiche e l'identità dei propri genitori.

Il secondo aspetto da considerare è quello del bilanciamento tra gli interessi in gioco. Le argomentazioni che, infatti, potrebbero essere avanzate dagli Stati che prevedono l'anonimato sono che questo tutela non solo il miglior interesse del concepito e dei genitori intenzionali ma anche l'interesse pubblico di promuovere le donazioni e quello dei donatori al rispetto della propria privacy<sup>1095</sup>. Per il primo profilo, il parallelo migliore è quello fornito dal caso *Odièvre*, in cui il bilanciamento operato dalla Corte ha dato rilevanza all'interesse pubblico sotteso alla pratica dei parti anonimi. Tuttavia, se alla pratica dei parti anonimi è stato riconosciuto il fine di combattere gli aborti illegali, gli infanticidi e la riduzione dello stigma sociale nei confronti delle madri, è difficile tributare lo stesso valore alle donazioni anonime, tanto più che, come ricordato in precedenza, studi condotti hanno dimostrato che il divieto di anonimato non si accompagna necessariamente a una contrazione delle donazioni.

La questione di maggior rilievo appare dunque come la Corte deciderà di risolvere il bilanciamento tra interessi del concepito e del donatore. A questo scopo, è presumibile

---

<sup>1093</sup> Corte EDU, *SH c. Austria*, cit., par. 94-7; *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, 22 aprile 1997, par. 44. Si veda per una critica all'elaborazione del margine di apprezzamento nel caso di specie J.M. Scherpe, 'Medically Assisted Procreation: This Margin Needs to be Appreciated, ECtHR, Grand Chamber, 3.11.2011', in *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 276.

<sup>1094</sup> Riconosciuto a partire da: Corte EDU, *Dickson c. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, 4 dicembre 2007, par. 78.

<sup>1095</sup> A. Mulligan, 'Anonymous Gamete Donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights', cit., p. 140.

che distinguerà tra accesso a informazioni identificative e non identificative. Le seconde, infatti, non compromettono in alcun modo l'eventuale diritto alla privacy del donatore e, anche guardando alla giurisprudenza precedente della Corte, si ritiene che l'accesso alle stesse dovrebbe essere sempre garantito, prevedendo, tra l'altro, un costante aggiornamento dei dati riguardanti la salute e la storia medica del donatore.

Più controversa appare la questione del disvelamento dell'identità del donatore. Dalla precedente giurisprudenza della Corte EDU sui parti anonimi, si può derivare che un corretto bilanciamento richiederebbe la presenza di un'autorità imparziale e indipendente volta a valutare la possibile rinuncia alla confidenzialità da parte del donatore. Un'altra possibile soluzione evocata è quella del cd. "contact-veto system", al momento adottata da alcuni Stati in Australia e che si propone di bilanciare il diritto al rispetto della vita privata del donatore, da una parte, e del concepito, dall'altra<sup>1096</sup>. Tale sistema consente al concepito tramite donazione di gameti l'accesso retrospettivo a informazioni identificative circa l'identità del donatore cui, però, viene riconosciuta la possibilità di porre un veto, passibile di sanzioni penali se violato, alla possibilità di un incontro, impedendo dunque contatti indesiderati e proteggendo la sfera intima della sua vita quotidiana.

## *7.2 La gestazione per altri e il problema di una pluralità di legami identitari*

Come per la donazione di gameti, anche la prassi circa la disciplina della maternità surrogata è profondamente eterogenea in Europa. Francia e Ucraina si trovano agli estremi opposti di uno spettro che va dal divieto assoluto della pratica nel primo caso, alla regolamentazione e accettazione persino della maternità surrogata a fini commerciali nel secondo<sup>1097</sup>. Inoltre, questa diversità di approcci ha fatto sì che sia emerso sempre di più il fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo": individui che vivono in Paesi che vietano tale pratica tendono a farvi ricorso, con maggiore frequenza, recandosi in Stati in

---

<sup>1096</sup> S. Allan, 'Access to Information about Donors by Donor-Conceived Individuals: A Human Rights Analysis', in *Journal of Law and Medicine*, Vol. 20, 2013, pp. 655-70.

<sup>1097</sup> Codice civile francese, art 16-7; Codice di famiglia ucraino, art. 123 e Ordinanza del Ministro della salute: 'On approval of the application of assisted reproductive technologies in Ukraine' from 09 Settembre 2013, No. 787.

cui la surroga di maternità è lecita<sup>1098</sup>. Tale fenomeno genera problemi di natura giuridica in termini di continuità dello status di famiglia creato all'estero che hanno dei riverberi anche per quanto riguarda la tutela dell'identità personale. Nello Stato di origine degli individui che ricorrono alla gestazione per altri, dove gli stessi soventemente fanno ritorno e risiedono, infatti, l'eccezione di ordine pubblico potrebbe ostacolare il riconoscimento dello status di filiazione – elemento centrale dell'identità – del nato da surroga di maternità riconosciuto dal diritto straniero<sup>1099</sup>.

Altri problemi di natura etica, sociale e giuridica derivano dalla complessità della pratica che rimette in discussione il significato stesso della maternità, operando una possibile distinzione tra madre genetica, gestazionale e sociale/legale<sup>1100</sup>. Tuttavia, come ha notato lo UN Special Rapporteur on Sale and Sexual Exploitation of Children:

«Although surrogacy changes the constitutive elements of identity, by breaking the link between genetic, gestational and social parenthood, the fundamental rights of the child remain the same. From the child's perspective, genetics, gestation and the exercise of parental responsibility are all a part of the constitutive elements of identity»<sup>1101</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto del riconoscimento del diritto ad avere informazioni, quantomeno di natura medica, sulla donatrice di ovuli e sulla madre surrogata, questo non presenta profili che meritano di essere distinti rispetto al caso già richiamato della donazione di gameti. Al contrario, il diritto a conoscere la madre gestazionale appare

---

<sup>1098</sup> Sul turismo procreativo si vedano: L. Sindres, 'Le tourisme procréatif et le droit international privé', in *Journal du droit international*, 2015, p. 429 ss.; H. Fulchiron, 'La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international', in *Journal du droit international*, 2012, pp. 563 ss.; C.P. Kindregan, 'International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements', in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, pp. 527 ss; R.F. Storrow, 'Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory', in *Hastings Law Journal*, 2006, pp. 295 ss.; G. Pennings, 'Reproductive tourism as moral pluralism in motion', in *Journal of Medical Ethics*, 2002, pp. 337 ss.; G.K.D. Crozier, D. Martin, 'How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches', *Developing World Bioethics*, 2012, pp. 45 ss.

<sup>1099</sup> K. Trimmings, P. Beaumont, 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level', in *Journal of Private International Law*, 2011, p. 627.

<sup>1100</sup> S. Cecchini, 'Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale', in *BioLaw Journal*, Vol. 2, 2019, p. 335.

<sup>1101</sup> UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography – Note by the Secretariat*, A/HRC/34/55, 2016, par. 32.

cruciale nella definizione concreta dell'interesse superiore del minore nato tramite surroga di maternità. Di solito, vengono stabilite regole *ad hoc* nelle legislazioni che consentono tale pratica e, anche laddove la stessa sia proibita, tale questione rientra nel diritto all'identità del nato<sup>1102</sup>. Infatti, pur non essendoci quasi mai condivisione del materiale genetico con la madre gestazionale, si rinviene un'ulteriore dimensione del diritto all'identità, ossia l'interesse vitale del minore a conoscere le modalità e le circostanze del proprio concepimento, che ricomprende al proprio interno il ruolo e l'identità della madre surrogata<sup>1103</sup>.

Nei prossimi paragrafi, invece, ci si concentrerà soprattutto sul rapporto con i genitori intenzionali, gli aspiranti genitori sociali e legali, siano gli stessi legati o meno alla prole da un legame genetico, in quanto lo *status filiationis* può essere considerato elemento centrale nella formazione e sviluppo dell'identità personale. È un tema su cui attualmente sta lavorando anche la Commissione dell'Aja di diritto internazionale privato<sup>1104</sup>.

Di fronte ad approcci e regimi così diversi e ai risvolti etici di tale pratica, per la Corte europea dei diritti umani non è semplice applicare i diritti della Convenzione nel campo della gestazione per altri. Non è un caso che tale organo si sia pronunciato in pochi anni per ben 10 volte su casi di maternità surrogata<sup>1105</sup> e che la stessa sia stata oggetto, come si vedrà, anche della sua prima opinione consultiva.

La tutela del rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8* della CEDU richiede o meno che gli Stati parti debbano riconoscere la parentela giuridica stabilita all'estero attraverso il ricorso alla maternità surrogata, qualora tale pratica sia proibita a livello nazionale? E quali risvolti ciò produce in termini di tutela dell'identità del minore? La Corte sembra

---

<sup>1102</sup> I. Rivera, 'La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del "best interest of the child": un percorso ermeneutico non sempre coerente' in *Sociologia del diritto*, 2020, pp. 201-222.

<sup>1103</sup> L. Poli, 'Artificial reproductive technologies', cit., p. 4. Tali conclusioni sembrano trovare conferma nella giurisprudenza della Corte EDU da *Gaskin* in poi e nel fatto che studi medici largamente dimostrano che l'attaccamento prenatale alla madre gestazionale può essere rilevante nella definizione della propria identità personale.

<sup>1104</sup> Per gli sviluppi sul piano dell'UE si rimanda a: S. De Vido, 'Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea', in *EUROJUS*, vol. 1, 2023.

<sup>1105</sup> Ci sono anche due nuovi casi pendenti: Corte EDU, *Schlittner-Hay et al. c. Polonia*, ricorso n. 56846/15, (comunicato il 26 febbraio 2019); *S.C. et al. c. Svizzera*, ricorso n. 26848/18 (comunicato il 15 giugno 2020).

La giurisprudenza della Corte EDU relativa ai riflessi internazional-privatistici della maternità surrogata ha chiaramente ispirato anche l'art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law (Vedi O. Feraci, 'Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law', op. cit.).

rispondere in maniera differenziata a questo interrogativo a seconda che ci sia un legame genetico con il padre intenzionale, con la madre intenzionale e nei casi in cui tale connessione biologica non sussista. Tali ipotesi verranno pertanto analizzate separatamente. Si vedrà se le tensioni che sembrano emergere dai primi casi in cui la Corte si è confrontata con tali questioni possono essere riconciliati utilizzando una nozione di identità che non sia ridotta esclusivamente al dato puramente biologico/genetico<sup>1106</sup>.

### *7.2.1 La tutela del legame biologico con il padre in quanto componente centrale dell'identità del minore nato da surroga di maternità*

Il primo caso riguardante la maternità surrogata affrontato dalla Corte europea è stato *Menesson c. Francia*<sup>1107</sup>. Una coppia francese si era recata in California per stipulare un contratto di maternità surrogata pienamente legale negli Stati Uniti<sup>1108</sup>. Una sentenza della Corte suprema californiana aveva riconosciuto le gemelle nate in seguito a gestazione per altri come figlie di entrambi i coniugi francesi, avendo la madre gestazionale rinunciato ai propri diritti genitoriali. È importante richiamare, per la rilevanza che ha assunto nella decisione della Corte, che, ai fini del concepimento, erano stati utilizzati i gameti del

---

<sup>1106</sup> Va oltre lo scopo di questo scritto, invece, interrogarsi sul tema, sia pur rilevante della liceità della gestazione per altri a fini commerciali ai sensi del diritto internazionale. Per approfondimenti si rimanda a: L. Poli, 'Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale', in *Rivista di Biodiritto*, Vol. 3, 2015, pp. 7-28; J. Tobin, 'To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?', *Melbourne Legal Studies*, Research Paper No. 689, 2015.

Ci si limita a richiamare i documenti più rilevanti che fanno propendere per una risposta in senso negativo. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, un Rapporto – non vincolante – adottato nel 1989 dall'Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences sancisce il divieto di ricorrere alla gestazione per altri e la nullità di eventuali accordi tra madre surrogata e genitori intenzionali (CAHBI, *Report on Human Artificial Procreation*, 1989, Principio n. 15). Anche il Parlamento europeo ha condannato tale pratica, che andrebbe a compromettere la dignità della donna, sfruttando soprattutto le più vulnerabili e che dovrebbe essere trattata come «questione urgente negli strumenti per i diritti umani» (Parlamento europeo, Risoluzione sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, 17 dicembre 2015, n. 2015/2229, par. 115). La commercial surrogacy sembra inoltre integrare la fattispecie di cui all'art. 2, lett. a) del Protocollo opzionale del 2000 alla Convenzione sui diritti del fanciullo (Protocollo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, New York, 2000) ed essere contraria all'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina e all'art. 3 della Carta Europea dei diritti fondamentali, ai sensi dei quali né il corpo umano né le sue parti possono essere, in quanto tali, fonte di profitto.

<sup>1107</sup> Corte EDU, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 26 giugno 2014. Le stesse conclusioni sono state raggiunte nella sentenza gemella: Corte EDU, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 26 giugno 2014.

<sup>1108</sup> *Family Code of California*, art. 7960-7962.

padre intenzionale e gli ovociti di una donatrice, mentre la madre gestazionale e la madre intenzionale non avevano alcuna connessione genetica con le neonate.

Al ritorno in patria, le autorità francesi si erano rifiutate di trascrivere il certificato di nascita estero nei registri di stato civile francese in ragione del divieto di surroga di maternità esistente nel Paese: era contrario ai principi del diritto «to give effect, in terms of the legal parent-child relationship, to a surrogacy agreement»<sup>1109</sup> che si doveva ritenere nullo per motivi di ordine pubblico. Va precisato che, comunque, in virtù dei documenti di stato civile statunitensi, ai genitori intenzionali era attribuita una piena responsabilità genitoriale. Il mancato riconoscimento dello status di filiazione era stato sollevato dai ricorrenti come fonte della violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare propria e delle figlie (e dunque anche dell'interesse superiore del minore), come tutelati dall'art. 8 della Convenzione<sup>1110</sup>.

La Corte ha valutato inizialmente se la misura in questione fosse conforme alla legge e perseguisse degli scopi legittimi. Questi sono stati individuati nella protezione della salute e dei diritti e delle libertà altrui: lo Stato, infatti, tentava di dissuadere i suoi cittadini dal ricorrere all'estero a metodi di riproduzione assistita che erano vietati sul territorio nazionale e, in conformità con la propria percezione, di proteggere i bambini e le madri surrogate. Il punto nodale della decisione ha riguardato, dunque, la questione della necessità del provvedimento impugnato in una società democratica e la valutazione del margine di discrezionalità degli Stati.

La Corte ha rilevato che, in linea di principio, la maternità surrogata, su cui manca un consenso europeo e che solleva delicate questioni etiche, dovrebbe garantire agli Stati un ampio margine di apprezzamento sia riguardo la decisione se autorizzare o meno tale pratica ma anche circa il riconoscimento del rapporto genitore-figlio tra il minore e gli aspiranti genitori<sup>1111</sup>. Tuttavia, quando è in gioco un aspetto centrale per l'identità dell'individuo, come nel caso di specie, il margine deve essere ridotto<sup>1112</sup>.

La Corte, a differenza di quanto ci si sarebbe potuto aspettare, non si è focalizzata sul diritto al rispetto della vita familiare, ritenendo che il godimento *de facto* di tale diritto

---

<sup>1109</sup> Corte EDU, *Menesson c. Francia*, cit., par. 27.

<sup>1110</sup> Si veda: S. Tonolo, 'Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202-11.

<sup>1111</sup> Corte EDU, *Menesson c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>1112</sup> Ivi, par. 80.

non fosse stato impedito, grazie all'attribuzione della piena responsabilità genitoriale riconosciuta dal diritto di famiglia francese in virtù dello stato civile statunitense<sup>1113</sup>.

Al contrario, al centro dell'analisi vi è stato il diritto all'identità personale dei minori, in quanto fulcro del diritto al rispetto della vita privata, leso dal mancato accertamento *de iure* del legame di filiazione. Il rifiuto da parte delle autorità ha minato, per la Corte, l'identità dei minori all'interno della società francese sotto un duplice profilo<sup>1114</sup>. Da un lato, ha creato incertezza circa l'acquisizione della nazionalità francese, cosa che avrebbe potuto avere ripercussioni negative sulla definizione dell'identità personale delle gemelle. È vero che dalla Convenzione europea non deriva il diritto ad acquisire una determinata nazionalità, ma questa certamente costituisce un aspetto identitario essenziale<sup>1115</sup>: nel caso di specie, l'incerta applicazione della disposizione per cui «est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français»<sup>1116</sup>, nonostante il legame biologico con il padre intenzionale, avrebbe potuto causare insicurezze alle minori circa la propria identità personale.

Dall'altro lato, il mancato riconoscimento giuridico della relazione genitori-figli si ripercuoteva sui minori e sul loro diritto a stabilire aspetti sostanziali della propria identità ed era da considerarsi in contrasto con l'interesse superiore del minore<sup>1117</sup>. Come ha rammentato la Corte, il caso di specie assumeva una «special dimension» poiché uno dei genitori committenti era anche il genitore biologico del minore. Pertanto,

«Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity, it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where

---

<sup>1113</sup> A questo proposito la Corte riconosce le difficoltà derivanti dalla mancata registrazione degli atti di nascita nei registri dello stato civile e che si traducono nella necessità di produrre costantemente i documenti statunitensi, ma ritiene che tali limitazioni non concretino una violazione del rispetto alla vita familiare e rientrino nel margine di apprezzamento dello Stato in mancanza di una disciplina uniforme della surroga di maternità negli Stati membri. Al tempo della controversia, tale pratica era espressamente vietata in 14 Stati membri, di incerta ammissibilità in 10, consentita in 7 e altrove non regolata.

<sup>1114</sup> Corte EDU, *Menesson c. Francia*, cit., par. 46.

<sup>1115</sup> Corte EDU, *Labassee c. Francia*, cit., par. 75; *Menesson c. Francia*, cit., par. 97. Si veda anche *Genovese c. Malta*, ricorso n. 53124/09, 11 ottobre 2011, par. 33.

<sup>1116</sup> Art. 18 Codice civile francese.

<sup>1117</sup> Vengono messe in luce, inoltre, anche le conseguenze in termini di successione. Le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato francese nel 2009, infatti, regolano la successione dei figli nati da surroga, in assenza di un vincolo giuridico riconosciuto, come quella di un terzo, possibile solo a fronte di un legato.

the *biological reality* of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof»<sup>1118</sup>.

Il principio del superiore interesse del minore e, dunque, il rispetto della sua identità personale hanno orientato la lettura della Corte dell'art. 8 in presenza di un legame genetico con il padre. Grava dunque sugli Stati parti, in forza del diritto al rispetto della vita privata, l'obbligo di riconoscere in quei casi lo status di figlio, provvedendo all'immediata trascrizione del certificato di nascita straniero nei competenti registri di stato civile nei confronti del padre biologico.

La Corte, dunque, basandosi sulla sua ricca giurisprudenza sul diritto all'identità, ha ravvisato una violazione dell'art. 8. Nella controversia, si è concentrata sulla componente genetica dell'identità e sull'importanza del riconoscimento giuridico di questa verità. Non a caso sono stati citati espressamente precedenti riguardanti il diritto all'identità da cui si può desumere l'importanza, per la Corte, che la legge riconosca la “verità biologica”<sup>1119</sup>. Ancora una volta, la Corte ha sottolineato la rilevanza della stessa, il significato della sua ricerca e l'importanza che sia riflessa nei documenti di Stato. Il mancato riconoscimento di aspetti centrali dell'identità dei minori – quali la nazionalità e l'identità genetica – ne avrebbero potuto compromettere lo sviluppo della personalità. Il caso, pertanto, ha confermato la rilevanza del diritto all'identità dei minori nel contesto della riproduzione assistita che prevale sull'interesse pubblico di scoraggiare il raggio all'estero del divieto di maternità surrogata<sup>1120</sup>.

Infine, questo caso è rilevante anche perché dimostra che il coinvolgimento del diritto all'identità è stato decisivo per ridurre il margine di apprezzamento degli Stati, pur in assenza di *consensus* riguardo sia la legalità della pratica che il riconoscimento degli accordi internazionali di maternità surrogata e del conseguente rapporto di filiazione con

---

<sup>1118</sup> Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100.

<sup>1119</sup> Non a caso la Corte cita *Jaggi e Phinikaridou c. Cipro*, ricorso n. 238/90, 20 dicembre 2007.

<sup>1120</sup> Nel 2019, la Corte ha rilasciato la sua prima Opinione consultiva (Corte EDU, Corte EDU, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001, 10 aprile 2019) in cui ha riconosciuto che avrebbe luogo una violazione del diritto del minore al rispetto della propria vita privata anche qualora non venisse riconosciuta la relazione con la madre intenzionale, pur in assenza di un legame genetico. Ovviamente in questo caso l'attenzione è da porsi non sui diritti all'identità del minore quanto al suo benessere inteso in senso ampio. Per commenti si veda: A. Margaria, 'Parenthood and Cross-border Surrogacy: What Is "New"? The ECtHR's First Advisory Opinion', in *Medical Law Review*, 2019, p. 412 ss.



i genitori intenzionali. Quando un aspetto centrale dell'esistenza o dell'identità della persona è in gioco questo non può che essere ristretto<sup>1121</sup>. In sintesi, sebbene la Corte abbia riconosciuto che gli Stati godano di un ampio margine di discrezionalità sull'opportunità o meno di consentire la maternità surrogata a livello nazionale, gli stessi possono essere obbligati dalla Convenzione a rispettare e riconoscere i risultati degli accordi di maternità surrogata transfrontaliera, erodendo, nei fatti, l'efficacia e l'integrità di un divieto interno<sup>1122</sup>. La conseguenza di questa decisione della Corte è, pertanto, quella di obbligare gli Stati membri a riconoscere la relazione tra padre genetico e figlio nato da surroga di maternità, anche laddove la gestazione per altri sia vietata a livello interno e ottenuta mediante un accordo transfrontaliero. Qualora lo Stato si opponga a tale riconoscimento, eccederà il proprio margine di discrezionalità. Gli effetti del mancato riconoscimento dello status di filiazione, infatti, non si riverberano solo sui genitori intenzionali che hanno deliberatamente scelto di ricorrere a un mezzo di procreazione proibito dalla legge ma anche sui minori.

Va sottolineato però che la lesione dell'art. 8 è stata rinvenuta dalla Corte in riferimento al mancato riconoscimento della sola paternità biologica dei minori nati da surroga di maternità e non dell'intero status di famiglia creato all'estero<sup>1123</sup>. Del resto, come vedremo successivamente, la stessa Corte di Cassazione francese ha confermato che, dalle pronunce di Strasburgo, si desume che solo la protezione della paternità genetica derivante da un certificato estero costituisce il nucleo centrale dell'identità dei minori da tutelare e riconoscere anche a livello nazionale<sup>1124</sup>. Ciò che sembra essere fuori discussione è che la presenza di un legame genetico tra padre e figlio è di prioritaria importanza in termini di definizione degli obblighi della Convenzione nel campo della maternità surrogata. Tale impostazione, che valorizza l'art. 8 quale strumento per

---

<sup>1121</sup> Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, par.77.

<sup>1122</sup> Per approfondimenti si rimanda a: A. Mulligan, 'Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy', in *Medical Law Review*, Vol. 26(3), 2018, pp. 449-475.

<sup>1123</sup> R. Baratta, 'Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 323; S. Tonolo, 'L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore', in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1077; S. Tonolo, 'Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione', in *GenIUS*, 2019, pp. 1-10.

<sup>1124</sup> Cour de cassation, arrêt n° 824 du 5 juillet 2017 (15-28.597); arrêt n° 825 du 5 juillet 2017 (16-16.901; 16-50.025); arrêt n° 826 du 5 juillet 2017 (16-16.455); arrêt n° 827 du 5 juillet 2017 (16-16.495).

affermare la continuità transnazionale dello status parentale, è stata confermata in casi successivi, relativi a famiglie omoparentali in cui si era in presenza di un minore nato con il ricorso alla gestazione per altri e con la donazione di gameti di uno dei padri intenzionali<sup>1125</sup>. Tuttavia, la tutela dei legami genetici paterni lascia aperti i problemi della parentela legale del genitore non genetico, qualora il gamete maschile o femminile provenga da uno solo dei genitori intenzionali, o quelli derivanti da accordi di maternità surrogata conclusi in totale assenza di legame genetico con gli aspiranti genitori che richiedono poi un riconoscimento giuridico formale a livello interno.

### *7.2.2 Riconoscimento del legame con la madre intenzionale*

La giurisprudenza della Corte europea sull'identità, come abbiamo visto, è incentrata sul concetto di verità biologica. Quest'ultima e il suo riconoscimento giuridico sono infatti considerati centrali per la formazione dell'identità personale.

Nei casi di gestazione per altri si assiste a uno scontro tra due potenziali "verità" afferenti alla maternità: c'è la madre gestazionale che detiene la "verità" del parto e la madre committente, che può detenere la "verità" genetica. Il fatto, dunque, che la maternità possa avere una componente sia genetica che gestazionale rende la maternità molto più complessa della paternità. Si vedrà pertanto come la Corte ha regolato i rapporti tra il nato da gestazione per altri e la madre intenzionale, nel caso in cui la stessa sia priva di connessioni genetiche con la prole e, successivamente, nel caso in cui tale legame sussista.

#### *a) ... in assenza di connessione genetica: adozione del figlio biologico del coniuge*

Nel 2018, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 16, alla Corte europea è giunta una richiesta di parere da parte della Corte di cassazione francese che, nel corso di un riesame dell'appello presentato dai coniugi Menesson, chiedeva di pronunciarsi se configurasse o meno una violazione dell'art. 8 la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita di un minore nato da surroga di maternità all'estero del solo padre committente – e al contempo biologico – e non della madre d'intenzione. Secondo la Corte di cassazione, infatti, l'art. 47 del Codice civile avrebbe impedito tale operazione poiché

---

<sup>1125</sup> Corte EDU, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13, 19 gennaio 2017.

questo prevede che gli atti di nascita stranieri possano essere trascritti solo se autentici e corrispondenti al vero. Nel caso di specie, il “vero” ai sensi dell’art. 47 doveva considerarsi la realtà del parto e quindi non si sarebbe potuto trascrivere il nome dell’aspirante madre come “vera” madre dei minori<sup>1126</sup>. Inoltre, si domandava anche se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il minore, figlio biologico del marito, permettesse di ritenere che l’art. 8 fosse stato rispettato.

La Corte europea ha sostenuto che l’impossibilità assoluta di ottenere una forma di riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale è da ritenersi in contrasto con il superiore interesse del minore, viste le conseguenze negative gravanti sullo stesso in termini di cittadinanza, in materia successoria e in caso di separazione dei genitori intenzionali<sup>1127</sup>. Un divieto assoluto porrebbe, infatti, il minore in una situazione di incertezza giuridica «regarding his or her identity within society»<sup>1128</sup> e, quando l’identità entra in gioco, il margine di apprezzamento degli Stati inevitabilmente si riduce. Il rapporto con la madre d’intenzione va dunque tutelato in ragione del superiore interesse del minore che impone che la persona giuridicamente incaricata di accudire il minore possa essere identificata, consentendo al bambino di vivere in un ambiente stabile e adeguato ai suoi bisogni. È stato evidenziato dunque come nel processo di costruzione dell’identità personale assumono rilievo non solo «gli aspetti connessi alla verità biologica ma anche le dimensioni relazionali e affettive»<sup>1129</sup>.

Ricade invece nella discrezionalità dello Stato, non esistendo alcun *consensus* europeo sul punto, la scelta dei mezzi atti a garantire tale riconoscimento che non necessariamente deve avvenire *ab initio* ma comunque non oltre la fase in cui tale rapporto sia divenuto una “realtà effettiva”<sup>1130</sup>. Spetta alle autorità nazionali determinare se e quando tale

---

<sup>1126</sup> Corte EDU, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all’estero e la madre d’intenzione*, richiesta n. P16-2018-001, del 10 aprile 2019, 6.

<sup>1127</sup> Ivi, par. 42. Si vedano: I. Anrò, ‘Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato problema della maternità surrogata’, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2019; A. Di Blase, ‘Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell’uomo del 10 aprile 2019’, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2019; M. Sarzo, ‘La nuova procedura consultiva prevista dal protocollo n. 16 alla luce del primo parere della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di surrogazione di maternità’, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1158 ss.

<sup>1128</sup> Corte EDU, *Parere consultivo*, cit., par. 40.

<sup>1129</sup> L. Poli, ‘Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri’, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 425.

<sup>1130</sup> Corte EDU, *Parere consultivo*, cit., par. 52-4.

rapporto sia diventato nei fatti una realtà. Pertanto, se effettuata *in tempi rapidi ed efficacemente*, nel rispetto del superiore interesse del minore, l'adozione da parte della madre committente, che non abbia una correlazione genetica con la prole, costituisce un mezzo adeguato. Dunque, in assenza di un vincolo genetico, il riconoscimento del rapporto di filiazione, lungi dal dover essere automatico, può essere differito nel tempo.

In un caso recente, *A.M. c. Norvegia*<sup>1131</sup>, la Corte non ha ritenuto sussistente una violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU a causa del mancato riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero tra un minore nato tramite gestazione per altri (con l'uso dei gameti del futuro padre) e la madre intenzionale non geneticamente correlata. A seguito della rottura del rapporto tra i due aspiranti genitori, nonostante entrambi avessero stipulato il contratto di maternità surrogata in Texas (dove erano riconosciuti tutti e due come genitori), il padre biologico impediva alla madre d'intenzione di vedere il minore. A seguito del rigetto da parte delle autorità norvegesi delle richieste della donna di veder riconosciuto anche in Norvegia il proprio status genitoriale, di poter adottare il minore o, quantomeno e in subordine, di poter avere un diritto di visita, la stessa ha fatto ricorso alla Corte europea. Quest'ultima, però, valorizzando esclusivamente il dato biologico, non ha riscontrato alcuna violazione e, anzi, ha ritenuto fosse nel superiore interesse del minore troncare i rapporti con la donna, visto il legame affettivo instauratosi tra il padre e una nuova compagna.

*b) ...in presenza di connessione genetica: adozione del figlio del coniuge*

La Corte, nel Parere consultivo precedentemente richiamato, non si è pronunciata sulla circostanza, pur evocata dalla Corte di cassazione francese, in cui il minore venga concepito con gli ovociti della madre intenzionale, ritenendo, con un'eccessiva prudenza procedurale, di doversi limitare ai soli aspetti rilevanti per il caso pendente di fronte al giudice nazionale rispetto al quale era stata avanzata richiesta di parere<sup>1132</sup>. Tale posizione presta però il fianco a delle possibili critiche. Se il Protocollo n. 16 certamente richiede quale criterio necessario per poter avviare la procedura che vi sia un caso pendente di fronte al giudice nazionale, in nessun modo si impone che il parere sia rigidamente circoscritto alle circostanze esatte della controversia, dovendo anzi fornire una guida che

---

<sup>1131</sup> Corte EDU, *A.M. c. Norvegia*, ricorso n. 30254/18, 24 marzo 2022.

<sup>1132</sup> Ivi, par. 28.

idealmente trascenda il singolo caso e possa anticipare difficoltà interpretative che potrebbero sorgere in futuro in situazioni analoghe<sup>1133</sup>. Significativa è stata però la precisazione da parte della Corte di Strasburgo che, pur esulando le circostanze del caso di specie, in presenza di donazione di ovociti da parte della madre intenzionale dovrebbe valere *a fortiori* e con maggior urgenza la necessità di offrire un riconoscimento diretto del legame tra quest'ultima e il figlio<sup>1134</sup>. Questo passaggio del parere lasciava presagire il fatto che, in presenza di un legame genetico con la madre committente, il riconoscimento dello *status filiationis* dovesse avvenire in automatico, attraverso la trascrizione del certificato di nascita estero, secondo quanto previsto nel caso di legame biologico con il padre d'intenzione. Eppure, nel primo caso in materia affrontato dalla Corte, la decisione è stata di segno opposto.

Infatti, nel 2020, in *D. c. Francia*, per la prima volta era la madre intenzionale ad avere una connessione genetica con la figlia nata mediante l'impianto dei suoi ovociti nell'utero di una madre surrogata ucraina<sup>1135</sup>. Nel caso di specie, l'atto di nascita estero, redatto in Ucraina, non era stato trascritto unicamente nei confronti della madre intenzionale. Infatti, come già ricordato, in virtù dell'art. 47 del Codice civile francese, si riteneva che la realtà materiale e fattuale, rappresentata dal parto, dovesse prevalere su quella giuridica, che si fondava invece sull'atto di nascita estero. Nei confronti della madre, pertanto, il rapporto doveva essere giuridicamente validato percorrendo la strada dell'adozione dei figli del coniuge.

La Corte, che nel caso *Menesson* aveva fatto della verità biologica il grimaldello attraverso cui sanzionare la mancata trascrizione dell'atto di nascita estero nei confronti del padre committente che era al contempo anche padre biologico, è giunta, in questo caso, a una soluzione diversa. L'esistenza di un legame genetico non significa che il diritto al rispetto della vita privata del minore, come garantito dall'art. 8 della Convenzione, richieda che il riconoscimento del vincolo di filiazione tra il figlio e la madre intenzionale debba essere effettuato specificamente tramite la trascrizione automatica<sup>1136</sup>. Infatti, la Corte ha ritenuto che l'identità del minore sia meno colpita

---

<sup>1133</sup> Per una critica sulla posizione espressa dalla Corte si veda: L. Lavrysen, 'The mountain gave birth to a mouse: the first Advisory Opinion under Protocol No. 16', in *Strasbourg Observer*, 2019.

<sup>1134</sup> Corte EDU, *Parere consultivo*, cit., par. 47. Ornella Feraci, 'Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law', cit., 24.

<sup>1135</sup> Corte EDU, *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, 16 luglio 2020.

<sup>1136</sup> Ivi, par. 50.

quando ad essere in gioco non sia il principio stesso di stabilire il legame di filiazione ma i mezzi da mettere in atto per il raggiungimento di questo fine, mezzi che ricadono nel margine di apprezzamento dello Stato<sup>1137</sup>.

Richiamando l'opinione consultiva, la Corte ha ribadito dunque che il diritto al rispetto della vita privata del bambino nato all'estero da gestazione per altri richiede che il diritto interno offra la possibilità di riconoscimento del vincolo di filiazione tra il bambino e il futuro padre e tra il bambino e la futura madre, indipendentemente dal fatto che questa sia anche la sua madre genetica. Pertanto, il rigetto della richiesta di trascrizione dell'atto di nascita ucraino nella parte in cui designava come madre la madre intenzionale non costituiva un'ingerenza sproporzionata nel suo diritto al rispetto della vita privata per il solo il fatto che la stessa era anche la sua madre genetica, dal momento che la relazione genitore-figlio poteva effettivamente essere stabilita con un altro mezzo – non offerto invece nel caso in cui il solo padre intenzionale era il padre biologico – ossia l'adozione dei figli del coniuge<sup>1138</sup>. Nel caso di specie, alla madre si chiedeva di ricostruire *ex novo* il proprio legame giuridico per il tramite dell'adozione co-parentale.

A differenza di quanto ci si sarebbe potuti aspettare per via del sopraccitato passaggio del parere consultivo in cui si faceva riferimento alla donazione di ovociti della madre committente, la conclusione cui è pervenuta la Corte è stata la stessa in presenza o in assenza di una connessione genetica con la madre intenzionale. La Corte ha riconosciuto che, in linea di principio, ciò possa aver creato una disparità di trattamento per quanto riguardava l'instaurazione del rapporto genitori-figli tra il futuro padre e la futura madre, entrambi anche genitori genetici. Tuttavia, per la Corte, il ricorso non riguardava i diritti degli aspiranti genitori ai sensi della Convenzione, ma solo quelli del bambino nato all'estero per maternità surrogata<sup>1139</sup>. Tale profilo era stato evidenziato dai ricorrenti solo attraverso osservazioni complementari e, per di più, non era stato fatto valere neppure a livello nazionale: pertanto la Corte lo ha considerato irricevibile<sup>1140</sup>.

Eppure, non si può non concordare con Olivia Lopes Pegna, laddove la stessa rileva che la differenza di trattamento tra i due genitori, entrambi geneticamente correlati con la

---

<sup>1137</sup> Ivi, par. 52.

<sup>1138</sup> Ivi, par. 62-70.

<sup>1139</sup> Ivi, par. 61.

<sup>1140</sup> Ivi, par 81.

prole, non trovi alcuna giustificazione<sup>1141</sup>. Il suo fondamento non può risiedere nel fine legittimo di scoraggiare il ricorso a tale pratica vietata in Francia. L'adozione co-parentale è un iter che può essere avviato solo dopo il riconoscimento dello *status filiationis* con il padre biologico. Se in assenza di legame biologico è possibile sostenere, come la Corte ha specificato, che esista un periodo intermedio in cui il mancato riconoscimento del legame con la madre committente non genetica non costituisce una violazione poiché grava sugli Stati l'obbligo di riconoscerlo solo quando si sia concretizzato e consolidato, laddove tale connessione genetica sussiste una differenza di trattamento appare ingiustificata. Non vi è alcuna necessità di «attendere una concretizzazione *de facto* di tale legame» e si impone la necessità di «eliminare quella discrasia temporale che necessariamente si crea imponendo alla madre di ricorrere all'adozione»<sup>1142</sup>, strada per di più non sempre percorribile. Infine, non si può non asserire che il riconoscimento diretto del vincolo con la madre genetica andrebbe a vantaggio del minore stesso, la cui identità personale soffrirebbe gli stessi pregiudizi riscontrabili quando vi è un legame genetico con il padre committente.

### 7.2.3 Assenza di connessione genetica con entrambi i genitori

Quando manca un legame genetico con entrambi i genitori intenzionali, nonostante la definizione dello *status filiationis* continui a costituire un elemento centrale per la definizione dell'identità del minore, questo aspetto, almeno nella giurisprudenza della Corte europea, è stato lasciato sullo sfondo. In questi casi, infatti, si è posto un duplice problema: non solo quello «dell'elusione dei divieti nazionali posti dallo Stato di appartenenza dei genitori committenti in tema di biotecnologie della riproduzione umana ma anche la violazione delle norme interne sull'adozione»<sup>1143</sup>.

Il primo caso che rileva è *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>1144</sup>. La principale differenza con i precedenti è che la controversia non riguardava tanto lo status dei nati da maternità

---

<sup>1141</sup> O. Lopes Pegna, 'Mater (non) semper certa est! L'impatto sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea', in *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 2021, pp. 709-16.

<sup>1142</sup> Ivi, p. 715.

<sup>1143</sup> O. Feraci, 'Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 602.

<sup>1144</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, 27 gennaio 2015, 24 gennaio 2017 (GC).

surrogata quanto le misure che lo Stato può adottare in risposta al ricorso illegale a tale pratica all'estero<sup>1145</sup>. I ricorrenti avevano stipulato in Russia un accordo di gestazione per altri che era illegale in Italia. Tale accordo prevedeva, in teoria, l'utilizzo dello sperma del padre intenzionale. Nel certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe, i due cittadini italiani risultavano quali genitori.

Tuttavia, rientrati in Italia, i ricorrenti sono stati oggetto di un'indagine penale per violazione delle norme sulle adozioni straniere e per alterazione dello stato civile<sup>1146</sup>. Test genetici richiesti dai tribunali italiani hanno accertato che, in realtà, il minore non aveva una relazione genetica con alcuno dei genitori intenzionali a cui, con un'ingiunzione, è stato impedito di vedere il bambino che è stato affidato a una nuova famiglia e ha ricevuto una nuova identità. Pertanto, di fronte alla Corte europea, i genitori committenti hanno lamentato che il rifiuto delle autorità italiane di registrare il certificato di nascita estero e la decisione dei tribunali nazionali di allontanare il minore costituissero una violazione del diritto proprio e del minore alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. La Corte ha però ritenuto che la coppia non potesse rappresentare il minore, a causa dell'assenza di un legame biologico con gli stessi. Inoltre, non ha trattato nel merito la questione della mancata trascrizione del certificato di nascita, a causa del mancato esaurimento dei ricorsi interni<sup>1147</sup>.

Per quanto riguarda l'allontanamento del minore, in una prima fase del procedimento, la Seconda sezione ha rilevato una violazione dell'art. 8, ritenendo che esistesse una vita familiare *de facto* tra il minore e i ricorrenti, nonostante la breve durata del tempo trascorso insieme e l'assenza di legame genetico. Ciò, inoltre, era rafforzato dalla circostanza che il padre intenzionale aveva creduto che tale legame genetico esistesse. La decisione delle autorità italiane di dichiarare l'adozzabilità del minore era sicuramente un'interferenza prevista dalla legge e finalizzata a scopi legittimi, come la tutela dell'ordine pubblico<sup>1148</sup>. Tuttavia, tale decisione non appariva proporzionata, trattandosi di una misura da adottare solo in casi estremi, in cui c'era il rischio di un pericolo

---

<sup>1145</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (GC), cit., par. 133.

<sup>1146</sup> Tra questi l'alterazione dello stato civile e il falso, derivanti dal presunto inganno della ricorrente nel fingere davanti al consolato italiano in Russia di essere la madre del bambino.

<sup>1147</sup> S. Tonolo, 'Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore', in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss.

<sup>1148</sup> L. Poli, 'Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale', in *BioLaw Journal*, 2015, pp. 7-28.



imminente per il minore<sup>1149</sup>. A questo proposito, appare significativo ricordare che la Corte ha ribadito che la tutela dell'ordine pubblico non può costituire una sorta di *charte blanche* che giustifichi qualsiasi provvedimento; sullo Stato incombe infatti l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore a prescindere dalla natura del vincolo parentale, genetico o di altra natura<sup>1150</sup>. L'azione dello Stato non era riuscita pertanto a trovare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco<sup>1151</sup>.

Tutta la sentenza sembrava sottintendere che il minore avrebbe dovuto essere dato in adozione alla coppia di genitori intenzionali<sup>1152</sup>. La conseguenza implicita di questa presa di posizione, criticata nelle opinioni dissenzienti<sup>1153</sup>, sembrava essere che, se era da considerarsi sufficiente creare un legame illegittimo con il minore poiché le autorità nazionali fossero obbligate a riconoscere l'esistenza della vita familiare, di fatto gli Stati membri erano tenuti a dar seguito a tutti gli accordi di maternità surrogata transfrontaliera, indipendentemente dalle circostanze e anche in assenza di una relazione genetica con il bambino.

La Grande Camera ha però rovesciato questa posizione, sostenendo che non si poteva ritenere sussistente una vita familiare *de facto*: non esisteva un collegamento genetico, la convivenza tra ricorrenti e minore aveva coperto un periodo di tempo troppo breve e le azioni illegali dei ricorrenti avevano creato una situazione di incertezza giuridica, a fronte delle quali le autorità italiane erano state costrette ad intervenire. Pertanto, il rispetto della vita familiare non poteva essere invocato dai ricorrenti<sup>1154</sup>. In questo caso, sono stati presi in considerazione solo la mancanza di connessione genetica e l'elemento temporale della relazione e non quello qualitativo per escludere *expressis verbis* il diritto dei genitori intenzionali al rispetto della propria vita familiare.

Al contrario, rilevava il rispetto della vita privata che può essere influenzato dal legame affettivo tra un adulto e un bambino, anche in assenza di legame giuridico o biologico. Anche questo tipo di legame attiene all'identità sociale degli individui per la

---

<sup>1149</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (II C), cit., par. 80.

<sup>1150</sup> Ivi, par. 80.

<sup>1151</sup> Ivi, par. 86.

<sup>1152</sup> L. Lenti, 'Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge', *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 473.

<sup>1153</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (II C), cit., Opinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 4.

<sup>1154</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (GC), cit., par. 215-6.

Corte<sup>1155</sup>. Tuttavia, fatta questa premessa, la Corte ha sostenuto che la questione richiedeva il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità dello Stato perché riguardava questioni eticamente delicate, quali la riproduzione medicalmente assistita e la maternità surrogata<sup>1156</sup>. Inoltre, a differenza di *Mennesson*, la questione dell'identità del minore e del riconoscimento della sua filiazione genetica non si poneva per la Corte poiché, «da una parte, un eventuale rifiuto da parte dello Stato di dare una identità al minore non può essere contestato dai ricorrenti, che non lo rappresentano dinanzi alla Corte e, dall'altra, non esiste alcun legame biologico tra il minore e i ricorrenti»<sup>1157</sup>. Si noti che, in assenza di legame biologico con i genitori intenzionali, il margine di apprezzamento è considerato più ampio.

La Corte ha quindi valutato se, tenuto conto di questo ampio margine, l'azione dello Stato italiano fosse stata proporzionata. Ha rilevato che l'interesse pubblico tutelato dal governo italiano era la necessità di far rispettare il divieto di accordi di gestazione per altri ai sensi della legge italiana e di porre fine a una situazione illegale. Per quanto riguardava gli interessi privati in gioco, è stato ancora una volta decisivo il fatto che i ricorrenti non potessero far valere diritti a favore del minore e del suo interesse superiore. Gli interessi privati considerati erano esclusivamente quelli dei ricorrenti a continuare la relazione con il minore, un minore con il quale non avevano alcun legame genetico. La Corte ha concluso che era stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi privati e pubblici, rilevando che le autorità italiane avevano valutato che l'allontanamento del minore non gli avrebbe arrecato un danno irreparabile.

Fondamentalmente, la Corte ha osservato che se le autorità italiane fossero giunte alla tesi contraria e avessero lasciato il minore con i ricorrenti, con la possibilità che gli stessi divenissero genitori adottivi, «this would have been tantamount to legalizing the situation created by them in breach of important rules of Italian law»<sup>1158</sup>. Inoltre, la decisione dello Stato italiano di allontanare il minore era stata considerata una misura necessaria in una società democratica perché volta a tutelare tutti i minori da pratiche illecite, incluso il traffico di esseri umani<sup>1159</sup>.

---

<sup>1155</sup> Ivi, par. 161.

<sup>1156</sup> Ivi, par. 194.

<sup>1157</sup> Ivi, par. 195.

<sup>1158</sup> Ivi, par. 215.

<sup>1159</sup> Ivi, par. 202.

Non sono mancate considerazioni critiche su questa impostazione che ha sacrificato la continuità dello status familiare creato all'estero, facendolo dipendere esclusivamente dall'esistenza o meno del legame biologico<sup>1160</sup>. Questa decisione ha interrotto una tendenza di segno opposto nella giurisprudenza della Corte che, a partire dai casi *Wagner* e *Negrepontis*, date certe condizioni, aveva ritenuto che il rispetto della vita privata e familiare comprendesse il riconoscimento del diritto alla continuità dello status familiare stabilito all'estero<sup>1161</sup>.

Un'altra controversia oggetto di scrutinio da parte della Corte europea è stato il caso *Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*<sup>1162</sup>. Dopo aver fatto ricorso alla surroga di maternità in California nel 2013 ed essere rientrate in Islanda, le due madri committenti, prive di correlazione genetica con la prole, avevano chiesto la trascrizione nei registri civili islandesi del certificato di nascita californiano che le indicava entrambe come genitrici. Tuttavia, tale richiesta era stata ritenuta incompatibile, a livello nazionale, con il principio dell'ordine pubblico, in ragione del divieto del ricorso alla maternità surrogata, e con il principio *mater omnis certa est*, per cui solo la donna che partorisce un bambino può essere riconosciuta quale genitore legale al momento della nascita. L'unica opzione risultava quindi quella dell'adozione congiunta (nel frattempo il minore era stato dato in affidamento, prima temporaneo e poi permanente, alle due donne). Tuttavia, a causa del divorzio delle stesse nel 2015, questa soluzione non era più percorribile.

Pertanto, nel ricorso presentato alla Corte europea a nome proprio e del minore, le due donne avevano lamentato la lesione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. La Corte ha ritenuto sussistente un'interferenza nella vita familiare che, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, presuppone l'esistenza, come nel caso di specie in cui le due ricorrenti si erano prese ininterrottamente cura del minore, di stretti legami

---

<sup>1160</sup> M. Gervasi, 'The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 213 ss.; F. Salerno, 'The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law', in *Recueil des Cours*, 2019, 191ss.

<sup>1161</sup> Corte EDU, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, 28 giugno 2007; *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, 3 maggio 2011. Si vedano, ad esempio, C. Campiglio, 'Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)', in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, p. 1132 ss.

<sup>1162</sup> Corte EDU, *Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, 18 maggio 2021. A differenza del caso precedente, il minore è entrato legalmente in Islanda, grazie al proprio passaporto americano ed è stato considerato parte della controversia.

personali<sup>1163</sup>. Tuttavia, tale interferenza era da ritenersi giustificata, poiché il perseguiva uno scopo legittimo dal momento che «the ban on surrogacy served to protect the interests of women who might be pressured into surrogacy, as well as the rights of children to know their natural parents»<sup>1164</sup> e proporzionato. Le autorità islandesi, infatti, avevano tentato di salvaguardare la vita familiare riconoscendo la nazionalità islandese del minore e garantendo l'affido permanente alle due donne. Queste garanzie per la Corte “compensavano” l'impossibilità per le due ricorrenti di ottenere la maternità legale del bambino, tramite trascrizione dell'atto di nascita o adozione congiunta.

In sintesi, l'assenza di un legame genetico con le due genitrici committenti ha impedito non solo il riconoscimento automatico dello *status filiationis*, come previsto dalla giurisprudenza successiva al caso *Menesson* che privilegia le famiglie geneticamente correlate che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata. La soluzione cui la Corte è addivenuta è peggiore anche rispetto al genitore non biologico, il cui coniuge sia il padre genetico del bambino, poiché anche in questa ipotesi il minore ha diritto a vedere riconosciuto tale legame dal punto di vista giuridico, tramite adozione, una volta che sia divenuto una realtà pratica. Al contrario, nel caso *Fjölnisdóttir*, il minore è stato lasciato senza alcuna possibilità di ottenere un riconoscimento giuridico da parte della normativa interna del rapporto con i genitori intenzionali, riconosciuti dalla legge californiana. Questo ricorso, pertanto, sembra rafforzare la rilevanza del legame biologico nella giurisprudenza della Corte europea sulla maternità surrogata transnazionale<sup>1165</sup>.

### 7.3 Priorità dei legami genetici vs tutela dell'identità del minore

L'analisi della giurisprudenza della Corte europea sulla gestazione per altri ha mostrato come la Corte abbia derivato o meno dall'art. 8 l'obbligo degli Stati di riconoscere la continuità dello status familiare, e dunque abbia protetto lo *status filiationis* che costituisce un elemento centrale dell'identità personale, in maniera differente a seconda dell'esistenza o meno di una connessione biologica tra i genitori intenzionali e il minore.

---

<sup>1163</sup> Ivi, par 56.

<sup>1164</sup> Ivi, par 65.

<sup>1165</sup> J. März, 'Challenges Posed by Transnational Commercial Surrogacy: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *European Journal of Health Law*, Vol. 28, 2021, p. 263-280.

A prima vista, il trattamento privilegiato, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, dei genitori che hanno un legame biologico con il bambino rispetto ai genitori intenzionali privi dello stesso può apparire condivisibile. Infatti, in primo luogo, una maggioranza significativa degli Stati che consentono la maternità surrogata richiede la sussistenza di un legame biologico tra gli aspiranti genitori e il minore. In secondo luogo, i casi di gestazione per altri in assenza di legame biologico presentano notevoli similitudini con l'adozione, la cui stretta regolamentazione rischierebbe di essere aggirata. Infine, è questo il caso che tendenzialmente presenta maggiori preoccupazioni etiche in termini di rischio di mercificazione dei minori<sup>1166</sup>.

Eppure, facendo un passo indietro, diventano evidenti le incongruenze del requisito del legame biologico con lo scopo generale della giurisprudenza della Corte europea sulla maternità surrogata transnazionale. Infatti, tale giurisprudenza non richiede agli Stati firmatari di legalizzare la maternità surrogata (questione sulla quale la Corte non si è mai espressa), piuttosto, mira a trovare una soluzione nei casi in cui dal ricorso a tale pratica siano già nati dei bambini<sup>1167</sup>. Come affermato dalla Corte nelle sue sentenze *Mennesson* e *Labassee*, l'interesse superiore del minore e la tutela della sua identità deve essere preminente in queste circostanze<sup>1168</sup>.

Nel caso della maternità surrogata transnazionale, il principio dell'interesse superiore ha due implicazioni opposte. Da un lato, impone alle autorità statali il dovere di adottare misure per prevenire gli abusi della maternità surrogata transnazionale, che possono minacciare i diritti dei bambini e delle madri surrogate. In linea di principio, dunque, il mancato riconoscimento della paternità legale degli aspiranti genitori, al fine di contrastare la maternità surrogata transnazionale, è legittimo. D'altra parte, tuttavia, il principio dell'interesse superiore richiede anche agli Stati di prestare attenzione alla

---

<sup>1166</sup> J. März, 'What makes a parent in surrogacy cases? Reflections on the Fjólnisdóttir et al. v. Iceland decision of the European Court of Human Rights', in *Medical Law International*, Vol. 21, 2021, pp. 272-285; C. Fenton-Glynn, 'International Surrogacy before the European Court of Human Rights', *Journal of Private International Law*, Vol. 13, 2017, pp. 546-567; M. Iliadou, 'Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v. Italy', in *Medical Law Review*, Vol. 27, 2018, pp. 144-154.

<sup>1167</sup> Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 62; *Labassee c. Francia*, cit., para. 54; Advisory Opinion, cit., par 41. L. Bracken, 'Surrogacy and the Genetic Link', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 32, 2020, pp. 303-319.

<sup>1168</sup> Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 81; *Labassee c. Francia*, cit., par. 60.

particolare situazione e agli specifici problemi giuridici dei bambini già nati dalla maternità surrogata, la cui identità è a rischio per due ragioni<sup>1169</sup>.

In primo luogo, i bambini nati da maternità surrogata transnazionale sono a rischio di apolidia<sup>1170</sup>. Secondo le leggi dello Stato di cittadinanza della madre surrogata, che generalmente è il luogo di nascita del bambino, la madre surrogata non è considerata genitore legale del bambino. Ad eccezione di pochi Paesi, come gli Stati Uniti, in cui il figlio può acquisire la cittadinanza in virtù dello *ius soli*, il minore, dunque, non acquisirà la cittadinanza della madre surrogata. Se anche lo Stato di cittadinanza degli aspiranti genitori rifiuta la propria cittadinanza al minore, questi rischia di essere apolide. In secondo luogo, i bambini nati dalla maternità surrogata transnazionale sono ad alto rischio di essere orfani, se il rapporto con i genitori committenti non viene riconosciuto. Tali rischi sono gli stessi per i bambini che hanno o non hanno un legame biologico con gli aspiranti genitori. Tuttavia, in presenza di una connessione genetica, tali problemi vengono immediatamente risolti attraverso il riconoscimento automatico del rapporto con il padre biologico, come suggerito dalla Corte europea nella sua giurisprudenza.

Nei casi in cui il bambino non abbia un legame biologico con gli aspiranti genitori, i rischi di apolidia e assenza di genitori non possono essere “risolti” dalla genetica. Ciò, tuttavia, non solleva le autorità nazionali dalla loro responsabilità di proteggere il minore da tali rischi. In questi casi, l’interesse superiore del minore e la salvaguardia della sua identità dovrebbero imporre la possibilità di stabilire la paternità legale degli aspiranti genitori ai sensi del diritto interno.

La salvaguardia esclusiva dei legami genetici nella giurisprudenza della Corte europea sulla maternità surrogata rischia infatti di produrre una distorsione giuridica della situazione familiare, dal momento che, nei casi in cui si ricorre alla stessa, il problema maggiore risiede proprio nello scontro tra realtà genetica e famiglia *de facto*<sup>1171</sup>. Vi è dunque un pericolo nel continuo ricorso, da parte della Corte, al concetto di *biological truth* nella tutela dei diritti legati all’identità personale, dal momento che rischia di

---

<sup>1169</sup> L. Bracken, ‘Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-Border Surrogacy: Inconsistency in the Strasbourg Approach?’, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol.39(3), 2017, pp. 368-379.

<sup>1170</sup> J.A. Parks, T.F. Murphy, ‘So Not Mothers: Responsibility for Surrogate Orphans’, in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 44, 2018, pp. 551-54.

<sup>1171</sup> Mario Gervasi, ‘The European Court of Human Rights and Technological Development’, cit, 222.

scontrarsi con una possibile mancanza di corrispondenza con la situazione familiare materiale ed effettiva. È la realtà biologica che la Corte ritiene sempre prevalente e che usa come metro di valutazione di progetti di genitorialità sociale realizzati all'estero e vietati dalla legge interna<sup>1172</sup>.

I due casi più rilevanti in materia, *Menesson e Paradiso*, appaiono dunque in contraddizione laddove il primo sembra erodere la discrezionalità degli Stati circa la maternità surrogata: in presenza di un legame genetico tra i minori e il padre intenzionale, gli stessi sarebbero costretti a riconoscere il legame giuridico padre-figlio, anche se risultato di un accordo illegale di maternità surrogata transfrontaliera. Ciò deriva dalla rilevanza che la Corte riserva al diritto all'identità. Quest'ultimo, però, è preso in considerazione solo per quanto riguarda la componente genetica, mentre la Corte sembra ignorare che nei casi di maternità surrogata rilevano anche i rapporti non genetici, con la madre gestazionale e i genitori intenzionali

Ad oggi, la Corte europea, nella sua giurisprudenza, ha adottato un'interpretazione dell'identità che appare eccessivamente restrittiva, concentrandosi quasi esclusivamente sull'identità genetica. Al contrario, nel contesto della maternità surrogata, l'identità dovrebbe abbracciare non solo il patrimonio genetico del bambino, ma anche il rapporto del minore con i genitori intenzionali e la madre gestante. L'implicazione della giurisprudenza sin qui prodotta dalla Corte è che in assenza di collegamento genetico, gli Stati parti hanno diritto di rifiutare di riconoscere qualsiasi rapporto giuridico tra genitori e figli. Ovviamente, ciò dipende dal fatto che la Corte non vuole sostituirsi agli Stati nella scelta di quale elemento far prevalere per stabilire chi, fra più soggetti, sia il genitore legale.

Eppure, questo resoconto limitato dell'identità deve essere rivisitato alla luce dello sviluppo della maternità surrogata e di altre forme di riproduzione assistita. Attraverso la crescita di tali pratiche, il concetto di genitorialità si è evoluto radicalmente, fino a ricomprendere e coinvolgere non solo una componente genetica e una componente gestazionale, ma anche una componente intenzionale<sup>1173</sup>. Un individuo può avere la

---

<sup>1172</sup> O. Feraci, 'Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano', in *Osservatorio sulle Fonti*, 2019, p. 16.

<sup>1173</sup> S. Golombok, C. Murray, V. Jadva, 'Non-Genetic and Non-Gestational Parenthood: Consequences for Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of Mothers, Fathers and Children at Age 3', in *Human Reproduction*, 2006, p. 1918; R. Rao, 'Assisted Reproductive Technology and the Threat to

responsabilità intenzionale e causale della nascita di un bambino, eppure non avere alcuna relazione genetica o gestazionale con lo stesso. Kirsty Horsey, studiosa che ha molto approfondito il tema, sostiene l'importanza dell'elemento intenzionale della genitorialità, proponendo che l'intenzione dovrebbe essere il fattore determinante nell'assegnazione dello stato genitoriale quando un bambino nasce a seguito di maternità surrogata<sup>1174</sup>.

Tornando al diritto all'identità dell'art. 8 della Convenzione, lo stesso trova chiaramente le sue origini nella convinzione che si debba conoscere il proprio patrimonio genetico per poter formare la propria personalità. Se, però, lo si applica ai casi di maternità surrogata, il concetto di identità non può che divenire più ricco e più ampio<sup>1175</sup>. È centrale per lo sviluppo e l'identità del minore anche la conoscenza delle persone che hanno causato la propria nascita, ossia i genitori intenzionali, il rapporto con i quali merita tutela, altrimenti il minore rischierebbe – parimenti ai casi in cui vi è connessione genetica – di trovarsi in una situazione di «incertezza giuridica quanto alla sua identità nella società tale da privarlo della possibilità di vivere e di evolvere in un ambiente stabile»<sup>1176</sup>.

In conclusione, se il ricorso a tecnologie di riproduzione assistita è tradizionalmente giustificato in virtù del desiderio dei genitori di avere una connessione genetica con la loro progenie, non si deve sottostimare il fatto che i minori concepiti possono avere il desiderio di connessione con elementi della propria storia personale e della propria esperienza prenatale, compreso il ruolo dei genitori committenti<sup>1177</sup>. Si pone la necessità di ragionare sul significato di genitorialità alla luce delle possibilità che la rivoluzione riproduttiva e il contributo di soggetti terzi consentono oggi di raggiungere. Se la Corte appare ancora «ancorata all'idea che la verità biologica meriti sempre e comunque un vantaggio nel riconoscimento giuridico»<sup>1178</sup>, è opportuno considerare che maternità e

---

the Traditional Family', in *Hastings Law Journal*, 1996, p. 951; L. Bracken, 'Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-Border Surrogacy', cit., 2017.

<sup>1174</sup> K. Horsey, 'Challenging Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 24, 2010, p. 449; R. Storrow, 'Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage', in *Hastings Law Journal*, 2002, p. 640; G. Douglas, 'The Intention to be a Parent and the Making of Mothers', in *Modern Law Review*, 1994, p. 636.

<sup>1175</sup> L. Poli, 'Artificial reproductive technologies', cit., p. 9; K. Wade, 'The Regulation of Surrogacy: a Children's Rights Perspective', in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 29, 2017, 113.

<sup>1176</sup> Corte EDU, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 128.

<sup>1177</sup> L. Poli, 'Artificial reproductive technologies', cit., p. 9; K. Wade, 'The Regulation of Surrogacy: a Children's Rights Perspective', in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 29, 2017, 113.

<sup>1178</sup> L. Poli, 'Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri', cit., p. 420.



paternità costituiscono qualcosa di più del semplice trasferimento del materiale genetico ai fini del concepimento e che anche il ruolo dei genitori intenzionali merita di trovare un corretto riconoscimento.

## **8. Manipolazione genetica: quali implicazioni per l'identità individuale e collettiva?**

### *8.1 Un'introduzione*

Le riflessioni finali del capitolo saranno dedicate a delle considerazioni ulteriori su quanto lo sviluppo di nuove tecnologie abbia posto interrogativi e sfide inedite per quanto riguarda la tutela dell'identità personale e, pertanto, abbia portato il quadro internazionale dei diritti umani a rielaborare, estendendolo, il significato del relativo diritto. Infatti, il diritto all'identità abbraccia oggi, senza dubbio, anche l'identità biologica e genetica.

La tutela dell'identità genetica deve essere intesa come una dimensione del diritto all'identità che ricomprende la protezione delle caratteristiche genetiche dell'individuo. In questa prospettiva, gli attributi genetici sono considerati come una parte importante dell'identità di un soggetto, ma non la esauriscono<sup>1179</sup>. Per evitare infatti le derive dell'essentialismo genetico, che riduce il soggetto a mera somma della sua compagine genetica, gli strumenti dei diritti umani che affrontano la questione cercano di tenere insieme più piani, evidenziando non solo il ruolo della genetica ma anche quello dei condizionamenti ambientali e sociali<sup>1180</sup>. Così, ad esempio, l'art. 3 dell'*International Declaration on Human Genetic Data*, adottata nell'ambito dell'UNESCO, nel definire l'identità personale fa riferimento all'impatto nel forgiarla non solo dei geni, ma anche dei complessi fattori educativi, ambientali, personali e ai legami emotivi, sociali, spirituali e culturali con gli altri<sup>1181</sup>.

---

<sup>1179</sup> H. Boussard, 'Individual Human Rights in Genetic Research: Blurring the Line between Collective and Individual Interests', in Therese Murphy (a cura di), *New Technologies and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 250.

<sup>1180</sup> N. Nuno de Andrade, 'Human Genetic Manipulation and the Right to Identity: The Contradictions of Human Rights Law in Regulating the Human Genome', in *Journal of Law, Technology and Society*, 2010, p. 422.

<sup>1181</sup> UNESCO, *International Declaration on Human Genetic Data*, 32 C/Resolutions, 17 ottobre 2003, Art. 3: «Each individual has a characteristic genetic make-up. Nevertheless, a person's identity should not be reduced to genetic characteristics, since it involves complex educational, environmental and personal factors and emotional, social, spiritual and cultural bonds with others and implies a dimension of freedom».

Fra le nuove sfide derivanti dal progresso della tecnica che impattano sull'identità personale figura di certo, oltre a quelle già esaminate nel campo della rivoluzione riproduttiva, quella posta dalle manipolazioni genetiche che hanno innumerevoli ripercussioni sull'identità intesa, stavolta, in una duplice dimensione: individuale, in quanto derivante dall'architettura genetica del singolo, e collettiva, in quanto identità della specie umana. Basti pensare all'annuncio nel 2018 da parte del biologo cinese He Jiankui di aver contribuito alla nascita di due gemelle "geneticamente modificate"<sup>1182</sup>. Il DNA delle due bambine era stato, infatti, alterato nel tentativo (fallito) di renderle resistenti all'infezione da HIV di cui il padre era portatore. Similmente, nel 2019, lo scienziato russo Denis Rebrikov ha annunciato di aver modificato degli embrioni per prevenire la sordità, al fine di impiantarli e dar corso a una gravidanza<sup>1183</sup>.

In entrambi i casi, questi esperimenti sono stati svolti attraverso la sofisticata, e al tempo stesso economica, tecnologia CRISPR-Cas9, inventata nel 2012, che permette di alterare sezioni selezionate di DNA introducendo una nuova sequenza o disattivando un singolo gene che causa una determinata malattia. Ad oggi, i risultati di tale tecnica sono tutt'altro che prevedibili e sicuri<sup>1184</sup>. Tuttavia, si tratta di una tecnologia promettente, tanto più che, come stimato dall'Organizzazione mondiale della sanità, sono oltre diecimila le malattie causate da un errore in una singola sequenza del DNA.

L'editing del genoma può essere praticato sia sulle cellule somatiche di un individuo che sulle cellule germinali di un embrione. È proprio quest'ultima fattispecie che solleva maggiori problemi etici e di regolamentazione, data l'incertezza legata all'uso di questa tecnologia, l'irreversibilità dell'operazione e il fatto che cambiamenti desiderati o inattesi saranno trasmessi alle future generazioni con il rischio di avere un impatto sull'umanità intera<sup>1185</sup>. Per i suoi riflessi sull'identità, individuale e collettiva, ci occuperemo di questa seconda applicazione.

Bisogna poi distinguere, nelle pratiche connesse all'editing genetico, tra ricerca di base, che aiuta a comprendere il funzionamento dei geni e le connessioni con le malattie,

---

<sup>1182</sup> Tale annuncio è disponibile su youtube: 'About Lulu and Nana: Twin Girls Born Healthy After Gene Surgery as Single-Cell Embryos', <https://www.youtube.com/watch?v=th0vnOmFltc>.

<sup>1183</sup> D. Cyranoski, 'Russian Scientist Edits Human Eggs in Effort to Alter Deafness Gene', in *Nature*, 2019, p. 465.

<sup>1184</sup> M. Kosicki et al., 'Repair of CRISPR-Cas9 – Induced Double-Stranded Breaks Leads to Large Deletions and Complex Rearrangements', *Nature Biotechnology*, 2018, p. 765.

<sup>1185</sup> R. Yotova, 'Regulating Genome Editing under International Human Rights Law', in *International and Comparative Law Journal*, 2020, pp. 653-84.

coinvolgendo embrioni *in vitro*, e la ricerca clinica, che presuppone invece l'impianto di un embrione modificato a fini riproduttivi. Ci si deve chiedere se questi sviluppi sono compatibili con gli strumenti dei diritti umani e il concetto di dignità umana<sup>1186</sup>.

Inoltre, questa breve introduzione fa comprendere come, in questo delicato campo, non sono in gioco solo gli interessi individuali. Interventi quali quelli volti alla modifica genetica della linea germinale (d'ora in poi HGGE) hanno un impatto potenzialmente enorme, se praticati su larga scala, sulla riduzione della diversità genetica e, di conseguenza, a livello collettivo, sulle future generazioni. Ci si domanderà dunque come e in che misura il diritto internazionale dei diritti umani abbia la capacità di disciplinare questa sfera in cui rilevano non solo i rapporti tra Stato e singoli individui – secondo la sua tradizionale costruzione – ma anche interessi di altri gruppi e potenzialmente delle future generazioni, dal momento che all'informazione genetica si riconosce un alto potere predittivo riguardo lo stato di salute e l'identità futura<sup>1187</sup>.

Quando si guarda alla tutela dell'identità dalla prospettiva della modifica genetica attraverso la HGGE appaiono tensioni tra il diritto all'identità personale, come comprendente anche il diritto all'identità genetica, e il diritto collettivo all'identità umana, della specie umana. Questo doppio binario di tutela si evince in tutti gli strumenti internazionali che regolano la materia che tutelano sì l'identità, l'unicità e la diversità degli individui, ma a garanzia della protezione dell'intrinseca diversità della famiglia umana, di cui il genoma umano è alla base<sup>1188</sup>. Ciò determina un interessante cambio di prospettiva: il diritto all'identità personale sotto questo nuovo prisma non protegge solo "il chi sono" dal punto di vista della percezione interna o esterna dell'individuo ma anche "il chi sono" secondo le caratteristiche genetiche della specie umana. L'individuo,

---

<sup>1186</sup> F. Francioni 'Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The International Legal Framework', in Francesco Francioni (a cura di), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

<sup>1187</sup> H. Boussard, 'Individual Human Rights in Genetic Research: Blurring the Line between Collective and Individual Interests', in T. Murphy (a cura di), *New Technologies and Human Rights* (Oxford University Press 2009) 246–71, 248.

<sup>1188</sup> CoE, Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, Oviedo 4 aprile 1997, Serie n. 164, art. 1: «The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity». Art. 2: «(a) Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics. (b) That dignity makes it imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity».

pertanto, è protetto come parte di un tutto e il diritto all'identità genetica finisce per tutelare gli interessi degli individui futuri e della specie umana nel tempo<sup>1189</sup>. Vedremo, però, analizzando i principali strumenti del diritto internazionale dei diritti umani che regolano gli interventi volti alla modifica del genoma umano, la difficoltà nel coniugare gli interessi individuali e collettivi, potenzialmente confliggenti.

## 8.2 Il quadro normativo a livello internazionale

Le recenti applicazioni cliniche dell'editing del genoma umano ereditabile sono state ampiamente condannate dalla comunità scientifica. Allo stesso modo il *consensus* politico è incline a un divieto, o quantomeno una moratoria – richiesta anche dall'OMS<sup>1190</sup> – circa il suo utilizzo<sup>1191</sup>. Gli approcci giuridici nazionali variano notevolmente, si va da Stati in cui l'uso di questa tecnologia è severamente vietato ed è accompagnato da sanzioni penali (è il caso della maggior parte dei paesi europei ma anche di Canada e Australia) a Stati che, pur imponendo dei limiti severi, già consentono alcune sue applicazioni. Tra le legislazioni più permissive ci sono quelle di Cina, Stati Uniti e Gran Bretagna<sup>1192</sup>.

Una caratteristica del quadro internazionale esistente in materia di diritti umani che regola le tecnologie biomediche è l'assunto che l'applicazione della modifica genetica della linea germinale rappresenti un limite varcato il quale non sarebbe più possibile tornare indietro<sup>1193</sup>. Manca, ad oggi, un trattato internazionale di applicazione generale che regoli la materia, ma vi sono numerosi strumenti di carattere regionale o di *soft law* che disciplinano questi interventi, risalenti in massima parte agli anni '90. In particolare, i due principali strumenti che operano a livello internazionale sono la Convenzione per la protezione dei diritti umani e la dignità dell'essere umano riguardante l'applicazione della

---

<sup>1189</sup> H. Boussard, 'Individual Human Rights in Genetic Research', cit., p. 259.

<sup>1190</sup> OMS, Statement on Governance and Oversight of Human Genome Editing, 26 luglio 2019: <<https://www.who.int/news-room/detail/26-07-2019-statement-ongovernance-and-oversight-of-human-genome-editing>>.

<sup>1191</sup> F. Baylis, 'Human Genome Editing: Our Future Belongs to All of Us', in *Issues of Scientific Technologies*, Vol. 35, 2019, p. 42.

<sup>1192</sup> Per approfondimenti si veda: S. Varvastian, 'UK's Legalisation of Mitochondrial Donation in IVF Treatment: A Challenge to the International Community or a Promotion of Life-saving Medical Innovation to Be Followed by Others?', in *European Journal of Health Law*, Vol. 22, 2015, p. 405.

<sup>1193</sup> R. Andorno, A. E. Yamin, 'The Right to Design Babies? Human Rights and Bioethics', in *OpenGlobal Rights*, 2019.

biologia e la medicina, meglio nota come Convenzione di Oviedo, che ha carattere regionale ed è in vigore dal 1998, e la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani adottata dall'UNESCO nel 1997<sup>1194</sup> che, nell'intenzione dei suoi estensori è stata progettata come strumento da affiancare alla Dichiarazione universale del 1948 per stabilire principi etici in un campo ancora inesplorato<sup>1195</sup>. Entrambi sono volti a garantire la conservazione della specie umana difendendone l'integrità e la comune identità da possibili avanzamenti tecnologici che potrebbero violarle. Prevenendo alcune possibili modifiche del genoma umano, questi strumenti sembrano avere l'obiettivo che "gli umani rimangano umani"<sup>1196</sup>.

Un precedente, a livello di Consiglio d'Europa, si rinviene inoltre nella Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare sull'ingegneria genetica del 1982, che sembra contenere una prima, embrionale affermazione, a livello internazionale, di un diritto all'integrità genetica<sup>1197</sup>. Al punto 4, l'organo, a fronte dei problemi etici, giuridici e sociali generati dagli sviluppi della tecnica in questo settore, sostiene che il diritto alla vita, protetto dall'art. 2 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e il rispetto della dignità umana tutelino implicitamente il diritto a ereditare un pattern genetico che non sia stato mutato artificialmente. Si tratta di una prima elaborazione dell'idea che nella regolamentazione delle tecnologie genetiche e nelle restrizioni al loro uso si deve garantire, prima di tutto, la protezione dei valori fondamentali e dei diritti protetti dagli accordi sui diritti umani<sup>1198</sup>. Tale diritto però non è elaborato in termini assoluti e non viene considerato necessariamente in contrasto con le applicazioni terapeutiche dell'ingegneria genetica, i cui confini però non vengono chiaramente tracciati<sup>1199</sup>. Tale

---

<sup>1194</sup> Quest'ultima è servita da base per l'adozione, sempre in ambito UNESCO, della Dichiarazione internazionale sui dati umani genetici, nel 2003, e della Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i diritti umani, nel 2005.

<sup>1195</sup> UNESCO, 'Drawing Up of a Declaration on the Human Genome, Report by the Director-General', Ris 29C/21, 24 settembre 1997, p. 5.

<sup>1196</sup> N. De Andrade, 'Human Genetic Manipulation and the Right to Identity', cit., p. 435.

<sup>1197</sup> CoE, Assemblea Parlamentare, *Recommendation 934 (1982) Genetic engineering*, 26 gennaio 1982.

<sup>1198</sup> R. Andorno, 'Biomedicine and International Human Rights Law: In Search of a Global Consensus', in *Bulletin of the World Health Organization*, 2002, p.959.

<sup>1199</sup> *Recommendation 934 (1982) Genetic engineering*, art. 4: «Having regard, in respect of the legal, social and ethical issues, to the following considerations inspired by the Council of Europe's 7th Public Parliamentary Hearing (Copenhagen, 25 and 26 May 1981) on genetic engineering and human rights: a. the rights to life and to human dignity protected by Articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights imply the right to inherit a genetic pattern which has not been artificially changed; b. this right should be made explicit in the context of the European Convention on Human Rights; c. the explicit recognition of this right must not impede development of the therapeutic applications of genetic engineering (gene therapy), which holds great promise for the treatment and eradication of certain diseases which are

questione rimane infatti insoluta e, nel documento, si raccomanda al Comitato dei ministri di affrontarla redigendo un accordo europeo sul tema basato sui principi e i diritti contenuti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>1200</sup>.

Questa impostazione sembra essere stata seguita, parzialmente, anche nei documenti adottati successivamente allo scopo di regolare interventi manipolativi sul genoma umano nella prospettiva dei diritti umani. La Convenzione di Oviedo, il primo strumento giuridicamente vincolante in materia, dispone, all'art. 13, che gli interventi atti alla modifica del genoma umano siano leciti solo se condotti a scopo preventivo, diagnostico o terapeutico e qualora non mirino a determinare *alterazioni nel genoma dei discendenti*<sup>1201</sup>. Ciò equivale a un divieto assoluto delle modifiche apportate alla linea germinale a scopi riproduttivi.

Alcuni studiosi hanno avallato l'interpretazione per cui quando, durante l'editing, la modifica del genoma dei discendenti non sia lo scopo perseguito ma una conseguenza incidentale al processo, tale intervento possa essere compatibile con la Convenzione<sup>1202</sup>. Tuttavia, ciò sembra in contrasto con la *ratio* del testo. Il Rapporto Esplicativo evidenzia, infatti, come un cattivo uso di questa tecnologia possa mettere a repentaglio non solo l'individuo ma anche la specie stessa e che il timore è che la modifica intenzionale del genoma possa portare alla creazione di individui o gruppi dotati di particolari caratteristiche<sup>1203</sup>. Ciò si porrebbe in contrasto con l'obiettivo stesso della Convenzione, posta a tutela della dignità, dell'identità e dell'integrità di tutti gli esseri umani<sup>1204</sup>, sia

---

genetically transmitted ; (...) e. the boundaries of legitimate therapeutic application of genetic engineering techniques need to be clearly drawn, brought to the attention of research workers and experimentalists, and subjected to periodical re-appraisal».

<sup>1200</sup> R. Scott, S. Wilkinson, 'Germline Genetic Modification and Identity: The Mitochondrial and Nuclear Genomes', in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, 2017, p. 887; B. van Beers, 'Rewriting the Human Genome, Rewriting Human Rights Law? Human Rights, Human Dignity, and Human Germline Modification in the CRISPR Era', in *Journal of Law and the Biosciences*, 2022, pp. 1-36.

<sup>1201</sup> *Convenzione di Oviedo*, cit., art. 13: «Un intervento che ha come obiettivo di modificare il genoma umano non può essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti».

<sup>1202</sup> R. Yotova, 'The Regulation of Genome Editing and Human Reproduction Under International Law, EU Law and Comparative Law', cit.; Report to the Nuffield Council on Bioethics, giugno 2017, pp. 4-5, <https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Report-regulation-GEHR-for-web.pdf>.

<sup>1203</sup> *Explanatory report to the Convention on Human Rights and Biomedicine*, European Treaty Series, nr. 164, par. 89, <https://rm.coe.int/16800ccde5>.

<sup>1204</sup> *Convenzione di Oviedo*, cit., art. 1: «Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina».

come individui che come membri della specie umana. Come verrà approfondito, è dunque la protezione della dignità della persona uno dei principi sottostanti al divieto della modifica a scopi riproduttivi, che è stato di recente reiterato sia dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che dal Comitato sulla Bioetica<sup>1205</sup>.

Anche la Dichiarazione UNESCO sul genoma umano e i diritti umani (strumento non giuridicamente vincolante) insiste sul legame tra genoma umano, considerato patrimonio comune dell'umanità, e dignità come *ratio* per vietare una serie di pratiche che appaiono in possibile contrasto con la seconda. In questo documento, si ravvisa un possibile maggior grado di flessibilità nei confronti della pratica in discorso, dal momento che non vi è un espresso divieto della modifica della linea germinale. I lavori preparatori mostrano infatti che, al momento della sua redazione in cui le terapie geniche erano molto meno evolute di oggi, non c'era un consenso circa la necessità di imporre un divieto generale nei confronti della HGGE<sup>1206</sup>. Si riteneva, certamente, che il genoma umano dovesse essere oggetto di speciale protezione, per salvaguardare l'integrità della specie umana, ma questo non doveva necessariamente portare a concludere per una sua inviolabilità grazie ai possibili effetti benefici dello stesso<sup>1207</sup>. Alla fine, si decise di non inserire l'editing germinale nella lista delle pratiche proibite. Infatti, l'art. 24, nel definire i compiti assegnati al Comitato internazionale sulla Bioetica, si limita a prevedere l'identificazione delle pratiche «that *could be* contrary to human dignity, such as germ-line intervention». Alcuni tentativi di intervenire sulle cellule germinali possono ma non sono necessariamente da considerare contrari alla dignità umana<sup>1208</sup>. Da notare la differenza di linguaggio rispetto all'art. 11 che vieta, invece, espressamente la clonazione riproduttiva poiché è in contrasto con la dignità umana.

Tuttavia, riguardo allo stato dell'applicazione clinica, dato anche lo sviluppo della conoscenza scientifica, si riteneva che ogni esperimento volto a trasferire caratteristiche genetiche modificate alle future generazioni, anche a scopi terapeutici, dovesse essere considerato eticamente inaccettabile. Similmente, in un suo recente rapporto del 2015, il

---

<sup>1205</sup> CoE, Assemblea Parlamentare, *The Use of New Genetic Technologies in Human Beings*, Recommendation 2115, 2017, par. 3; Committee on Bioethics (DH-BIO), *Statement on Genome Editing Technologies*, dicembre 2015, <https://rm.coe.int/168049034a>.

<sup>1206</sup> UNESCO, *Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, 1999, Second Meeting of the Legal Commission of the IBC, 9 giugno 1994, p. 47.

<sup>1207</sup> Ivi, p. 62.

<sup>1208</sup> D. Krekora-Zajac, 'Civil Liability for Damages Related to Germline and Embryo Editing against the Legal Admissibility of Gene Editing', in *Palgrave Communications*, Vol. 6, 2020, p. 3.

Comitato internazionale della bioetica ha sostenuto che, alla luce dell'art. 1 della Dichiarazione e, dunque, della nozione del genoma umano come patrimonio comune dell'umanità, apportare delle modifiche genetiche che saranno trasmesse ai discendenti dovrebbe essere proibito. L'alternativa, infatti, significherebbe mettere a repentaglio la dignità intrinseca e quindi propria di tutti gli esseri umani e rinnovare, in forma mascherata, l'eugenetica<sup>1209</sup>.

Infine, a livello di Unione Europea, si ritiene utile segnalare la cd 'Direttiva Biotech' del 1998 che esclude dalla brevettabilità i processi per modificare la linea germinale e, dunque, l'identità genetica degli esseri umani, a salvaguardia della dignità e della integrità della persona<sup>1210</sup>. Inoltre, la direttiva e il successivo regolamento sulla sperimentazione clinica dispongono che «no gene therapy clinical trials may be carried out which result in modifications to the subject's germ line genetic identity»<sup>1211</sup>. Di fatto, bloccandone la sperimentazione indispensabile per l'introduzione sicura della HGGE, queste disposizioni finiscono per impedire l'uso riproduttivo della linea germinale.

### *8.3 È necessaria una nuova regolamentazione internazionale della HGGE? Proposte di revisione e limiti alla luce della tutela internazionale dei diritti umani*

Da quanto sopra esposto, si comprende come il quadro giuridico internazionale fosse in parte equipaggiato per fronteggiare l'ascesa della tecnologia HGGE. È uno dei pochi casi, forse, in cui lo sviluppo normativo ha anticipato quello tecnico. Eppure, gli strumenti di cui l'ordinamento internazionale dispone iniziano a mostrare le prime crepe e si levano, da più parti (comunità scientifica, accademia e società), pressioni per aggiornare il quadro giuridico esistente<sup>1212</sup>. Ciò che hanno in comune queste proposte è l'idea di un trattato

---

<sup>1209</sup> UNESCO, International Bioethics Committee, *Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights*, SHS/YES/IBC-22/15/2 REV.2, 2015, par. 107.

<sup>1210</sup> Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, C/2016/6997, OJ C 411, Preambolo, par 40, art. 6 e 16.

<sup>1211</sup> Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of Apr. 4, 2001 on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the member states relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use, OJ L 121, 1.5.2001, 34; Regulation (EU) No 536/2014 of the European Parliament and of the Council of Apr. 16, 2014 on clinical trials on medical products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC.

<sup>1212</sup> D. Baltimore et al., 'A Prudent Path Forward for Genomic Engineering and Germline Gene Modification', *Science*, 2015, p. 36; Hinxton Group Statement, *Statement on genome editing technologies and human germline genetic modification*, 2015,



internazionale che sostituisca il divieto assoluto della tecnologia HGGE, come quello contenuto nella Convenzione di Oviedo, considerato troppo rigido, con una regolamentazione “responsabile” della stessa. L’uso a scopi riproduttivi dovrà essere soggetto a una moratoria, fino a quando non risulterà sicuro. Nel frattempo, la ricerca di base in questo settore dovrebbe essere agevolata. Infatti, impedire la ricerca su gameti ed embrioni non destinati all’impianto impedirebbe di valutare la fattibilità pratica e l’accettabilità etica di potenziali applicazioni cliniche di tale tecnologia<sup>1213</sup>. Vediamo però quali sarebbero i principali ostacoli dalla prospettiva dei diritti umani.

### 8.3.1 Ricerca di base e preclinica

Non ci si soffermerà molto sulle implicazioni sulla ricerca di base e preclinica che non appaiono in contrasto con l’attuale quadro regolatorio e non impattano in senso stretto con l’identità personale. Già durante i lavori preparatori della Convenzione di Oviedo era emerso un consenso diffuso circa la necessità di consentirla<sup>1214</sup> e, in effetti, l’art. 13, vietando specificamente le modifiche trasmesse ai discendenti, implicitamente consente la ricerca di base sulle cellule germinali non usate ai fini riproduttivi. Del resto, è lo stesso Rapporto esplicativo che specifica che la ricerca medica mirante a introdurre modifiche genetiche su gameti che non saranno utilizzati per la procreazione è consentita se effettuata *in vitro*<sup>1215</sup>. Inoltre, l’art. 15 della stessa Convenzione afferma la libertà della ricerca scientifica nei campi della biologia e della medicina come funzionale alla protezione dei diritti umani. Si può dunque concludere che anche nell’approccio restrittivo adottato dalla Convenzione di Oviedo, la ricerca di base che coinvolge l’editing germinale è ammessa. Un ostacolo per la ricerca di base è rappresentato però dal divieto

---

[http://www.hinxtongroup.org/Hinxton2015\\_Statement.pdf](http://www.hinxtongroup.org/Hinxton2015_Statement.pdf); E. Lander et al., ‘Adopt a Moratorium on Heritable Genome Editing’, in *Nature*, 2019, p. 165; American National Academies of Sciences, Engineering and Medicine, *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance*, 2017; Federation of European Academies of Medicine, *The Application of Genome Editing in Humans*, 2017, <https://www.feam.eu/theapplication-of-genome-editing-in-humans/>; Organizing Committee for the International Summit on Gene Editing, *On Human Genome Editing II. Statement by the Organizing Committee of the Second International Summit on Human Genome Editing*, Hong Kong, 2018, <http://www8.nationalacademies.org/onpinews/newsitem.aspx?RecordID=11282018b>.

<sup>1213</sup> L. Poli, ‘Human germline genome editing and human rights law: A “brave new world” is not here to come’, in *BioLaw Journal*, 2021, pp. 359 ss.

<sup>1214</sup> Preparatory Works on the Convention on the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Steering Committee on Bioethics, CDBI/INF, 2000, par. 66.

<sup>1215</sup> CoE, *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*, cit., p. 15.

di creazione di embrioni a fini di ricerca, contenuto nell'art. 18 della Convenzione di Oviedo che dovrebbe essere revocato.

Le proposte avanzate prevedono che, in seguito, questa tecnologia dovrebbe essere resa disponibile per scopi esclusivamente terapeutici, ossia l'eliminazione di gravi malattie genetiche. Ci si interrogherà pertanto su un'analisi di tali proposte per la regolamentazione della HGGE alla luce della prospettiva dei diritti umani. Prima di tutto, verranno evidenziate le problematicità della distinzione tra scopi terapeutici e migliorativi e poi il ruolo e il significato del concetto di dignità umana che tali proposte sembrano sottostimare.

### *8.3.2 Difficoltà a stabilire in maniera netta una differenza tra trattamento e miglioramento*

Come detto, l'esistente divieto di HGGE appare obsoleto a fronte dei nuovi sviluppi tecnologici e, soprattutto la comunità scientifica, oggi preme per una regolamentazione che riconosca e regoli questa tecnica per scopi terapeutici e preventivi<sup>1216</sup>. Si ritiene, infatti, che la regolamentazione del possibile uso, controllato e arginato entro stretti limiti, di tale tecnologia sarebbe più efficace e realistica di un modello proibitivo, come quello attuale. Il rischio è infatti che, quando livello nazionale alcuni Stati lo renderanno lecito, si possano generare fenomeni di turismo medico, difficilmente controllabili<sup>1217</sup>.

In tali proposte, l'uso della HGGE al fine di migliorare la prole rimarrebbe vietato. Si tratta di un principio rilevante dalla prospettiva dei diritti umani. Basti pensare al fatto che l'art. 13 della Convenzione di Oviedo, come già ricordato, vieta categoricamente tale tecnologia, consentendo invece modifiche genetiche a scopo terapeutico e diagnostico. In maniera analoga, l'art. 14, nel regolare l'uso delle tecnologie di procreazione medicalmente assistita, vieta che si possa scegliere il sesso del futuro bambino, a meno che ciò non serva a evitare gravi malattie ereditarie.

Tuttavia, nel campo dell'applicazione della HGGE, vi è un confine sfocato tra l'applicazione clinica a scopi terapeutici e di miglioramento, come messo in luce dal

---

<sup>1216</sup> P. Sykora, A. Caplan, 'The Council of Europe Should Not Reaffirm the Ban on Germline Genome Editing in Humans', in *EMBO Reports*, 2017, p. 1871.

<sup>1217</sup> E. Adashi, G. Cohen, 'Germline Editing: Could Ban Encourage Medical Tourism?', in *Nature*, 2019, p. 40.

Gruppo europeo sulla Bioetica<sup>1218</sup>. Nell'applicazione di questa tecnologia vi è il rischio di una china scivolosa dato il suo forte potenziale eugenetico, inclusa la possibilità di produrre individui con speciali abilità e resistenti a particolari condizioni avverse. Non appare neutrale nemmeno la definizione di cosa debba essere considerato “terapeutico” in questo contesto.

Inoltre, si vuole segnalare come la proposta più radicale, quella inglese, ammette anche la possibilità di perseguire scopi volti al miglioramento delle caratteristiche del soggetto<sup>1219</sup>. Tuttavia, ciò appare altamente problematico dal punto di vista dei diritti umani. L'obiettivo di migliorare gli individui e la specie umana attraverso le modifiche genetiche viola il rispetto della dignità umana in una doppia prospettiva. In primo luogo, indebolisce l'idea che sono proprio le differenze tra gli esseri umani, la loro identità specifica, il presupposto della loro uguaglianza che i diritti umani proteggono. In secondo luogo, ciò introduce il rischio di nuove forme di discriminazione e stigmatizzazione per coloro che non possono permettersi (o non vogliono ricorrere) a tale miglioramento<sup>1220</sup>. Se non è possibile tracciare una linea netta tra terapia e miglioramento, c'è da chiedersi se l'idea di un uso rigidamente regolamentato e limitato dell'editing della linea germinale non sia di per sé illusorio.

### *8.3.3 Dimensione individuale e collettiva dell'identità genetica: limiti all'editing*

Le nuove proposte di regolamentazione prevedono che, una volta raggiunta la sicurezza della pratica per la salute umana, si apra anche alle sue applicazioni cliniche. Tuttavia, lo sviluppo e l'applicazione della HGGE impongono riflessioni non solo sulle possibili conseguenze sull'identità del singolo ma anche sul futuro stesso dell'umanità<sup>1221</sup>. L'attuale diritto internazionale dei diritti umani contiene già in sé i principi che dovrebbero guidarne, restringendola, l'applicazione. Prima di tutto, la Convenzione di Oviedo e la Dichiarazione UNESCO, come abbiamo visto, cercano di

---

<sup>1218</sup> European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Statement on Gene Editing*, [https://ec.europa.eu/research/egp/pdf/gene\\_editing\\_egp\\_statement.pdf](https://ec.europa.eu/research/egp/pdf/gene_editing_egp_statement.pdf). Si veda anche: E. Lanphier et al., 'Do not Edit the Human Germline', in *Nature*, 2015, p. 411.

<sup>1219</sup> Nuffield Council on Bioethics, *Genome Editing and Human Reproduction: Social and Ethical Issues*, 2018.

<sup>1220</sup> International Bioethics Committee, *Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights*, cit., par. 111.

<sup>1221</sup> Ivi, par. 28.

affrontare i risvolti degli sviluppi biomedici tenendo conto di tre livelli: individuale, sociale e della specie umana.

Se ammessa anche nelle sue applicazioni cliniche, la HGGE dovrà essere soggetta a rigide restrizioni che garantiscano il rispetto prima di tutto della dignità umana. In effetti, nell'approccio all'editing genetico del Consiglio d'Europa e dell'UNESCO, la dignità è considerata come un principio giuridico che non solo offre protezione ai diritti e libertà individuali ma anche agli interessi collettivi dell'umanità su cui i diritti umani sono costruiti (quella che in dottrina viene chiamata "dignity as empowerment" e "dignity as constraint"<sup>1222</sup>).

Per quanto riguarda la dimensione individuale della dignità, i possibili rischi sono da rinvenire, una volta garantita la già difficile sicurezza clinica, nelle future forme di discriminazione che possono derivare da un consolidamento, a livello genetico, delle disuguaglianze socio-economiche e sul fatto che mutare l'identità genetica di un individuo incide inevitabilmente sulla sua percezione del sé, sulla sua libertà, rischiando che lo stesso finisca per essere "progettato" da un'altra persona, senza il proprio consenso. È nell'interesse di tutti gli individui preservare la natura essenzialmente casuale della propria combinazione genetica poiché «naturally occurring genetic recombination is likely to create more freedom for the human being than a predetermined genetic»<sup>1223</sup>.

A livello collettivo, l'attuale divieto di applicazione clinica contenuto nella Convenzione di Oviedo è ispirato al principio di precauzione<sup>1224</sup> e, come spiega anche il Rapporto esplicativo, al timore che questa tecnologia, di fatto, introduca nel genoma umano delle modifiche, trasmesse alle generazioni future, volte a produrre individui dotati di particolari requisiti e qualità<sup>1225</sup>. Se usato a fini eugenetici, l'editing della linea germinale rappresenterebbe, così come la clonazione, una minaccia all'identità collettiva poiché di fatto la stessa specie umana può essere messa a repentaglio dall'applicazione di tecniche che siano volte a predeterminare le caratteristiche degli individui. È un divieto volto a tutelare la dimensione collettiva della dignità umana e dunque gli interessi di lungo

---

<sup>1222</sup> R. Andorno, 'Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics', in *Journal of Medical Philosophy*, Vol. 34, 2009, p. 223; M. Werner, 'Individual and Collective Dignity', in M. Duewelle, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (a cura di) *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2014, p. 343.

<sup>1223</sup> CoE, Explanatory Report, cit., par. 3.

<sup>1224</sup> L. Poli, 'Human Germline Genome Editing and Human Rights', cit., p. 35.

<sup>1225</sup> CoE, Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, par. 89.

termine della società, delle future generazioni e dell'umanità che prevalgono su quelli dei futuri genitori e della futura prole<sup>1226</sup>.

Il genoma umano in questa prospettiva è considerato meritevole di una protezione speciale, poiché viene inteso come la naturale connessione tra tutti gli esseri umani, in quanto trasmesso dai nostri predecessori<sup>1227</sup>. Proprio a questa accezione fa riferimento la nozione, contenuta nell'art. 1 della Dichiarazione UNESCO, di genoma come patrimonio comune dell'umanità. Si tratta di un concetto proprio del diritto internazionale del mare e applicato per la prima volta alla governance genetica. Rappresenta una delle principali innovazioni della dichiarazione e uno dei suoi aspetti più dibattuti<sup>1228</sup>. Alla fine, è stato inserito in quanto affermazione del valore universale del genoma, la cui salvaguardia è un dovere della comunità internazionale nel suo complesso, che deve tener conto della tutela della diversità genetica e degli interessi a riguardo delle future generazioni<sup>1229</sup>.

A questo proposito, la Dichiarazione UNESCO sulla Responsabilità delle generazioni presenti sulle future generazioni, nel campo della genetica prevede l'obbligo che i progressi scientifici e tecnologici non compromettano la preservazione della specie umana. Allo stesso modo, la Dichiarazione sulla bioetica e i diritti umani e quella sulla scienza e l'uso della conoscenza scientifica, implicano che si dia assoluto rilievo all'impatto della scienza sulle future generazioni. Proprio perché questa tecnologia ha il potere di impattare sul futuro della riproduzione umana: «no one has the moral warrant to go it alone»<sup>1230</sup>.

Da questa prospettiva, si può sostenere che le presenti generazioni dovrebbero astenersi dal predeterminare la composizione genetica dei futuri individui perché ciò darebbe luogo a una loro strumentalizzazione sulla base delle concezioni dominanti di

---

<sup>1226</sup> CoE, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, par. 3.

<sup>1227</sup> N. Primic, 'Do we have a right to an unmanipulated genome? The human genome as the common heritage of Mankind', in *Bioethics*, 2020, p. 41.

<sup>1228</sup> Vi era chi riteneva che tale concetto avrebbe creato un obbligo di proteggere il genoma umano in sé, nelle sue passate, presenti e future espressioni come fonte di diversità genetica. Chipensava che avrebbe creato tensioni tra patrimonio individuale e collettivo. Chi ancora temeva che tale concetto avrebbe consentito agli Stati di assumere misure autoritarie nel campo delle politiche pubbliche, limitando il diritto degli individui di procreare liberamente e trasmettere il patrimonio genetico ai propri discendenti o di obbligare gli individui a sottoporsi a operazioni diagnostiche e preventive nell'interesse della società.

<sup>1229</sup> F. Francioni, 'Genetic Resources, Biotechnologies and Human Rights: The International Legal Framework', in F. Francioni, *Biotechnologies and International Human Rights*, Hart Publishing, 2007.

<sup>1230</sup> K. Hasson, Marcy Darnovsky, 'Gene-Edited Babies: No One Has the Moral Warrant to Go It Alone', *Guardian*, 27 Novembre 2018.

caratteristiche umane percepite come desiderabili. Il rischio insito è stato definito una possibile “tirannia intergenerazionale”<sup>1231</sup>. Tuttavia, il ricorso alla giustizia intergenerazionale non sembra il più adeguato in questa circostanza. Ad oggi, le future generazioni non sono ancora considerate soggetti di diritto e, pertanto, non sono titolari di un proprio diritto all’integrità o all’identità genetica. Proprio per questo, appare più appropriato appellarsi ad altri strumenti concettuali, quali il valore intrinseco della specie umana e l’importanza di tutelarne l’identità collettiva.

Al contrario, nelle proposte avanzate per la rimozione del divieto di HGGE, come quella presentata dall’inglese Nuffield Council on Bioethics, sparisce la dimensione collettiva di protezione della specie umana, ritenendo che, a questo livello, il principio del rispetto della dignità umana sia vago e inutile<sup>1232</sup>. La *ratio* suggerita è che la titolarità dei diritti umani non dipende dal genoma umano: la specie umana si è evoluta nel tempo e sarebbe riduzionistico comprendere dignità ed esseri umani in termini di essenzialismo genetico. Tuttavia, non è questo che il quadro attuale cerca di proteggere. Infatti, l’art. 3 della Dichiarazione UNESCO statuisce che per natura il genoma evolve ed è soggetto a mutazioni. Il divieto per la HGGE non riguarda tanto la preservazione del genoma umano, quanto evitare nuove forme di discriminazione e pratiche eugenetiche. Le proposte degli organi scientifici, invece, sembrano difficilmente condivisibili, laddove dimostrano di abbracciare un approccio post-umanista, in cui «the self-overcoming of the human species»<sup>1233</sup> non sarebbe da considerare necessariamente problematico.

---

<sup>1231</sup> R. Andorno, ‘The Relevance of Human Rights for Dealing with the Challenges Posed by Genetics’, in A. von Arnould (a cura di), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020, p. 346.

<sup>1232</sup> Nuffield Council on Bioethics, *Genome Editing and Human Reproduction: Social and Ethical Issues*, 2018, pp. 90 ss.

<sup>1233</sup> *Ibidem*.

## CAPITOLO IV

### L'IDENTITÀ DI GENERE E

#### L'ORIENTAMENTO SESSUALE

Sommario: 1. Introduzione – SEZIONE I: LA CATEGORIA DEL GENERE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE – 2. Sesso e genere nel diritto internazionale tra asimmetria e dualismo radicato – 3. I principi di Yogyakarta – 4. La tutela dell'identità di genere da parte dei meccanismi di controllo delle Nazioni Unite – 4.1 Depatologizzazione delle identità *gender-variant* – 4.2 Riconoscimento legale del genere – 4.3 Limiti: essenzialismo e visione euro-centrica dell'identità di genere – SEZIONE II: – LA TUTELA DELL'IDENTITÀ DI GENERE AD OPERA DELLE CORTI REGIONALI – 5. La Corte europea dei diritti umani – 5.1 La prima fase: negazione del diritto al riconoscimento legale del genere – 5.2 La svolta parziale del 2002 e le questioni rimaste aperte – 5.3 La seconda fase: patologizzazione delle identità trans, finanziamento e accesso all'operazione di riconversione dei caratteri sessuali – 5.4 Terza fase: tutela dell'identità transgender e parziale revisione dei requisiti per il riconoscimento legale – 5.5 Possibile applicazione del concetto di gruppo vulnerabile – 6. La Corte interamericana e la primazia del modello basato sull'autodeterminazione individuale – 7. La tutela internazionale dell'identità di genere: una sintesi – SEZIONE III: LA TUTELA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE AD OPERA DELLE CORTI REGIONALI – 8. La tutela della familiare di coppie formate da individui dello stesso sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani – 8.1 L'estensione della nozione di famiglia alle coppie omosessuali: una svolta parziale – 8.2 L'obbligo di prevedere forme di riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali – 8.3 Il matrimonio egualitario – 9. La corte interamericana e il riconoscimento giuridico di coppie dello stesso sesso – 9.1 La tutela di una pluralità di modelli di vita familiare – 9.2 Il diritto umano al matrimonio omosessuale – 10. La tutela della vita familiare di coppie omosessuali ad opera delle corti regionali: una sintesi.

#### 1. Introduzione

Nelle società contemporanee, gli individui trans e omosessuali si trovano ad affrontare una serie di sfide, giuridiche e sociali, che mettono in discussione la realizzazione dei loro diritti fondamentali. Nella maggior parte dei Paesi, i primi non hanno accesso a procedure per il riconoscimento legale dell'identità del genere d'elezione che sono, ad oggi, previste in meno di 90 Stati<sup>1234</sup>. Ciò fa sì che migliaia di individui in tutto il mondo siano costretti

---

<sup>1234</sup> Si vedano a tale proposito i dati costantemente aggiornati disponibili a questo indirizzo: <https://database.ilga.org/legal-gender-recognition>. Z. Chiam, S. Duffy, M. González Gil, *Trans legal*

a vivere senza documenti ufficiali che riflettano la loro identità, in un vuoto legale e in un clima di stigma e pregiudizio che tacitamente consentono atti di violenza e discriminazione nei loro confronti che rimangono impuniti. In tal modo, si produce una situazione di criminalizzazione *de facto* delle identità di genere non conformi, come evidenziato dall'Esperto indipendente delle Nazioni Unite, Victor Madrigal-Borloz, nel 2018<sup>1235</sup>.

Inoltre, anche laddove previste, tali procedure richiedono spesso che, per ottenere la rettifica del nome e del sesso registrato sui documenti ufficiali, il soggetto soddisfi una serie di requisiti abusivi. Prendendo in considerazione i soli Stati membri del Consiglio d'Europa – e si tratta della regione del mondo in cui le legislazioni nazionali sono le più avanzate – 24 Paesi subordinano il riconoscimento legale del genere a un intervento medico di rettificazione dei caratteri sessuali, 13 alla sterilizzazione obbligatoria e, infine, ben 27 Stati continuano a patologizzare le identità trans richiedendo una diagnosi psichiatrica<sup>1236</sup>.

Se l'identità di genere è una categoria che, come vedremo, si applica a tutti gli esseri umani, nel capitolo si utilizzerà il termine-ombrello “trans” per indicare tutti coloro che si identificano con un genere diverso rispetto a quello assegnato alla nascita. Similmente si parlerà di individui *gender-variant* (o *gender-diverse*) per sottolineare che si tratta di persone la cui identità di genere è in contrasto, si discosta, “varia” da ciò che viene percepito come la norma di genere dominante. Le società occidentali appaiono, infatti, strutturate intorno ad un sistema etero-normativo di genere<sup>1237</sup>. L'etero-normatività può essere definita come l'insieme delle istituzioni, dei modelli e delle strutture interpretative che privilegiano l'eterosessualità e le identità cis-gender, marginalizzando o non riconoscendo coloro che non rispettano queste rigide barriere<sup>1238</sup>.

---

*mapping report: recognition before the law*, Ginevra, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2017.

<sup>1235</sup> *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, UN Doc. A/73/152, 12 luglio 2018, par. 18.

<sup>1236</sup> Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe*, 2022, p. 19.

<sup>1237</sup> Per approfondimenti si rimanda a: P. Currah, R. M. Juang, Shannon Price Minter, *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, 2006; S. Stryker, S. Whittle, *The Transgender Studies Reader*, Routledge, 2006.

<sup>1238</sup> Si tratta della definizione fornita in: L. Berlant e M. Warner, 'Sex in Public', in *Critical Inquiry*, Vol. 24, n. 2, 1998, p. 548. Vedi anche: M. Warner, 'Introduction: Fear of a Queer Planet', in *Social Text*, Vol. 9, n. 4, 1991.



La determinazione del genere di un individuo in un contesto etero-normativo è basata, infatti, su una visione binaria del genere, che divide le persone nelle categorie del “maschile” e del “femminile” in base alle caratteristiche biologiche, come i genitali, riscontrate al momento della nascita e che non ammette deviazioni. Si presume, infatti, che il genere sia correlato in modo diretto al sesso e all’aspetto fisico, ignorando le dimensioni sociali e intime dell’identità di genere e mettendo al bando identità che non si conformino a tali aspettative sociali.

Come il genere, anche l’orientamento sessuale è una caratteristica intrinseca dell’identità individuale. Tale categoria si riferisce all’attrazione e alle relazioni emotive, affettive e sessuali con un individuo dello stesso genere o di un genere diverso<sup>1239</sup>. Si tratta di un concetto ampio che lascia spazio all’auto-identificazione e può variare lungo un *continuum*. L’orientamento sessuale è infatti del tutto indipendente dal sesso assegnato alla nascita così come dall’identità di genere. Costituisce una componente fondamentale della vita privata di un individuo ed è connesso allo sviluppo della personalità e delle relazioni con altri esseri umani. Come è stato riconosciuto da alcuni organismi internazionali, è strettamente correlato alla nozione di autodeterminazione individuale e alla libertà di scegliere le opzioni e le circostanze che diano significato alla propria esistenza<sup>1240</sup>.

Anche sotto questo profilo, però, il paradigma etero-normativo ha portato a considerare «normali, naturali e ideali» solo le relazioni eterosessuali<sup>1241</sup>. Ciò si è tradotto in una marginalizzazione, discriminazione e, nei casi più gravi, addirittura in atti di persecuzione, tortura e trattamenti inumani nei confronti di individui omosessuali in tutto il mondo. Ne è una riprova il fatto che, ancora oggi, esistono ben 50 Stati in cui l’omosessualità è criminalizzata, mentre altri proibiscono l’ingresso nel proprio paese in base all’orientamento sessuale, stabiliscono soglie differenti per l’età del consenso o impediscono l’accesso alle forze armate. Tali legislazioni di fatto contribuiscono a creare un ambiente in cui la violenza contro le persone dall’orientamento sessuale ritenuto non

---

<sup>1239</sup> *The Yogyakarta Principles, Principles on the International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, Marzo 2007, disponibile all’indirizzo: <http://www.portalenazionalelgbt.it/bancadeidati/schede/theyogyakartapinciples/file/The%20Yogyakarta%20Principles%20ENG.>, p 6.

<sup>1240</sup> IIACHR., *Case of Atala Riffo and daughters v. Chile*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 24, 2012. Series C No. 239, para. 136.

<sup>1241</sup> UNESCO, *Review of Homophobic Bullying in Educational Institutions*, 2012, p. 50.

conforme è tacitamente permessa o quanto meno tollerata, causando un aumento del pregiudizio<sup>1242</sup>. Inoltre, la situazione risulta preoccupante anche per quanto riguarda l'aspetto che si è deciso di approfondire in questa sede, ossia gli ostacoli nell'accesso a istituti che offrano forme di riconoscimento giuridico alle relazioni di coppie composte da individui dello stesso sesso, consentendo di tutelare un aspetto centrale della loro identità sociale, le prospettive sono al momento desolanti. Sono 146 gli Stati che, al momento, non prevedono alcuna forma di partenariato o unione civile da per le coppie omosessuali<sup>1243</sup>.

Nelle società contemporanee, lo standard etero-normativo è penetrato, come si è visto, anche nel diritto, trasformando di fatto una consuetudine sociale in un meccanismo di controllo giuridico, una sorta di “diritto naturale” del genere e dell'orientamento sessuale<sup>1244</sup>. Il sesso diviene dunque la categoria, naturalizzata ma non naturale, che fonda le società come eterosessuali e, attraverso il diritto, costruisce ogni soggetto come maschile o femminile, attraverso una presunzione normativa sull'identità personale e sull'oggettività del genere<sup>1245</sup>. Imponendo un sistema di registrazione obbligatorio e binario del sesso, quale risultante dall'anatomia genitale degli individui verificata al momento della nascita, e offrendo riconoscimento giuridico unicamente alle relazioni eterosessuali, il diritto ha continuato dunque a lungo a legittimare, certificandolo, il sistema culturale dominante<sup>1246</sup>. La costruzione normativa dei soggetti ha contribuito all'emersione della violenza, della discriminazione, dello stigma sociale e delle tensioni di cui divengono destinatari i corpi considerati “devianti”: ogni corpo che non aderisce a pieno al sistema di genere delineato viene, infatti, considerato problematico, patologizzato e soggetto a tentativi di normalizzazione<sup>1247</sup>.

---

<sup>1242</sup> UNGA, Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, A/78/227, 23 luglio 2023, p. 6.

<sup>1243</sup> <https://database.ilga.org/same-sex-marriage-civil-unions>.

<sup>1244</sup> J. T. Weiss, 'The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity', in *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issue*, Vol. 10, 2001, p. 124.

<sup>1245</sup> J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 2007, p. 154. P. Cannoot, M. Decoster, 'The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis', in *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, Vol. 26, 2020, p. 43.

<sup>1246</sup> D. Cooper, F. Renz, 'If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?', in *Journal of Law and Society*, Vol. 43, n. 4, 2016, p. 491.

<sup>1247</sup> A. J. Neuman Wipfler, 'Identity Crisis: The limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents', in *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 39, 2016, p. 543.

Questa elaborazione occidentale delle categorie del sesso/genere si è tradotta, inoltre, in un'ossessione per l'eliminazione di tutte le tracce di ambiguità sessuale: lo dimostrano i frequenti interventi non consensuali cui sono sottoposti i bambini intersessuali o il fatto che, laddove il riconoscimento legale del genere d'elezione è ammesso, è comunque spesso subordinato alla modifica irreversibile dei caratteri sessuali<sup>1248</sup>. Ciò conferma quella che è stata definita l'ossessione delle società occidentali moderne per il "vero sesso" che si ritiene iscritto nella realtà del corpo<sup>1249</sup>.

Tale impostazione è messa in discussione dalla teoria *queer*<sup>1250</sup>, che contesta la fissità e la stabilità delle categorie di sesso e genere, ammettendo e riconoscendo identità che rompono l'ideale normativo del binarismo dei sessi e che rivendicano la propria mutabilità, fluidità o persino una mancanza di identità<sup>1251</sup>. Il caposaldo di questo approccio è, infatti, il rifiuto per qualsivoglia tentativo di incasellare l'esistenza dell'individuo e la sua sessualità attraverso il genere binario, l'orientamento eterosessuale o altre identità sessuali normative<sup>1252</sup>. La teoria *queer* tenta di scardinare, infatti, ciò che Sedwick, pioniera degli studi di genere, definiva il confine diacritico e invalicabile tra generi diversi<sup>1253</sup>.

Se, già a partire dagli anni '70, la teoria femminista aveva iniziato a proporre una distinzione tra il sesso, ancorato alle caratteristiche biologiche e alle funzioni riproduttive, e il genere, come insieme di attributi culturali rispondenti ad una classificazione tra i

---

<sup>1248</sup> W. O'Brien, 'Can International Human Rights Law Accommodate Bodily Diversity?', in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 1, p. 15.

<sup>1249</sup> M. Foucault, *Herculine Barbin, Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century French Hermaphrodite*, Vintage Book Edition, 2010, p. 10.

<sup>1250</sup> Il pensiero *queer*, infatti, grazie all'uso di un metodo decostruttivista, svela le incongruenze e analizza criticamente aspetti apparentemente neutrali e frequentemente ignorati della vita sociale, mettendo in evidenza come spesso è il paradigma etero-normativo ad essere ad essi sotteso. Per approfondimenti si rimanda a: A. Jagose, *Queer Theory: An Introduction*, New York University Press, 1997; D. E. Hall, *Queer Theories*, Palgrave, 2002; N. Sullivan, *A Critical Introduction to Queer Theory*, New York University Press, 2003; L. R. Kepron, 'Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory', in *Law and Sexuality*, Vol. 9, 1999. D. Gonzalez-Salzburg e L. Hodson, *Research Methods for International Human Rights Law: Beyond the Traditional Paradigm*, Routledge, 2021, p.100.

<sup>1251</sup> A. M. Gross, 'Sex, Love, and Marriage: Questioning Gender and Sexuality Rights in International Law', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, n.1, 2008, p. 238.

<sup>1252</sup> M. R. Marella, 'Queer Eye for Straight Guy. Sulle possibilità di una analisi giuridica queer', in *Politica del diritto*, Vol. 3, 2017, p. 399.

<sup>1253</sup> E. Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Penguin Books, Londra, 1990, p. 53. J. Butler, *Bodies that Matter: on the Discursive Limits of Sex*, Routledge, 2011, p. 113. Vedi anche: K. O'Donovan, *Sexual Division in Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1985.

sessi<sup>1254</sup>, il pensiero *queer* ha messo in discussione la sussistenza stessa di una diversità di significato tra le due nozioni che vengono usate, come verrà fatto in questo capitolo, in modo interscambiabile. La teoria *queer*, infatti, li considera entrambi costrutti sociale dal carattere performativo. Il sesso non dovrebbe essere inteso come un dato biologico naturale. Al contrario, opera un condizionamento culturale per cui si è portati a considerare una parte anatomica, che di per sé sarebbe spoglia di qualsiasi implicazione sociale, una base per distinguere l'umanità in due categorie<sup>1255</sup>. Se entrambi sono prodotti culturali e non vi è una relazione causale necessaria tra i due, il paradigma del dualismo del sesso/genere non è necessario ed entrambi possono e devono essere riconsiderati e rielaborati al di fuori dei rigidi confini del binarismo di matrice occidentale<sup>1256</sup>. La teoria *queer* contesta la connessione diretta tra sesso biologico e ruoli di genere, promuovendo l'idea che l'identità di genere sia fluida, contestuale, soggettiva: la interpreta come un *continuum* mutevole, e non come un parametro biologicamente predeterminato<sup>1257</sup>. Pertanto, ad un modello "ascrittivo" dell'identità di genere che è imposta dall'esterno sulla base delle caratteristiche sessuali e validata dal riconoscimento giuridico, la teoria *queer* contrappone un modello "elettivo" che sia basato esclusivamente sull'autodeterminazione e autodefinizione individuale.

In questo capitolo, si vedrà come il paradigma etero-normativo è risultato e in parte risulta il modello dominante nel diritto internazionale: la naturalizzazione del binarismo

---

<sup>1254</sup> Vedi ad esempio: S. Jackson, 'Gender, Sexuality and Heterosexuality, The complexity (and limits) of heteronormativity', in *Feminist Theory*, Vol. 7, n. 1, 2006.

<sup>1255</sup> C. Delphy, 'Rethinking Sex and Gender', in *Women's Studies International Forum*, Vol. 16, Issue 1, 1993, p. 4.

<sup>1256</sup> J. Butler, *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, pp. 13 e sg.. L'argomentazione di base può considerarsi racchiusa in queste parole di Wilchins, attivista americano che si è a lungo dedicato all'impatto delle norme di genere: «gender is not what culture creates out of my body's sex; rather, sex is what culture makes when it genders my body»: R. Wilchins, *Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender*, Riverdale Avenue Books, 1997, p. 58.

<sup>1257</sup> Lo stesso termine "*queer*" rappresenta, richiamando la definizione di Halperin, tutto ciò che è in contrasto con il normale, il legittimo e il dominante. Si tratta di una identità senza una vera e propria essenza predeterminata: infatti «queer demarcates not a positivity but a positionality vis-à-vis the normative». David M. Halperin, 'The Normalization of Queer Theory', in Gust A. Yep, Karen E. Lovaas e John P. Elia (a cura di), *Queer Theory and Communication: From Disciplining Queers to Queering the Discipline(s)*, The Haworth Press, 2003, p. 341. M. Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, 2000, p. 26. J. Butler, 'Critically Queer,' in S. Phelan (a cura di), *Playing with Fire, Queer Politics, Queer Theories*, Routledge, 1997, p. 21.

È la società, attraverso diversi strumenti, tra cui il diritto, che produce e regola discorsivamente le identità. Tali identità performative non sono dunque frutto di una scelta libera del soggetto ma sono di fatto una emanazione e un prodotto dei sistemi normativi e regolativi: M. Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977 by Michel Foucault*, Colin Gordon, 1980, p. 121.

del sesso/genere da parte del diritto internazionale ha reso ardua la comprensione, la difesa e la tutela effettiva degli individui *gender-variant*. Prima di tutto si cercherà di individuare, sia pur brevemente, la genesi e l'evoluzione della categoria del "genere" nel diritto internazionale dei diritti umani. Verranno poi illustrate le posizioni di diversi meccanismi di controllo e procedure speciali delle Nazioni Unite che, sotto la spinta propulsiva dei Principi di Yogyakarta, nell'ultimo decennio, hanno adottato documenti in cui si contrastano la patologizzazione delle identità trans e in cui si sposa un modello basato esclusivamente sull'autodeterminazione individuale. La seconda sezione del capitolo sarà dedicata alla ricostruzione della giurisprudenza degli organi di controllo dei trattati regionali in materia di diritti umani, con particolare attenzione all'evoluzione nelle pronunce della Corte europea dei diritti umani riguardante il riconoscimento legale del genere. Infine, la terza sezione del capitolo sarà dedicata al progressivo riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali da parte delle corti regionali.



## SEZIONE I

### LA CATEGORIA DEL GENERE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

#### **2. Sesso e genere nel diritto internazionale tra asimmetria e dualismo radicato**

La categoria del sesso/genere nel diritto anche internazionale è stata costruita in origine non solo in maniera dicotomica ma, in parte, anche gerarchica<sup>1258</sup>. Maschile e femminile sono state considerate a lungo le uniche forme in cui il genere potesse declinarsi e la subordinazione della donna all'uomo, di cui era ritenuta un'estensione, era reputata un dato naturale. Quest'ultima, ad esempio, veniva rappresentata dal diritto internazionale umanitario come oggetto bisognoso di protezione: basti pensare al fatto che i crimini perpetrati nei suoi confronti – come lo stupro di guerra – erano condannati in quanto attacco all'onore e non in quanto violazione della dignità e dell'autonomia della donna<sup>1259</sup>. Più che silenti, come parte della dottrina ha osservato, le donne sono state concepite dagli strumenti giuridici internazionali, spesso implicitamente, come categoria subordinata<sup>1260</sup>.

È dal 1945, con il proliferare di strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, che si sono affermate le condizioni per una trasformazione dell'approccio paternalistico nei confronti del genere femminile. Dall'adozione della Carta delle Nazioni Unite in poi, in particolare con il divieto di operare discriminazioni basate sul sesso, successivamente reiterato in numerosi trattati internazionali<sup>1261</sup>, si è aperta la possibilità che l'assimmetria

---

<sup>1258</sup> D. Otto, 'Queering Gender Identity in International Law', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33, n. 4, 2015, p. 312.

<sup>1259</sup> Brussels Declaration Concerning the Laws and Customs of War, 1874, art. 38XXXVIII; Manual of the Laws and Customs of War on Land, 1880, art. 49; Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land 1899, 32 Stat 1803, art 46; Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907, in vigore dal 26 gennaio 1910, art. 46.

<sup>1260</sup> D. Otto, 'Lost in Translation: Re-scripting the Sexed Subjects of International Human Rights Law', in *International Law and its Others*, Oxford University Press, 2006, pp. 319 e ss.

<sup>1261</sup> Art. 1, par. 3, *Charter of the United Nations*, San Francisco, 26 giugno 1945, in vigore dal 24 ottobre 1945; Art. 2, *Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217(III)*, 1948, art. 2, par. 1 e 3, *International Covenant on Civil and Political Rights*, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo del 1976; art. 2, par. 2 e 3, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

di genere «would not be automatically presumed»<sup>1262</sup>. Tuttavia, i consolidati stereotipi di genere si sono riprodotti, anche se in forme nuove, nel diritto internazionale dei diritti umani: se con l'affermarsi dei principi di uguaglianza e non discriminazione è stata sfidata, almeno dal punto di vista formale, l'esistenza di una gerarchia tra i generi, il binarismo – uomo/donna – è rimasto un caposaldo incontrastato del diritto internazionale.

Ciò ha trovato una conferma nell'adozione, nel 1979, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW)<sup>1263</sup>. Come si evince già a partire dalla sua stessa denominazione, la Convenzione ha adottato un approccio asimmetrico volto all'eradicazione delle discriminazioni sofferte da un'unica categoria identitaria, le donne. L'uguaglianza tra i sessi è, dunque, stata interpretata come un uguale godimento dei diritti tra uomini e donne, come specificato nell'art. 1<sup>1264</sup>. In tal modo, la reiterazione di un dualismo basato sul sesso anatomico ha consentito di individuare nel diritto internazionale dei diritti umani uno standard rispetto al quale misurare la disuguaglianza. L'altro gruppo di genere considerato sono, infatti, soltanto gli uomini che fungono da metro di paragone per valutare la disparità femminile. Ciò ha dato luogo a una duplice conseguenza messa in luce dalle studiosse femministe: non solo si è sostanziato un rafforzamento della dicotomia e degli stereotipi di genere, ma è stato corroborato anche uno standard universale che continua a essere declinato unicamente al maschile<sup>1265</sup>. È indiscutibilmente l'uomo il soggetto naturale e universale dei diritti umani. Ne deriva che le violazioni patite principalmente dalle donne vengono di fatto

---

A livello regionale, disposizioni simili sono contenute in: artt. 1 e 14, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, adottata il 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953; art. 1, *American Convention on Human Rights*, adottata il 22 Novembre 1969, in vigore dal 18 luglio 1978; art. 2, *African Charter on Human and Peoples' Rights*, adottata il 27 giugno 1981, in vigore dal 21 ottobre 1986.

È da notare come in tutti i documenti richiamati manchi una definizione delle categorie di sesso o genere.

<sup>1262</sup> D. Otto, 'International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism', in V. Munro e M. Davies (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2018, p. 200.

<sup>1263</sup> UNGA, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, New York, 18 dicembre 1979, in vigore dal 3 settembre 1981.

<sup>1264</sup> Ivi, art. 1: «For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field».

<sup>1265</sup> H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, 'Feminist Approaches to International Law', in *The American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 632.



trattate come sottocategoria dell'universale (maschile)<sup>1266</sup>. Come ha scritto Chatarine MacKinnon: «man has become the measure of all things»<sup>1267</sup>.

L'adozione della CEDAW ha costituito, senza ombra di dubbio, un punto di snodo nella comprensione delle categorie del sesso/genere nel diritto internazionale. Nel 1979, ha determinato infatti il passaggio da una cornice universalista, tipica delle Convenzioni che fino a quel momento avevano sancito la protezione contro la discriminazione basata sul "sesso" – che avrebbe potuto essere interpretata come includente tutti i sessi – ad una concezione binaria, in cui viene asserita l'esistenza di due soli sessi e l'auspicabilità di un'uguaglianza tra gli stessi<sup>1268</sup>.

Tuttavia, va riconosciuto che se la CEDAW reitera il dualismo di genere ed è ancorata al determinismo biologico, è anche il primo strumento internazionale che ha dato avvio a una riflessione sulla dimensione sociale del genere, quale costruito culturale e nient'affatto naturale. Il preambolo<sup>1269</sup> e l'art. 5, lett. a)<sup>1270</sup>, pur mantenendo un rigido binarismo, riconoscono l'esistenza di pregiudizi e stereotipi di genere determinati dalle aspettative sociali sui ruoli del maschile e del femminile. Ciò costituirebbe un riconoscimento, sia pur in germe, del fatto che l'identità di genere, che risente del contesto sociale e culturale, possa essere vissuta in modo potenzialmente fluido e molteplice. In particolar modo l'art. 5, che obbliga gli Stati parti a intraprendere trasformazioni culturali e sociali per l'eliminazione di pregiudizi e consuetudini basate su ruoli stereotipati di uomini e donne, è considerata da parte della dottrina come una disposizione importante

---

<sup>1266</sup> D. Otto, 'Women's Rights', in Moeckli, Shah e Sivakumaran (a cura di), *International Human Rights Law*, 2013, p. 345.

<sup>1267</sup> C. A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1988, p. 34.

<sup>1268</sup> D. Rosenblum, 'Unisex CEDAW, or What's Wrong With Women's Rights', in *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, 2011, p. 126. Da questo punto di vista, la CEDAW risente infatti di uno strutturalismo femminista che «imagines an institutionalized inequality on the basis of women and men's differentially produced biological "sex"» (T. Dreyfus, 'The Half-Invention of Gender Identity in International Human Rights Law: From Cedaw to the Yogyakarta Principles', in *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 37, 2012, p. 37).

<sup>1269</sup> UNGA, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, cit., Preambolo: «Aware that a change in the traditional role of men as well as the role of women in society and in the family is needed to achieve full equality between men and women[...]».

<sup>1270</sup> Ivi, art. 5, lett. a): «States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women».

per tutti gli individui “differently sexed”<sup>1271</sup>, che non aderiscono al paradigma eteronormativo e patriarcale in termini di identità di genere. Per Holtmaat, ad esempio, attraverso un’interpretazione ampia dell’articolo 5, tutte queste situazioni possono essere ricondotte nell’ambito di applicazione della Convenzione<sup>1272</sup>.

Un’ultima annotazione sulla CEDAW, in quanto strumento volto alla protezione di un genere non dominante e fortemente marginalizzato, è che, a fronte di una ratifica quasi universale, è uno dei trattati cui è stato apposto il maggior numero di riserve che vanno a colpire, per altro, spesso il suo nucleo centrale<sup>1273</sup>.

Nel diritto internazionale vi sono anche altre norme che testimoniano una concezione del sesso duale e fissa, che lascia poco spazio a una apertura verso la diversità e, in alcuni casi, ambiguità corporea, come quella degli individui intersessuali, trans o con un’identità di genere fluida, che sfidano l’idea radicata che l’identità sessuale del soggetto sia ontologicamente determinata a priori dalla distinzione cromosomica e genitale immutabile<sup>1274</sup>.

La prima definizione del genere in uno strumento internazionale, anche se al di fuori del settore dei diritti umani, la si trova, ad esempio, nell’art. 7, par. 3, dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale<sup>1275</sup>. Il testo della disposizione, in questo caso, stabilendo che il termine genere «si riferisce ai due sessi, maschile e femminile, nel contesto della società», opera un’equiparazione dei due lemmi, che di fatto è auspicata, come abbiamo visto, anche dalla teoria *queer*, ma che in questa accezione si traduce in un’interpretazione di segno opposto. Infatti, tale accostamento rafforza e riproduce la logica della matrice etero-normativa. Risulta implicita in questa prospettiva una sottesa relazione causale tra le due categorie: il sesso determina il genere che, di conseguenza, non può che assumere le due uniche forme prescritte dal determinismo biologico. Si

---

<sup>1271</sup> R. Holtmaat, ‘The CEDAW: A Holistic Approach to Women’s Equality and Freedom’, in A. Hellum, H. Sinding Aasen (a cura di), *Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 115.

<sup>1272</sup> Ivi, 116.

<sup>1273</sup> L. M. Keller, ‘The Impact of States Parties’ Reservations to the Conventions to the Elimination of All Forms of Discrimination against Women’, in *Michigan State Law Review*, Vol. 309, 2014.

<sup>1274</sup> W. O’Brien, ‘Can International Human Rights Law Accommodate Bodily Diversity?’, in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 1, p. 5.

<sup>1275</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, adottato il 17 Luglio 1998, entrato in vigore il 1° luglio 2002, art. 7, par. 3: «[...] the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above».

esclude categoricamente (e la seconda frase va letta in questo senso) la possibilità di identità di genere multiple o fluide.

Risulta dunque evidente come, nel diritto internazionale, il dualismo di genere sia fortemente radicato. Grazie alla teoria giuridica femminista, soprattutto a partire dalla metà degli anni '90, il linguaggio di "genere" è progressivamente penetrato nel lessico del diritto internazionale. Il progetto femminista ha però operato una denaturalizzazione del sesso incompleta, perché, per rendere intellegibili una molteplicità di identità di genere, si sarebbe dovuto propugnare un distacco completo del sesso/genere dall'anatomia corporea<sup>1276</sup>. Ciò che la teoria femminista ha, invece, sicuramente contribuito ad affermare è una prima distinzione tra il sesso, come caratteristica biologica, e il genere, come insieme di ruoli, attitudini e valori, associati a uomini e donne, e che sono socialmente costruiti.

Tale classificazione fu per la prima volta accettata dagli Stati durante la Quarta conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino nel 1995, nonostante la forte opposizione dello Stato del Vaticano e dell'Organizzazione della cooperazione islamica, che temevano che l'affermazione del genere come categoria sociale avrebbe potuto portare al riconoscimento dell'esistenza di più di due sessi e a sfidare l'eteronormatività<sup>1277</sup>. In realtà, è stato conseguito un risultato più modesto, quello di rendere la contrapposizione tra sesso e genere, tra natura e cultura, oggi dominante nel diritto internazionale<sup>1278</sup>.

Tale distinzione è limpidamente tracciata, ad esempio, nella Raccomandazione generale n. 28 del 2010 del Comitato CEDAW:

«The term "sex" here refers to biological differences between men and women. The term "gender" refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society's social and cultural meaning for

---

<sup>1276</sup> D. Otto, *Lost in Translation*, cit., p. 355.

<sup>1277</sup> Per approfondimenti: D. Otto, 'Holding Up Half the Sky but for Whose Benefit? A Critical Analysis of the Fourth World Conference on Women', in *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 6, 1996.

<sup>1278</sup> Uno dei primi documenti internazionali in cui tale distinzione, che riconosce il genere come costruito sociale, viene ripresa, è il seguente: Commission on Human Rights, *Report of the Expert Group Meeting on the Development of Guidelines for the Integration of Gender Perspectives into United Nations Human Rights Activities and Programmes*, UN Doc. E/CN.4/1996/105, 20 novembre 1995, Annesso 13: «The term "gender" refers to the ways in which roles, attitudes, values and relationships regarding women and men are constructed by all societies all over the world . . . while the sex of a person is determined by nature, the gender of that person is socially constructed.»

these biological differences resulting in hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favoring men and disadvantaging women. This social positioning of women and men is affected by political, economic, cultural, social, religious, ideological and environmental factors and can be changed by culture, society and community»<sup>1279</sup>.

Bisognerebbe, però, superare l'approccio della teoria femminista per affermare che sesso e genere sono entrambi costrutti sociali che regolano tutte le identità (e non solo quella femminile). Molte studiose femministe<sup>1280</sup> hanno tuttavia temuto che la coerenza e la forza della categoria delle "donne" sarebbe stata indebolita se il genere fosse stato interpretato come plurale e non biologicamente ancorato<sup>1281</sup>.

Uno sforzo in tal senso è stato compiuto dai giuristi che hanno elaborato nel 2007 i Principi di Yogyakarta sull'orientamento sessuale e l'identità di genere<sup>1282</sup>, documento non vincolante, ma destinato ad avere grande influenza nel diritto internazionale, che sarà analizzato nel prossimo paragrafo, il cui merito è quello di aver veicolato l'universalità dell'applicazione della categoria del genere. È grazie a questo documento se identità non

---

<sup>1279</sup> Comitato CEDAW, *General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 16 dicembre 2010, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, par. 5.

<sup>1280</sup> Ad esempio: T. Loenen, 'Rethinking Sex Equality as a Human Right', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12, 1994; A. Miller, 'Sexuality, Violence Against Women, and Human Rights: Women Make Demands and Ladies Get Protection', in *Health and Human Rights*, Vol. 7, 2004; E. Hernandez-Truyol, 'Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!', in *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, 2011.

<sup>1281</sup> Al contrario, si dovrebbe favorire un'interpretazione del genere non come una costruzione sociale che muove dal sesso "naturale" dell'individuo, piuttosto come qualcosa che i corpi, riproducendolo incessantemente attraverso atti e movimenti corporei, finiscono per produrre. (J. Butler, 'Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory', in K. Conboy, N. Medina, S. Stanbury (a cura di), *Writing on the Body: Female Embodiment and Feminist Theory*, Columbia University Press, 1988, p. 404: «[...] these historical possibilities materialized through various corporeal styles are nothing other than those punitively regulated cultural fictions that are alternately embodied and disguised under duress»).

Come sostenuto da Butler, è la reiterazione degli atti di genere che crea la categoria stessa del genere che altrimenti non esisterebbe perché quest'ultimo non costituisce l'esternalizzazione di una essenza ancorata al sesso né tantomeno una verità fattuale (J. Butler, *Gender Trouble*, op. cit., p. 190: «Because there is neither an essence that gender expresses or externalizes nor an objective ideal to which gender aspires, and because gender is not a fact, the various acts of gender create the idea of gender, and without those acts, there would be no gender at all. Gender is, thus, a construction that regularly conceals its genesis; the tacit collective agreement to perform, produce, and sustain discrete and polar genders as cultural fictions is obscured by the credibility of those productions – and the punishments that attend not agreeing to believe in them»). B. Cossman, 'Gender Performance, Sexual Subjects and International Law', in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 15, 2002, p. 289).

<sup>1282</sup> *The Yogyakarta Principles, Principles on the International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, Marzo 2007, disponibile all'indirizzo: <http://www.portalenazionalelgbt.it/bancadeidati/schede/theyogyakartaprinciples/file/The%20Yogyakarta%20Principles%20ENG>.

binarie, fino ad allora praticamente assenti nel discorso giuridico internazionale, hanno iniziato ad affacciarsi come soggetti portatori di diritti.

### 3. I principi di Yogyakarta

A differenza delle questioni relative all'orientamento sessuale che, nell'ambito delle Nazioni Unite, iniziarono ad essere affrontate già a partire dagli anni '90<sup>1283</sup>, le violazioni dei diritti dei soggetti dall'identità di genere non conforme al sistema etero-normativo hanno cominciato ad assumere rilevanza a livello internazionale solo agli inizi degli anni 2000. Il primo riferimento in assoluto lo si trova in un Rapporto del 2001 di Nigel Rodley, Relatore speciale della Commissione per i diritti umani, che evidenziò come spesso le minoranze sessuali siano state soggette a tortura e trattamenti inumani in misura maggiore rispetto al resto della popolazione, a causa del tentativo di trasgredire le barriere di genere e della mancanza di conformità con le aspettative di genere socialmente costruite<sup>1284</sup>. Il termine identità di genere venne invece utilizzato per la prima volta nel dicembre 2006 nella Dichiarazione congiunta presentata dalla Norvegia per conto di 54 Stati di fronte al Consiglio per i diritti umani<sup>1285</sup>. Nel documento si invitavano quest'ultimo e gli organi di controllo istituiti per garantire l'attuazione dei trattati sui diritti umani conclusi nell'ambito delle Nazioni Unite a tenere in considerazione le frequenti violazioni dei diritti umani che venivano perpetrate sulla base dell'identità di genere.

Nel pieno di questi sviluppi, quando il dibattito internazionale sul tema dell'identità di genere diveniva progressivamente più acceso, il 26 marzo 2006 vennero presentati ufficialmente a Ginevra, in occasione di un evento coincidente con una sessione del Consiglio per i diritti umani, i "Principi di Yogyakarta per l'applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di

---

<sup>1283</sup> Già nel 1994, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite stabilì, in *Toonen c. Australia*, che il divieto di discriminazione in base al sesso, contenuto nel Patto sui diritti civili e politici, ricomprendesse anche l'orientamento sessuale. HRC, Communication n. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 31 marzo 1994. Si veda ad esempio: M. J. Voss, 'Contesting sexual orientation and gender identity at the UN Human Rights Council', in *Human Rights Review*, Vol. 19, 2018, pp. 1-22; E. Abrusci, 'A tale of convergence? Discrimination based on sexual orientation in regional human rights bodies and the Human Rights committee', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 35(3), 2017, 240-257.

<sup>1284</sup> Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Nigel Rodley, *Report on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, UN Doc. A/56/156, 3 luglio 2001, par. 17 e ss.

<sup>1285</sup> Third Session of the Human Rights Council, *Norwegian Joint Statement on Human Rights violations based on sexual orientation and gender identity*, 1° dicembre 2006: <https://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2006-joint-statement/>.

genere»<sup>1286</sup>. Si tratta di un documento dal carattere non vincolante elaborato da un gruppo di 27 esperti di diritti umani – con il supporto della Commissione internazionale di giuristi e dell’International Service for Human Rights – che appare opportuno analizzare perché è stato costantemente richiamato nella prassi elaborata dagli organi delle Nazioni Unite oltreché dalla Corte interamericana dei diritti umani.

A fronte di una risposta internazionale frammentata e contraddittoria alle violazioni dei diritti umani basate sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, l’obiettivo perseguito dal gruppo di esperti è stato quello di favorire un’interpretazione coerente del diritto internazionale dei diritti umani nella sua applicazione a tali ambiti, raccogliendo e sottolineando gli obblighi degli Stati già esistenti in materia<sup>1287</sup>. I Principi mirano dunque all’individuazione di norme pattizie volte a proteggere i diritti umani di ogni individuo, sulla base dei principi di uguaglianza e non discriminazione. Nel diritto internazionale manca, infatti, una convenzione che tuteli in maniera espressa gli individui la cui identità di genere sia non conforme al paradigma etero-normativo. Tuttavia, come sostenuto dall’Ufficio dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e come messo in luce dagli stessi Principi, in tale materia non è necessaria l’elaborazione di obblighi specifici perché gli obblighi degli Stati di tutelare i diritti umani delle persone *gender-variant* possono essere ricavati in via interpretativa dai documenti fondativi del diritto internazionale dei diritti umani, dalla Dichiarazione Universale in avanti<sup>1288</sup>.

Questo *modus operandi*, esplicitamente fondato sull’interpretazione dello «stato attuale» del diritto internazionale, è stato definito, con accezione negativa, da alcuni studiosi come «conservatore»<sup>1289</sup>. Al contrario proprio perché si tratta di un terreno

---

<sup>1286</sup> *The Yogyakarta Principles, Principles on the International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, marzo 2007, disponibile all’indirizzo: <http://www.portalenazionalelgbt.it/bancadeidati/schede/theyogyakartapinciples/file/The%20Yogyakarta%20Principles%20ENG>.

<sup>1287</sup> Ivi, Preambolo: «It is critical to collate and clarify state obligations under existing international human rights law, in order to promote and protect all human rights for all persons on the basis of equality and without discrimination».

<sup>1288</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *About LGBTI people and human rights: OHCHR and the human rights of LGBTI people*, disponibile all’indirizzo <https://www.ohchr.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity/about-lgbti-people-and-human-rights>: «Protecting LGBT people from violence and discrimination does not require the creation of a new set of LGBT-specific rights, nor does it require the establishment of new international human rights standards; the legal obligations of States to safeguard the human rights of LGBT people are well established in international human rights law on the basis of the Universal Declaration of Human Rights and subsequent agreed international human rights standards». Vedi inoltre: Office of the United Nations High Commissioner, *Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, HR/PUB/12/06, 2012, p. 10 ss.

<sup>1289</sup> D. Otto, ‘Queering Gender Identity in International Law’, cit., p. 312.

fortemente dibattuto e sul quale le posizioni dei diversi Stati – come ricordato nell'introduzione – sono assai differenti, si ritiene che promuovere un'interpretazione estensiva e progressista delle disposizioni già in essere, piuttosto che auspicare il riconoscimento di nuovi obblighi degli Stati, sia una strategia vincente che, non a caso, come vedremo, è stata perseguita anche dagli organi delle Nazioni Unite e dalle Corti regionali create per garantire la corretta interpretazione e applicazione di alcuni trattati sui diritti umani. Si tratta, del resto, di una tattica che riecheggia quella femminista del cosiddetto *gender mainstreaming* che aveva favorito, negli anni '90, una piena integrazione delle prospettive di genere nell'interpretazione delle norme universali sui diritti umani, ad opera di diversi organi delle Nazioni Unite<sup>1290</sup>.

La definizione di identità di genere contenuta nel documento, che è, ad oggi, quella generalmente accolta nel diritto internazionale dei diritti umani, è la seguente:

«Gender identity is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms»<sup>1291</sup>.

Si tratta di una definizione che, per almeno due ordini di ragioni, sembra muovere verso il riconoscimento della necessità di superare il rigido binarismo di genere, attraverso la legittimazione e la valorizzazione della diversità, della scelta e

---

<sup>1290</sup> Tale strategia fu adottata per la prima volta alla Conferenza mondiale sui diritti umani, tenutasi a Vienna nel 1993, e poi riaffermata alla Conferenza mondiale sulle donne di Pechino del 1995. Vedi: UN Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, *Gender mainstreaming: A global strategy for achieving gender equality and the empowerment of women and girls*, 2020; S. Lee, 'Legal Feminism and the UN's Gender Mainstreaming Policy: Still Searching for the Blind Spot' in *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, 2013, p. 367; A. Moser, 'Gender mainstreaming since Beijing: a review of success and limitations in international institutions.', in *Gender & Development*, Vol. 13(2), 2013, p. 1-22.

Human Rights Committee, *General Comment 28: Article 3 (The equality of rights between men and women)*, UN Doc HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I) 228, 2000; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/2005/4, 2005, p. 36, Committee Against Torture, *General Comment 2: Implementation of Article 2 by State Parties*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol II), 27 maggio 2008.

<sup>1291</sup> *The Yogyakarta Principles*, cit., Preambolo.

dell'esperienza individuale come fattori rilevanti nella formazione dell'identificazione del sé<sup>1292</sup>.

Prima di tutto, si evidenzia come la categoria dell'identità di genere non sia applicabile unicamente agli individui *gender-variant* ma sia una caratteristica universale che interessa ogni essere umano («each person»), dal momento che ogni individuo ha una propria percezione del genere ed esprime o non esprime un orientamento sessuale. In ciò si differenziano, ad esempio, dalla CEDAW che, invece, come abbiamo visto, è costruita intorno ad un'unica categoria – quella delle donne – che costituisce il fondamento per vietare la discriminazione<sup>1293</sup>. I Principi sembrano invece riconoscere implicitamente che il sesso e il genere sono categorie che coinvolgono identità multiple, potenzialmente non numerabili e che dunque interessano trasversalmente ogni essere umano<sup>1294</sup>. Tuttavia, l'innegabile focus dei Principi, ribadito nel Preambolo, sui soggetti che non si conformano alla matrice eteronormativa, in qualche modo indebolisce la loro universalità.

Un secondo aspetto che merita di essere rilevato è il fatto che viene valorizzata la non necessaria corrispondenza tra l'apparenza corporea, il sesso assegnato alla nascita e l'identità di genere, da cui discende, come conseguenza, il fatto che qualsiasi modifica dei caratteri sessuali, ad esempio attraverso mezzi chirurgici, debba essere liberamente scelta e non possa essere frutto di un'imposizione. Si tratta, sotto questo profilo, di una definizione dalla portata innovativa se si pensa che, ancora oggi, molti Stati continuano a prevedere l'obbligo di riconversione chirurgica dei caratteri sessuali come condizione per il godimento del diritto all'identità di genere e che, a livello regionale, la Corte europea dei diritti umani abbia considerato tale obbligo una lesione della CEDU solo a partire dal 2021, come vedremo meglio in seguito. A tale documento va tributato, dunque, il merito di aver sfidato apertamente, a livello internazionale, la convinzione, tipica del paradigma etero-normativo, del presunto legame tra anatomia genitale e identità di genere: in tal modo si riconosce, di fatto, che

---

<sup>1292</sup> V. Hamzic, 'The Case of 'Queer Muslims': Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law and Muslim Legal and Social Ethos', in *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n. 2, 2002, p. 240.

<sup>1293</sup> T. Dreyfus, 'The Half-Invention of Gender Identity in International Human Rights Law: From Cedaw to the Yogyakarta Principles', in *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 37, 2012, p. 44; D. Rosenblum, 'Unsex CEDAW, or What's Wrong with Women's Rights', in *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, 2011, p. 147.

<sup>1294</sup> Ivi, p. 149.



il maschile e il femminile siano soltanto due delle molteplici e variegata possibili configurazioni che l'identità di genere può assumere.

Un aspetto che è importante ribadire è che i Principi costituiscono un significativo passo avanti verso la promozione di un modello che sia basato sulla preminenza dell'autodeterminazione dell'individuo in relazione alla propria identità di genere. A più riprese, questo strumento di *soft law* evidenzia come il diritto di ogni persona di autodefinire la propria identità di genere – parte integrante della propria personalità – sia uno degli aspetti centrali dell'autodeterminazione e del rispetto della dignità e libertà individuali<sup>1295</sup>. Il Principio 3, riguardante il diritto di essere riconosciuti di fronte alla legge, sostiene, senza far riferimento a specifici accordi internazionali, l'esistenza di un obbligo degli Stati di assumere tutte le misure necessarie per rispettare pienamente e riconoscere, dal punto di vista giuridico, l'identità di genere autodefinita da ogni individuo. A questo scopo, gli Stati devono garantire l'esistenza di procedure, efficienti e non discriminatorie, in base alle quali tutti i documenti rilasciati riflettano l'identità di genere autodeterminata<sup>1296</sup>. Inoltre, viene ribadita, a più riprese, l'illiceità di subordinare il riconoscimento legale del genere a requisiti come la sottoposizione a interventi chirurgici, sterilizzazione o terapie ormonali.

Infine, la nuova versione, aggiornata nel 2017, dei Principi, i cosiddetti *Principi di Yogyakarta più 10 (YP+10)*<sup>1297</sup>, contiene un principio aggiuntivo, il trentunesimo, che raccomanda agli Stati di includere nei documenti di identità esclusivamente informazioni personali rilevanti e necessarie e, pertanto, di porre fine alla registrazione del sesso e del genere. Fino a quando tali categorie continueranno ad essere inserite nei documenti, viene riconosciuto l'obbligo degli Stati di rendere disponibile una

---

<sup>1295</sup> P. Cannoot, 'The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act', in E. Brems, P. Cannoot e T. Moonen (a cura di), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Intersentia, 2021, p. 23. Principio 3: «Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom».

<sup>1296</sup> Principio 3, lett. B) e c): «States shall take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognise each person's self-defined gender identity; take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that procedures exist whereby all state-issued identity papers which indicate a person's gender/sex — including birth certificates, passports, electoral records and other documents — reflect the person's profound self-defined gender identity».

<sup>1297</sup> *The Yogyakarta Principles plus 10, Additional Principles and States Obligations on the Application of the International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristic to Complement the Yogyakarta Principles*, 10 novembre 2017, Geneve: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf).

molteplicità di opzioni di indicatori di genere e garantire che nessun criterio di ammissibilità, come interventi medici o diagnosi psicologiche, età minima, stato civile o opinione di terzi, possa essere considerato prerequisito per il cambio di nome o genere legale<sup>1298</sup>.

I Principi, dunque, hanno proposto un modello puramente elettivo – che, come vedremo, verrà ricalcato anche da diversi organi delle Nazioni Unite – in cui si riconosce all’individuo, e non allo Stato, il diritto di stabilire come presentare e identificare il proprio genere<sup>1299</sup>. Si ritiene che, attribuendo alla persona la facoltà di definire la propria identità di genere, si potrebbe superare il carattere stereotipante e deterministico del modello ascrittivo attualmente dominante<sup>1300</sup>. La soluzione prospettata dai Principi è, a questo proposito, il superamento della necessità della trascrizione del genere nei documenti ufficiali o, quantomeno, la moltiplicazione delle categorie di genere in cui poter essere registrati.

In conclusione, si deve però sottolineare il fatto che si tratta di un documento che, per quanto avanzato, per alcuni autori continua ad essere potenzialmente escludente e ancorato parzialmente alla biologia. In tutto il testo è evidente un’attenzione all’uso di un linguaggio e di termini neutrali rispetto al genere, allo scopo di evitare di reiterare una costruzione binaria dello stesso<sup>1301</sup>. Tuttavia, laddove si correla l’identità di genere ad una «deeply felt internal and individual experience of gender» per alcuni studiosi, come Dianne Otto, la si rappresenta come una caratteristica intrinseca, che è insieme

---

<sup>1298</sup> Ivi, Principio 31: «Ensure that official identity documents only include personal information that is relevant, reasonable and necessary as required by the law for a legitimate purpose, and thereby end the registration of the sex and gender of the person in identity documents such as birth certificates, identification cards, passports and driver licenses, and as part of their legal personality; Ensure access to a quick, transparent and accessible mechanism to change names, including to gender-neutral names, based on the self-determination of the person; While sex or gender continues to be registered: Ensure a quick, transparent, and accessible mechanism that legally recognizes and affirms each person’s self-defined gender identity; Make available a multiplicity of gender marker options; Ensure that no eligibility criteria, such as medical or psychological interventions, a psycho-medical diagnosis, minimum or maximum age, economic status, health, marital or parental status, or any other third party opinion, shall be a prerequisite to change one’s name, legal sex or gender».

<sup>1299</sup> K. Langley, ‘Self-Determination in a Gender Fundamentalist State: Toward Legal Liberation of Transgender Identities’, in *Texas Journal on Civil Liberties and Civil Rights*, Vol. 12, 2006, p. 125. C. Hutton, ‘Legal Sex, self-classification and gender self-determination’, in *Law and Humanities*, Vol. 11, Issue 1, 2017, p.75.

<sup>1300</sup> J. Clarke, ‘Identity and Form’, in *California Law Review*, Vol. 103, 2015, p. 766.

<sup>1301</sup> D. Brown, ‘Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles’, in *Michigan Journal of International Law*, 2010, p. 821.

innata e unitaria<sup>1302</sup>. Sotto la lente della teoria *queer*, di cui tale autrice è una rappresentante, ciò costituisce un aspetto problematico che sembra implicare l'esistenza di un genere che risiede ed è radicato nell'essenza dell'individuo e in un certo qual modo preesiste ad esso e viene semplicemente «espresso»<sup>1303</sup>. In effetti, in tal modo, vengono implicitamente privilegiate identità definite, mentre vengono lasciati ai margini tutti coloro che percepiscono la propria identità come mutevole e multipla<sup>1304</sup>. Vengono di fatto esclusi da tale definizione gran parte delle identità non-binarie: in particolare, coloro che si identificano come *genderfluid*, la cui identità è giudicata soggetta a mutazioni nel corso del tempo, i *bi-gender* che si considerano in modo prevalentemente ma non esclusivamente maschile o femminile a seconda delle circostanze, e coloro che si identificano come *neutrois*. In conclusione, se, da un lato, ai Principi va certamente riconosciuto lo sforzo di aver contribuito alla messa in discussione del paradigma etero-normativo, dall'altro, si deve ammettere che, in maniera non intenzionale, finiscono poi per privilegiare identità dai contorni definiti, unitarie e intrinsecamente coerenti.

#### **4. La tutela dell'identità di genere da parte dei meccanismi di controllo delle Nazioni Unite**

I Principi hanno avuto un forte impatto sui lavori di diversi organi delle Nazioni Unite (sia dei meccanismi di controllo che delle Procedure Speciali)<sup>1305</sup> e, dopo la loro pubblicazione, le problematiche legate all'identità di genere hanno iniziato ad essere presenti in misura maggiore nell'interpretazione di trattati internazionali in materia di diritti umani<sup>1306</sup>. La moltiplicazione dei documenti in cui sono state richiamate questioni afferenti ai diritti delle persone dall'identità di genere non conforme alla matrice etero-

---

<sup>1302</sup> D. Otto, 'Queering Gender (Identity) in International Law', cit., p. 312.

<sup>1303</sup> Questa critica viene mossa, tra gli altri, da: M. Waites, 'Critique of 'sexual orientation' and 'gender identity' in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles', in *Contemporary Politics*, Vol. 15, n. 1, 2009, p. 148.

<sup>1304</sup> Questo però si allontana dalla concezione della teoria *queer*, secondo cui l'identità di genere, lungi dall'essere un monolite e una realtà fattuale immutabile, è costituita in maniera performativa e può essere fluida (J. Butler, *Gender Trouble*, op. cit., p. 25: «There is no gender identity behind the expressions of gender. The identity is performatively constituted by the very 'expressions' that are said to be its results».)

<sup>1305</sup> Per la valutazione dell'impatto dei Principi di Yogyakarta a livello internazionale si rimanda a: M. O'Flaherty e J. Fisher, 'Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles', in *Human Rights Law Review*, Vol. 8, n. 2, 2008.

<sup>1306</sup> V. Hamzic, op. cit., in *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n. 2, 2002, p. 251.

normativa renderebbe molto lunga una loro ricostruzione puntuale. Ai fini del discorso sin qui sviluppato, appare invece più proficuo cercare di individuare delle linee di tendenza e delle caratteristiche comuni dei numerosi atti adottati a livello internazionale.

Un primo elemento da evidenziare è che diversi organi delle Nazioni Unite hanno spesso accorpato le due categorie dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, le cui problematiche sono state affrontate in maniera congiunta sotto l'acronimo SOGI ("sexual orientation and gender identity"). Secondo alcuni autori, ciò ha prodotto la scomparsa dal discorso sui diritti umani dei diritti delle persone con identità di genere non normativa<sup>1307</sup>. Se tale posizione appare eccessiva, si ritiene che tale trattazione unitaria abbia comunque rallentato l'affermarsi degli autonomi interessi dei soggetti *gender-variant*. Inoltre, il limite di tale approccio è rappresentato dal fatto che si fondava sulla presunzione di una convergenza di interessi, fini e priorità in relazione alle due istanze, che in realtà si sovrappongono solo per quanto riguarda la lotta alla discriminazione e alla violenza. Ci sono, infatti, numerosi aspetti che impongono una trattazione distinta di identità ed espressione di genere da un lato e orientamento sessuale dall'altro.

Il primo documento che ha iniziato a far emergere alcuni aspetti specifici relativi all'identità di genere è stato il Rapporto dell'Alto Commissariato per i diritti umani del 2011<sup>1308</sup> che ha criticato, sia pur brevemente, il fatto che in molti Stati gli individui trans non potessero ottenere il riconoscimento legale della propria identità di genere attraverso la modifica del sesso e del nome registrati sui documenti ufficiali e che in altri Paesi tale riconoscimento fosse subordinato a requisiti quali la sterilizzazione o il divorzio.

Finalmente, dopo anni in cui l'identità di genere è stata menzionata in maniera sommaria e simbolica come parte della più ampia categoria SOGI, nell'ultimo decennio si è registrata una maggiore attenzione ai bisogni propri degli individui dall'identità non normativa soprattutto nell'ambito delle Procedure Speciali del Consiglio dei diritti umani, proprio grazie ai loro mandati settoriali<sup>1309</sup>. È stato con l'istituzione dell'Esperto

---

<sup>1307</sup> J. McGill, 'SOGI- SO What: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations', in *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3, n. 1. 2014, pp. 23-26.

<sup>1308</sup> Report of the UN High Commissioner for Human Rights, *Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity*, UN Doc. A/HRC/19/41, 2011, par. 71-73. Si veda anche: Comitato per i diritti umani (HRC): *Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/CO/6)*, par. 5.

<sup>1309</sup> S. Duffy, 'Contested Subjects of Human Rights: Trans- and Gender-variant Subjects of International Human Rights Law', in *The Modern Law Review*, Vol. 84, 2021, p. 1056.

indipendente SOGI, nel 2016, che si è realizzato un cambio di passo, poiché le due categorie sono state effettivamente disaggregate. Il primo Esperto indipendente nominato, Victor Madrigal-Borloz, ha dedicato infatti due interi Rapporti alla teoria di genere tra il 2020 e il 2021. Uno, *The Law of Inclusion*<sup>1310</sup>, ha analizzato lo status del diritto internazionale dei diritti umani in relazione al riconoscimento dell'identità di genere, nell'altro, *Practices of Exclusion*<sup>1311</sup>, è invece stata condotta una disamina degli argomenti avanzati dalle forze politiche e religiose conservatrici contro l'incorporazione del linguaggio di genere a livello internazionale.

#### *4.1 Depatologizzazione delle identità gender-variant*

Gli organi delle Nazioni Unite, soprattutto di recente, hanno dimostrato una grande attenzione alle questioni riguardanti la depatologizzazione delle identità tradizionalmente considerate non conformi. Per decenni, il transessualismo è stato qualificato come una malattia e, solo nel 2018, la Classificazione internazionale delle malattie dell'Organizzazione mondiale della sanità ha rimosso la disforia di genere dalla lista dei disturbi mentali<sup>1312</sup>. In tale catalogo, è stata inserita, in un capitolo *ad hoc* dedicato alla salute sessuale, la categoria dell'"incongruenza di genere". Quest'ultima è riferita a coloro che, a causa dell'incongruenza percepita tra genere d'elezione e sesso assegnato alla nascita, desiderino allineare le caratteristiche sessuali al genere preferito e dunque sottoporsi a trattamenti medici. In tal modo, non si rende più necessaria una diagnosi, a meno che il soggetto non voglia accedere a terapie ormonali o chirurgiche. Del resto, il Relatore speciale sul diritto alla salute nel 2017 aveva evidenziato che le diagnosi di salute mentale sono state usate impropriamente per patologizzare presunte diversità. Sebbene alcune persone trovino che le categorie diagnostiche siano utili nel consentire loro di

---

<sup>1310</sup> Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Victor Madrigal-Borloz, *The Law of Inclusion*, Un Doc. A/HRC/47/27, 3 giugno 2021.

<sup>1311</sup> Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Victor Madrigal-Borloz, *Practices of exclusion*, UN Doc. A/76/152, 12 luglio 2021.

<sup>1312</sup> World Health Organization, *International Classification of Diseases 11<sup>th</sup> Revision (ICD-11)*, *The global standard for diagnostic health information*, 2018, disponibile all'indirizzo: <https://icd.who.int/en>.

accedere ai servizi sanitari, la patologizzazione di individui trans e intersessuali ha ridotto le loro identità a malattie che recano con sé stigma e discriminazione<sup>1313</sup>.

La questione è stata affrontata anche dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali. Nel Commento generale n. 22, l'organo ha denunciato come soprattutto individui trans e intersessuali sperimentino forme multiple e intersezionali di discriminazione che limitano fortemente l'effettivo godimento del diritto alla salute sessuale e riproduttiva, parte integrante del diritto alla salute *ex art. 12* del relativo Patto<sup>1314</sup>. Il Comitato ha individuato l'obbligo degli Stati di riformare le leggi che impediscono il pieno esercizio di tale diritto, come le leggi che criminalizzano l'espressione della propria identità di genere o che chiedono che soggetti *gender-variant* siano trattati come pazienti con disturbi mentali o psichiatrici<sup>1315</sup>. Il Comitato, riconoscendo in queste leggi una barriera per l'accesso all'assistenza sanitaria, ha contribuito a costruire il soggetto con identità non normativa quale portatore di diritti e non semplicemente come oggetto e vittima passiva e ha evidenziato la relazione tra stigma, medicalizzazione e diritto alla salute<sup>1316</sup>.

#### 4.2 Riconoscimento legale del genere

Nel Rapporto del 2018 dell'Esperto indipendente SOGI, il diritto all'effettivo riconoscimento della propria identità di genere è stato collegato al diritto all'eguale riconoscimento di fronte alla legge, stabilito dall'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti umani e poi ripreso da molti trattati internazionali in materia di diritti umani, a partire dall'art. 16 del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>1317</sup>. L'autodeterminazione del genere è considerata «a fundamental part of a person's free and autonomous choice in relation to roles, feelings, forms of expression and behaviours, and

---

<sup>1313</sup> Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, *Note by the Secretariat*, Un Doc. A/HRC/35/21, 28 marzo 2017, par. 48.

<sup>1314</sup> Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (CESCR), *General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UN Doc. E/C.12/GC/22, 2 maggio 2016, par. 2.

<sup>1315</sup> Ivi, par. 40.

<sup>1316</sup> S. Duffy, 'Contested Subjects of Human Rights', *op. cit.*, p. 1056.

<sup>1317</sup> A titolo esemplificativo si ricordano: *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, art. 15; *Convention on the Rights of the Child*, art. 8; *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, art. 12; *American Convention on Human Rights*, art. 3; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 5.

a cornerstone of the person's identity»<sup>1318</sup>. Ne è stato derivato, pertanto, l'obbligo degli Stati di garantire l'accesso al riconoscimento del genere<sup>1319</sup>.

Nel Rapporto, si sostiene che il processo di riconoscimento legale del genere non dovrebbe essere subordinato a interventi chirurgici irreversibili né tanto meno a terapie ormonali, diagnosi mediche o perizie psicologiche<sup>1320</sup>. Tale processo, infatti, dovrebbe essere basato sull'autodeterminazione, riconoscere, per quanto possibile, anche identità non binarie ed essere esteso, con le opportune cautele, anche ai minori. Infine, auspicabilmente dovrebbe assumere la forma di un procedimento amministrativo e non giudiziario. Quest'ultimo infatti potrebbe inutilmente prolungare le tempistiche, creare ostacoli finanziari addizionali e costituire un'intrusione non necessaria e sproporzionata nell'esercizio di un diritto individuale, dal momento che verrebbe chiesto a un giudice di determinare la validità dell'identità di genere di un individuo<sup>1321</sup>.

Già il Relatore speciale sulla tortura aveva riconosciuto che pratiche come l'intervento forzato di riassegnazione del genere, la sterilizzazione e altre procedure mediche coercitive, come la normalizzazione chirurgica genitale dei minori intersessuali, violassero il diritto all'integrità fisica e all'autodeterminazione dell'individuo, ledendo la dignità umana e potendo configurare atti di tortura<sup>1322</sup>. La stessa posizione era stata ribadita da diversi meccanismi di controllo delle Nazioni Unite<sup>1323</sup>. Tali requisiti

---

<sup>1318</sup> *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, UN Doc. A/73/152, 12 luglio 2018, par. 21.

<sup>1319</sup> HRC, *Concluding Observations: Australia*, CCPR/C/AUS/CO/6, par. 27-28; *Romania*, CCPR/C/ROU/CO/5, par. 15-16; *Kazakistan*, CCPR/C/KAZ/CO/2, par. 9-10; *Ucraina*, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; *Irlanda*, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8; *Ucraina*, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; Comitato Cedaw, *Concluding Observations: Belgio*, CEDAW/C/BEL/CO/7, par. 44-45; CRC, *General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*, par. 34, UN Doc. A/HRC/14/22/Add.2, par. 92.

<sup>1320</sup> *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, cit., par. 28.

<sup>1321</sup> *Ivi*, par. 35.

<sup>1322</sup> *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, UN Doc. A/HRC/31/57, 5 gennaio 2016, par. 49-50.

<sup>1323</sup> HRC, *Concluding Observations: Slovacchia*, CCPR/C/SVK/CO/4, par. 14-15; *Irlanda*, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8 e CCPR/C/IRL/CO/4, par. 7; *Ucraina*, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; *Corea*, CCPR/C/KOR/CO/4, par. 14-15; Comitato CEDAW: *Concluding Observations: Svizzera*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, paras. 38 and 39; *Paesi Bassi*, CEDAW/C/NLD/CO/5, par. 46-7; CAT: *Concluding Observations: Cina*, CAT/C/CHN-HKG/CO/5, par. 29(a); Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 20 (2016)*, cit., par. 33-34.

Il riconoscimento legale del genere è stato oggetto anche del primo ricorso individuale presentato al Comitato dei diritti umani da un individuo *gender-variant* e deciso nel 2017 (HRC, *G. c. Australia*, CCPR/C/119/27 D/2172/2012, 28 giugno 2017). La ricorrente, una donna trans sposata che si era sottoposta a trattamenti ormonali e ad una operazione chirurgica di rettificazione dei caratteri sessuali, era riuscita ad ottenere un nuovo passaporto ma non ad emendare gli indicatori di genere nel suo certificato di nascita

concorrono infatti a causare e perpetrare la discriminazione contro trans e intersessuali<sup>1324</sup>, eppure molti Stati continuano ancora oggi a prevederli<sup>1325</sup>, a causa della radicata idea che il sesso sia il fattore determinante dell'identità e che il genere debba riflettere la biologia. Per questo è richiesto che le tracce del sesso precedente siano escisse e distrutte.

### 4.3 Limiti: essenzialismo e visione euro-centrica dell'identità

Se la posizione espressa dagli organi delle Nazioni Unite è senz'altro molto progressista, in letteratura ne sono stati evidenziati due limiti principali. Il primo è che l'articolazione del soggetto vittima si basa spesso sull'essenzialismo di genere, che considera gli individui *gender-variant* come un gruppo unico e coerente<sup>1326</sup>, impedendo di coglierne le specificità<sup>1327</sup>. L'essenzialismo, spesso criticato dalla teoria femminista, si fonda, infatti, sull'esistenza e sull'attribuzione di caratteristiche fisse e funzioni storiche<sup>1328</sup> che si considerano condivise da tutti i soggetti. Nonostante vi sia anche uno sforzo di adoperare, sempre più, una prospettiva intersezionale<sup>1329</sup>, nei documenti adottati

---

perché la legge australiana permetteva di farlo solo qualora l'individuo interessato non avesse contratto matrimonio o, in alternativa, decidesse di divorziare. Il Comitato ha richiamato la sua "giurisprudenza" precedente secondo la quale la nozione di vita privata ex art.17 del Patto si riferisce alla sfera della vita di una persona in cui la stessa possa esprimere liberamente la propria identità, inclusa l'identità di genere, entrando in relazione con gli altri e ha riscontrato una violazione del Patto ad opera dell'Australia.

Inoltre, lo stesso anno, il Comitato dei diritti umani, nelle sue *Osservazioni conclusive* sul sesto rapporto periodico inviato dal medesimo Stato parte, si è di nuovo pronunciato in merito al cambiamento legale del genere e ha condannato i prerequisiti richiesti, come appunto il divorzio ma anche l'operazione chirurgica di riassegnazione dei caratteri sessuali, che potrebbero comportare una potenziale lesione del divieto di tortura, del rispetto della vita privata e del divieto di non discriminazione (HRC, *Concluding observations: Australia*, CCPR/C/AUS/CO/6, 1 dicembre 2017, par. 26). Nel documento, il Comitato ha anche affrontato la delicata questione della sterilizzazione involontaria e coercitiva dei bambini nati con variazioni intersessuali, basata spesso su ruoli di genere stereotipati, chiedendo allo Stato di porre fine a tali trattamenti medici irreversibili.

<sup>1324</sup> WHO, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization, An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*, 2014, p. 11.

<sup>1325</sup> Special Rapporteur, *Report on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/22/53, 1 febbraio 2013, par. 77.

<sup>1326</sup> C. Talpade Mohanty, 'Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses', in *Feminist Review*, N. 30, 1988, p. 68.

<sup>1327</sup> R. Kapur, 'The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics', in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, p. 6.

<sup>1328</sup> R. Kapur, 'Post-colonial Erotic Disruption: Legal Narratives of Culture, Sex, and Nation in India', in *Colombia Journal of Gender and Law*, Vol. 10, n. 2, 2001, p. 333.

<sup>1329</sup> Vedi, ad esempio, UN Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity, *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, A/74/181, 17 luglio 2019; CEDAW Committee, *Concluding Observations on Ukraine*,



il soggetto vittima è spesso interpretato sulla base di generalizzazioni che rendono incapaci di indagare la complessità delle esperienze. Questo risulta evidente, ad esempio, nelle *Osservazioni conclusive* sulla Colombia del Comitato CEDAW del 2019 che si soffermano, giustamente, sulle discriminazioni, gli attacchi e le minacce dirette contro donne lesbiche, bisessuali e transgender, che vengono però trattate in maniera unitaria senza riuscire ad individuare i bisogni e le difficoltà precipue di ogni tipologia di soggetti<sup>1330</sup>.

Inoltre, in tali documenti l'identità di genere è costruita in modo tale da rispecchiare esclusivamente la narrativa euro-centrica. Il linguaggio dei diritti umani, lungi dall'essere effettivamente universale, risente quasi sempre della prospettiva occidentale e, di fatto, finisce per cancellare le esperienze particolari<sup>1331</sup>. Se, nell'ambito delle Nazioni Unite, il termine identità di genere viene utilizzato come se fosse un descrittore neutrale, con un significato coerente tra le varie culture, in realtà il focus del discorso è su un'unica concezione di identità, quella che trae origine nel mondo occidentale e che non è in grado di riflettere lo spettro di diversità di genere a differenti latitudini<sup>1332</sup>. Culture e comunità in giro per il mondo presentano una vasta varietà di identità di genere che sfuggono alla comprensione occidentale e che non possono essere comprese nella categoria prodotta dal diritto internazionale<sup>1333</sup>. Basti pensare al sistema tripartito del genere tipico della Thailandia, agli *Hijras* dell'India o ai *Two-spirits* nativi che si trovano ad essere potenzialmente esclusi dal discorso sui diritti umani<sup>1334</sup>. Il rischio, in questo caso sotteso, è quello che è stato definito il fardello dell'identità: ossia l'imposizione di «external identities categories onto widely divergent peoples»<sup>1335</sup> come preconditione per l'accesso ai diritti umani, che oscura invece il valore intrinseco nella molteplicità del genere<sup>1336</sup>.

---

CEDAW/C/UKR/8, 2017; *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, UN Doc. A/HRC/35/36, 2017.

<sup>1330</sup> CEDAW Committee, *Concluding Observations on Colombia*, CEDAW/C/COL/9, 2019.

<sup>1331</sup> D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2005, p. 16.

<sup>1332</sup> J. McGill, 'SOGI- SO What: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations', op. cit, p. 26.

<sup>1333</sup> J. Mertus, 'The Rejection of Human Rights Framings: The Case of LGBT Advocacy in the US', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, Issue 4, 2007, p. 1063.

<sup>1334</sup> Ad esempio, il Comitato per i diritti umani, nelle sue Osservazioni conclusive sul Bangladesh, ha definito gli *hijra* come transgender, dimostrando di faticare a non replicare l'imposizione coloniale di norme ed etichette su soggetti che sfuggono alla comprensione della narrativa occidentale (HRC, *Concluding Observations: Bangladesh*, CCPR/C/BGD/CO/1, 2017).

<sup>1335</sup> S. Katyal, *Exporting Identity*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 14, 2002, p. 175.

<sup>1336</sup> J. Massad, *Desiring Arabs*, University of Chicago Press, 2008, p. 160 e seguenti.



SEZIONE II  
LA TUTELA DELL'IDENTITÀ DI GENERE AD OPERA  
DELLE CORTI REGIONALI

**5. La Corte europea dei diritti umani**

*5.1 La prima fase: negazione del diritto al riconoscimento legale del genere*

Spesso è stata evocata l'immagine di una strada da percorrere, lunga e accidentata, come metafora per rappresentare la travagliata, e ancora oggi parzialmente disattesa, aspirazione degli individui trans di trovare piena legittimazione nella rivendicazione dei propri diritti e nel riconoscimento della propria identità<sup>1337</sup>. Il fatto che si sia trattato di un percorso irto di difficoltà, lungo il quale alcuni sentieri richiedono ancora di essere tracciati, risulta con tutta evidenza anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che sarà oggetto di approfondimento nelle prossime pagine, al fine di indagarne evoluzione e limiti. La giurisprudenza della Corte è particolarmente rilevante perché, tra gli organi regionali di controllo degli accordi posti a tutela dei diritti umani, è quello che più di ogni altro ha affrontato casi riguardanti il diritto al riconoscimento legale del genere. Laddove pertinenti e in chiave comparativa verranno fatti opportuni riferimenti anche alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

Possono essere individuate almeno tre fasi nella giurisprudenza della Corte europea in questa materia. In un periodo iniziale, inaugurato dal primo caso, *Rees c. Regno Unito*<sup>1338</sup> risalente al 1986, e che si estende per i sedici anni successivi, le richieste di riconoscimento legale del genere da parte dei ricorrenti non erano mai riuscite a trovare soddisfazione. La Convenzione, pur non offrendo una definizione delle categorie di sesso

---

<sup>1337</sup> Così J. T. Theilen, 'The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe', in G. Schreiber (a cura di), *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven*, De Gruyter, Berlino, 2016, p. 377; N. Bratza, 'The Christine Goodwin Case. The Long Road to Transsexual Rights in the United Kingdom', in *Human Rights Law Journal*, Vol. 34, 2014, pp. 245-250; A. C. DeCleene, 'The Reality of Gender Ambiguity: A Road Toward Transgender Health Care Inclusion', in *Law & Sexuality*, Vol. 16, 2007, pp. 123-144.

<sup>1338</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, 17 ottobre 1986.

o genere, appare riflettere – come emerge dall’art. 12<sup>1339</sup> riguardante il diritto al matrimonio – il binarismo di genere tipico della cultura occidentale, per cui ogni individuo deve poter essere classificato come uomo o donna. Il corpo transessuale, che non si conforma a una così rigorosa ripartizione e non può essere ricondotto ai paradigmi mutualmente esclusivi del mascolino e del femminile<sup>1340</sup>, ha rappresentato dunque una sfida per la Corte.

I giudici di Strasburgo in queste prime due decadi si sono pronunciati su tre casi, tutti promossi da transessuali operati – che avevano dunque ultimato il percorso di transizione di genere – contro il Regno Unito<sup>1341</sup>: accanto al già citato *Rees, Cossey*<sup>1342</sup> nel 1990 e *Sheffield e Horsham*<sup>1343</sup> nel 1998. La sovrapponibilità delle istanze avanzate dalle parti e l’orientamento pressoché immutato della Corte ne rendono possibile una trattazione unitaria. Tutti e tre i giudizi, infatti, erano stati originati dalla circostanza che i ricorrenti, dopo essersi sottoposti a trattamento ormonale e chirurgico di riconversione dei caratteri sessuali, a spese dell’autorità sanitaria nazionale<sup>1344</sup>, avevano avuto la facoltà di modificare il proprio nome e i dati in alcuni documenti, come patente e passaporto, ma non di rettificare il registro delle nascite in modo che lo stesso rispecchiasse l’identità di genere acquisita<sup>1345</sup>. Ne derivava non solo un pregiudizio sociale, imputabile all’imbarazzo e all’umiliazione ingenerati dalla non corrispondenza tra aspetto esteriore e genere annotato, ogniqualvolta si rendesse necessario esibire il certificato di nascita<sup>1346</sup>, ma anche la conseguenza che, dal punto di vista giuridico, i ricorrenti continuassero ad essere considerati appartenenti al genere opposto a quello acquisito per quanto riguardava età pensionabile, matrimonio, lavoro, assicurazioni. La legislazione nazionale<sup>1347</sup>

---

<sup>1339</sup> Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950 (da qui in avanti CEDU), art. 12: «A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto».

<sup>1340</sup> D. Rosenblum, ‘Trapped in Sing-Sing: Transgendered Prisoners Caught in the Gender Binarism’, in *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 6, 2000, p. 505.

<sup>1341</sup> In realtà, la questione del riconoscimento di genere era stata già posta all’attenzione della Corte nel 1980 in un caso giudicato irricevibile per mancato esaurimento dei rimedi interni: Corte EDU, *Oostewijk c. Belgio*, ricorso n. 7654/76, 6 novembre 1980.

<sup>1342</sup> Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, 27 settembre 1990.

<sup>1343</sup> Corte EDU, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorso n. 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 luglio 1998.

<sup>1344</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 18; *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 15, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 12-25.

<sup>1345</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 21 e ss.

<sup>1346</sup> Ivi, par. 34

<sup>1347</sup> *Births and Death Registration Act*, 1953.

consentiva infatti di emendare i certificati unicamente in caso di errori d'ufficio, di trascrizione o di adozione<sup>1348</sup>.

I ricorrenti lamentavano, pertanto, una violazione da parte del governo britannico degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 della Convenzione, relativo al diritto del rispetto della vita privata<sup>1349</sup>. A tal proposito, si sottolinea la rilevanza dello sviluppo, ad opera della Corte EDU e della Commissione europea dei diritti dell'uomo, della dottrina degli obblighi positivi che si fa risalire tradizionalmente al 1979<sup>1350</sup>. Nel caso *Airey c. Irlanda*<sup>1351</sup>, si riconosceva, infatti, per la prima volta, che l'adempimento di un obbligo dello Stato ai sensi della Convenzione poteva richiedere che, in alcune circostanze, lo stesso non si limitasse a un'astensione dall'interferenza con i diritti degli individui ma che adottasse anche delle azioni positive: solo in tal modo si sarebbe potuta garantire una tutela di diritti non teorica e illusoria ma pratica ed effettiva<sup>1352</sup>. Del resto, la correlazione profonda tra obblighi positivi e realizzazione dell'eguaglianza sostanziale risulta particolarmente significativa in relazione agli individui transessuali: l'adozione di un trattamento differenziato o di misure positive da parte degli Stati è spesso richiesta al fine di garantire loro un godimento effettivo dei diritti umani<sup>1353</sup>. Ciò risulta vero anche in relazione al riconoscimento legale del genere d'elezione della persona transessuale: pertanto, l'eventuale derivazione di obblighi positivi in tal senso dall'art. 8 della

---

<sup>1348</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 21-24. Su questi casi vedere anche: A. Davies, 'Transsexuals and the European Convention on Human Rights', in *Nottingham Law Journal*, Vol. 7, 1998, p. 70 ss.; R. E. Rains, 'Legal Recognition of Gender Change for Transsexual Persons in the United Kingdom: The Human Rights Act 1998 and Compatibility with European Human Rights Law', in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 33, 2004, p. 333 ss.; G. Niveau, U. Marinette, T. Harding, 'Human Rights Aspects of Transsexualism', in *Health & Human Rights*, Vol. 4, 1999, p. 134 ss.; A. Davenport, 'Right to Private Life, Right to Marry Transsexuals Inability to Alter Birth Certificate', in *Journal of Civil Liberties*, Vol. 3(3), 1998, pp. 265-270.

<sup>1349</sup> CEDU, art. 8: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>1350</sup> L. Sivonen, 'Gender Identity Discrimination in European Judicial Discourse', in *The Equal Rights Review*, Vol. 7, 2011, p. 15. Sugli obblighi positivi, si veda: V. Stoyanova, 'Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete', in *Human Rights Law Review*, Volume 23, 2023. V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford Academic, Oxford, 2023.

<sup>1351</sup> Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, 9 ottobre 1979.

<sup>1352</sup> Ivi, par. 24-25.

<sup>1353</sup> J. Goldschmidt, 'Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective', in *ERA-Forum*, Vol. 8(1), 2007, pp. 41-42.

Convenzione divenne uno dei principali punti di scontro tra Corte e Commissione nei primi anni della giurisprudenza in materia.

La Commissione, infatti, già nel suo Rapporto relativo al caso *Rees*, riconoscendo il sesso come uno degli aspetti essenziali della personalità dell'individuo e il riconoscimento legale del genere come uno strumento per la realizzazione dell'identità dei ricorrenti, riteneva che dall'art. 8 sorgesse in capo allo Stato l'obbligo positivo di operare una modifica dell'intero sistema del registro civile: in caso contrario il governo avrebbe finito per trattare il transessuale operato come un essere «ambiguo»<sup>1354</sup>.

La doglianza non veniva però accolta dalla Corte. Nel valutare, infatti, l'esistenza di un obbligo positivo di adeguamento dei registri delle nascite – che, anche per la Corte, rappresentava il fulcro della controversia – l'organo giurisdizionale ha analizzato, prima di tutto, la prassi statale in materia per valutare l'ampiezza del margine di apprezzamento di cui godevano gli Stati<sup>1355</sup>. La deferenza alla discrezionalità dello Stato era rinforzata dalla convinzione, reiterata in tutti e tre i procedimenti, che la nozione di “rispetto” della vita privata ai sensi dell'art. 8 – da cui far eventualmente derivare degli obblighi positivi – dovesse essere valutata, caso per caso, guardando ai comportamenti posti in essere dagli Stati<sup>1356</sup>. Quando la Corte applica, come in questo caso, la dottrina del consenso, infatti, interpreta le disposizioni della Convenzione alla luce degli sviluppi giuridici, sociali e politici in atto in Europa, attribuendo molto rilievo alla prassi regionale<sup>1357</sup>. Tale dottrina incoraggia gli Stati ad adattare gradualmente le loro politiche agli standard emergenti in Europa relativi alla protezione dei diritti umani<sup>1358</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che molti Stati avessero conferito ai transessuali la possibilità di modificare i loro documenti ufficiali, compresi i registri di stato civile, in modo da riflettere l'identità acquisita, subordinando, però, in alcuni casi, tale opzione a condizioni più o meno rigorose. Invece, in altri Paesi tale possibilità non esisteva. Pertanto, la conclusione cui giungeva la Corte era l'assenza di un *consensus* tra gli Stati

---

<sup>1354</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 41 e Commissione europea dei diritti umani, *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/8, 12 dicembre 1984, par. 40-43.

<sup>1355</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 37.

<sup>1356</sup> *Ibidem*.

<sup>1357</sup> L. R. Helfer, A. M. Slaughter, 'Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication', in *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1997, p. 383.

<sup>1358</sup> E. Benvenisti, 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards', in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999 at 851-52.

contraenti in questo settore, in cui il diritto era ancora in una fase di transizione<sup>1359</sup>. Dunque, data la relazione inversa tra *consensus* e margine di apprezzamento, gli Stati non potevano che godere di un'ampia discrezionalità al riguardo<sup>1360</sup>. Infatti, la dottrina del margine di apprezzamento riconosce che la Convenzione assegna «to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines»<sup>1361</sup>. Grazie al contatto diretto con le forze vitali del Paese, in assenza di una prassi uniforme a livello regionale, le autorità statali si trovano in una posizione migliore per effettuare un bilanciamento equo quando ci sono interessi contrastanti e per determinare come interpretare e applicare, date le condizioni locali, i diritti e libertà riconosciuti nella Convenzione.

Attribuito, dunque, un ampio margine di discrezionalità allo Stato convenuto, per valutare l'esistenza o meno di obblighi positivi *ex art. 8*, la Corte passava a verificare come il Regno Unito avesse operato il bilanciamento tra l'interesse del singolo e l'interesse generale. A tal proposito, la Corte giudicava positivamente la possibilità accordata al ricorrente da parte dello Stato – che aveva cercato di soddisfare le richieste del richiedente nella misura massima consentita dal suo sistema – di modificare nome, cognome e sesso sui documenti ufficiali<sup>1362</sup>. Ad opinione della Corte, invece, la modifica dei registri di stato civile e la richiesta della sua segretezza nei confronti di terze parti non soltanto rientravano nel margine di discrezionalità dello Stato ma confliggevano con interessi pubblici reputati prevalenti e ascrivibili all'esigenza di garantire la certezza del diritto e la rilevanza storica dei registri stessi<sup>1363</sup>. Inoltre, si riteneva che la confidenzialità della rettifica potesse avere conseguenze indesiderate in settori come il diritto di famiglia e di successione e che non prendesse in considerazione la posizione di terzi, comprese le autorità pubbliche (ad esempio le forze armate) o enti privati (come le compagnie assicurative) che sarebbero stati privati di informazioni sul genere che avevano un

---

<sup>1359</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 15.

<sup>1360</sup> D. Shelton, 'The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe', in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, p. 134. T. A. O' Donnell, 'The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, 1993, pp. 474-496; H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

<sup>1361</sup> Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 7 dicembre 1976, par. 48.

<sup>1362</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 42.

<sup>1363</sup> *Ivi*, par. 38.

interesse legittimo a ricevere<sup>1364</sup>. Pertanto, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento concesso allo Stato in questo settore e dell'importanza della tutela degli interessi altrui, non scaturiva dall'art. 8 l'obbligo positivo per la Gran Bretagna di riconoscere la nuova identità di genere dei ricorrenti: la mancanza di una normativa che permettesse la modifica del genere nel registro delle nascite non era da considerarsi una violazione dei diritti dei ricorrenti da parte dell'autorità pubblica<sup>1365</sup>. Questa impostazione rimaneva costante per tutto l'arco temporale considerato, nonostante l'evidenza di un cambiamento di sensibilità sociale e, in parte, anche nella legislazione degli Stati contraenti<sup>1366</sup>.

In *Cossey*, pur ritenendo di non doversi discostare dalla pronuncia antecedente, la Corte auspicava il ricorso ad un'interpretazione evolutiva del testo convenzionale che si sarebbe dovuta attuare però quando i tempi sarebbero stati maturi, dato che allo stato attuale ciò non trovava giustificazione, per i giudici, negli sviluppi scientifici e sociali nel frattempo intercorsi<sup>1367</sup>. La Corte, infatti, ravvisava delle evoluzioni nella legislazione di alcuni Stati membri rispetto al 1986, tuttavia la prassi era ancora molto diversificata e giustificava un ampio margine di apprezzamento<sup>1368</sup>. Otto anni dopo, con il caso *Sheffield e Horsham* si sarebbe potuta constatare tale inversione di tendenza. Nel suo Rapporto, la Commissione aveva profilato infatti la necessità di allontanarsi dal precedente: veniva riconosciuta l'emersione chiara di un *consensus* europeo in materia di transessualismo, a livello non solo medico ma anche giuridico, poiché si assisteva in Europa, tra gli Stati contraenti, ma anche a livello di istituzioni europee, a un evidente trend a favore del riconoscimento legale del genere post-operatorio<sup>1369</sup>.

---

<sup>1364</sup> Ivi, par. 43.

<sup>1365</sup> Ivi, par. 33 e 44. Si veda anche J. K. Manson, 'United Kingdom v Europe: Current Attitudes to Transsexualism', in *Edinburgh Law Review*, Vol. 2, 1998, pp. 107-119.

<sup>1366</sup> L. Helfer, 'Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights', in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, n. 1, 1993, pp. 146-150.

<sup>1367</sup> Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 40-42.

<sup>1368</sup> Ivi, par. 40. Si vedano anche: Parlamento Europeo, risoluzione del 12 settembre 1989, OJ No C 256; Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 1117 (1989), *Condition of Transsexuals*, 29 settembre 1989.

<sup>1369</sup> Commissione Europea dei diritti umani, *Rachel Horsham c. Regno Unito*, ricorso n. 23390/94, *Report of the Commission*, 21 gennaio 1997, par. 50-53. La Commissione faceva riferimento oltre alla legislazione domestica di un numero sempre maggiore di Stati contraenti, ad alcune evoluzioni a livello di diritto UE e poi, in particolare modo, alla Raccomandazione 1117 (1989) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla condizione dei transessuali che raccomandava l'introduzione da parte degli Stati membri di legislazioni nazionali che consentissero la rettificazione dei registri delle nascite.

Inoltre, l'analisi presentata alla Corte EDU dall'organizzazione Liberty in qualità di *amicus curiae* rilevava che esaminando la legislazione di 37 Paesi risultava che solo 4, compreso il Regno Unito,



Tuttavia, anche in questo caso, all'audacia della Commissione si contrapponeva un atteggiamento conservatore della Corte che decideva di far gravare sui ricorrenti un onere probatorio inesorabilmente alto<sup>1370</sup>. Si sosteneva infatti, che gli stessi non fossero riusciti a dimostrare che, dall'ultimo caso considerato, la scienza medica avesse risolto in *maniera conclusiva* tutti i dubbi riguardanti il transessualismo e che, dal punto di vista degli sviluppi normativi, ci fosse un approccio comune non solo sul riconoscimento legale del genere dei transessuali operati ma anche un criterio uniforme su come affrontare le ripercussioni che da ciò sarebbero potute derivare in termini di matrimonio, filiazione, privacy e protezione dei dati<sup>1371</sup>. L'unica apertura della Corte, contenuta in un breve *caveat*, si ravvisava laddove la stessa si dichiarava consapevole della gravità dei problemi in cui incorrevano i transessuali e ammoniva il Regno Unito che la Convenzione richiede sempre di essere interpretata e applicata alla luce delle circostanze presenti, invitando lo Stato a tenere sotto controllo l'evoluzione della materia e, di conseguenza, l'eventuale profilarsi della necessità di adottare appropriate misure legislative<sup>1372</sup>.

La posizione poco progressista della Corte, criticata dalle sempre più numerose opinioni dissenzienti<sup>1373</sup>, può trovare una parziale spiegazione nel fatto che, quando ad essere sottoposta ad esame sia una questione sociale particolarmente controversa, anche qualora ci sia un *consensus* emergente che tuttavia non si basi su principi consolidati nel diritto degli Stati membri ma rifletta uno sviluppo in un campo del diritto molto dinamico, questo non restringe in modo decisivo il margine di apprezzamento<sup>1374</sup>. Su aspetti così

---

vietassero espressamente tale possibilità e che dal caso *Rees* il 59% degli Stati avessero assunto provvedimenti positivi per il riconoscimento dell'identità di genere dei transessuali operati: *Integrating Transsexual and Transgendered People, An Analysis by Liberty on transsexuality and the law*, <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Foreword%20to%20Liberty's%20amicus%20brief.pdf>, par. 13.

<sup>1370</sup> Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2001, p. 73.

<sup>1371</sup> Corte EDU, *Shaffield e Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 56-57: «In the view of the Court, the applicants have not shown that since the date of adoption of its *Cossey* judgment in 1990 there have been any findings in the area of medical science which settle conclusively the doubts concerning the causes of the condition of transsexualism».

<sup>1372</sup> Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 42, *Shaffield e Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 60.

<sup>1373</sup> La decisione circa la mancata violazione dell'art. 8 da parte del Regno Unito è stata assunta con 11 voti a favore e ben 8 contrari. È stata poi corredata dall'opinione dissenziente del giudice Van Dijk e dall'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Bernhardt, Thor Vilhjalmsson, Spielmann, Pal, Wildhaber, Makarczyk e Voicu secondo i quali la dottrina del margine di apprezzamento non poteva essere più assunta come difesa di politiche che costituivano evidentemente un'intrusione nella vita privata dei ricorrenti.

<sup>1374</sup> Corte EDU, *S.H. e Altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, 3 novembre 2011, par. 96 in cui la Corte interpreta in tal modo il valore da attribuire al *consensus* in un caso relativo alla donazione di gameti per la fecondazione in vitro.

dibattuti come quello del transessualismo, il cambio di passo nella giurisprudenza della Corte può richiedere tempistiche dilatate per consentire, come sostenuto da McGoldrick, una riflessione approfondita e comparativa sugli sviluppi sociali e scientifici all'interno e tra gli Stati<sup>1375</sup>. Del resto, quando la Corte supererà le proprie reticenze con una sentenza storica del 2002, il *consensus* europeo non poteva ritenersi mutato in maniera rilevante rispetto al caso in esame.

Ciò che emerge dalla lettura delle sentenze di questo primo ventennio è che la Corte, operando un test di proporzionalità in cui veniva riconosciuta preminenza all'interesse governativo di considerare i registri delle nascite come raccolta di fatti storici, di fatto finiva implicitamente per convalidare la visione del sesso propria del determinismo biologico<sup>1376</sup>. Si trattava dell'approccio giuridico dominante all'epoca in Gran Bretagna, sviluppatosi a partire dal caso *Corbett c. Corbett*<sup>1377</sup> e che rispondeva a ciò che Michel Foucault considera l'ossessione propria delle società occidentali per il «vero sesso», inscritto nella realtà del corpo<sup>1378</sup>. Come già ricordato nell'introduzione, ciò che rileva per la determinazione a fini giuridici del genere di un soggetto sono le qualità biologiche la cui individuazione avviene al momento della nascita e che non possono essere realmente mutate, neppure nel caso in cui si ricorra a strumenti medici e chirurgici<sup>1379</sup>.

Se i ricorrenti lamentavano, a più riprese, il ricorso esclusivo da parte delle autorità britanniche a criteri biologici per la determinazione del genere, da cui derivava l'inalterabilità delle informazioni riguardanti il sesso in un momento successivo alla loro immissione nel registro delle nascite<sup>1380</sup>, la Corte si faceva interprete del pensiero

---

<sup>1375</sup> D. McGoldrick, 'A Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee', in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, 2016, p. 29.

<sup>1376</sup> Per approfondimenti sul tema: A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2002, p. 47 e sgg.

<sup>1377</sup> High Court of Justice, *Corbett v. Corbett*, All E.R. 2 (1970). Nella sentenza resa dalla Corte suprema inglese, si riteneva che il sesso dovesse essere legalmente definito da tre fattori biologici presenti alla nascita: cromosomico, gonadico e genitale. Qualsiasi intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali così come qualsiasi fattore psicologico non potevano modificare il sesso biologico. A commento si vedano: C. Hutton, *The tyranny of ordinary meaning: Corbett v Corbett and the invention of legal sex*. Springer, 2019. H. Finlay, 'Transsexuals, Sex Change Operations and the Chromosome Test: Corbett v. Corbett Not Followed', in *University of Western Australia Law Review*, Vol. 19, 1989, p. 152.

<sup>1378</sup> M. Foucault, *Herculine Barbin, Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century French Hermaphrodite*, Vintage Book Edition, 2010, p. 9.

<sup>1379</sup> A. Harris, 'Non-binary Gender Concepts and the Evolving Legal Treatment of UK Transsexed Individuals: A Practical Consideration of the Possibilities of Butler', in *Journal of International Women's Studies*, Vol. 13, Issue 6, p. 58; E. Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Penguin Books, Londra, 1990, pp. 42-43.

<sup>1380</sup> Corte EDU, *Shaffield e Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 53.

essenzialista ribadendo che, nonostante gli indubbi sviluppi medico-scientifici, il ricorso all'operazione chirurgica di riassegnazione non consentiva comunque l'acquisizione di tutte le caratteristiche biologiche dell'«altro» sesso, quello di elezione<sup>1381</sup>. Veniva così ribadita e legittimata l'idea del fondamento biologico del sesso concepito come verità organica che risiede nel corpo, non passibile di modifica<sup>1382</sup>. La non emendabilità dei registri trovava una giustificazione nel fatto che non sarebbe stato corretto annotare un completo cambiamento di sesso dal momento che ciò non era ritenuto pienamente possibile dal punto di vista medico<sup>1383</sup>.

In un bilanciamento operato in modo tale da concretarsi in una totale compressione del principio di autodeterminazione dell'individuo (che non è espressamente incluso nella Convenzione ma che può essere considerato senza ombra di dubbio base su cui poggia il diritto al rispetto della vita privata), solo il giudice Van Dick, nella sua opinione dissenziente, sosteneva la necessità di garantire il diritto al riconoscimento legale del sesso che i ricorrenti consideravano rispondente alla propria identità. La Convenzione, secondo il giudice, poteva attribuire alla nozione di sesso un significato autonomo, così come accadeva già per altri concetti, quali quelli di famiglia o persona<sup>1384</sup>. In ambito normativo, il sesso poteva e doveva essere reinterpretato e ridefinito come categoria giuridica che rispondesse non tanto e non solo alla biologia ma che, riconoscendo nel genere un costrutto culturale, lasciasse margine all'autonomia dell'individuo di determinare quello di elezione. Nelle pronunce successive la Corte riuscirà ad operare un cambio di paradigma, ridefinendo, almeno parzialmente, le categorie di sesso e genere.

---

<sup>1381</sup> Corte EDU *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 40; *Shaffield e Horsham c. Regno Unito*, cit., par. 56: «The Court would add that, as at the time of adoption of the *Cossey* judgment, it still remains established that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex despite the increased scientific advances in the handling of gender reassignment procedures».

<sup>1382</sup> D. A. Gonzalez-Salzberg, 'The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights', in *American University International Law Review*, Vol. 29, 2019, pp. 806-807.

<sup>1383</sup> Corte EDU *Cossey c. Regno Unito*, cit., par. 39: «Moreover, the register could not be corrected to record a complete change of sex since that is not medically possible».

<sup>1384</sup> Corte EDU, *Shaffield e Horsham c. Regno Unito*, *Dissenting Opinion of Judge Van Dijk*, par. 8.

## 5.2 La svolta parziale del 2002 e le questioni rimaste aperte

È soltanto con la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*<sup>1385</sup>, resa dalla Grande Camera nel 2002, che per la prima volta la Corte EDU ha riconosciuto un vero e proprio obbligo degli Stati di garantire il riconoscimento legale del genere. La richiesta della ricorrente era, di fatto, identica a quelle avanzate nei precedenti ricorsi, per cui il discostamento dal precedente non trovava fondamento nelle particolari circostanze del caso ma in quello che poteva essere considerato un improvviso, sia pur non inatteso, cambio di approccio da parte della Corte<sup>1386</sup>. Tale organismo tende infatti, su questioni eticamente sensibili, a seguire i mutamenti sociali, non ad anticiparli, come le pronunce dei vent'anni precedenti avevano dimostrato, essendo tradizionalmente restio a forzare cambiamenti nelle legislazioni nazionali degli Stati contraenti<sup>1387</sup>. I tempi apparivano però alla Corte maturi per un'inversione di tendenza<sup>1388</sup>.

Attraverso una lettura evolutiva e dinamica della Convenzione, strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni attuali da vagliare in base agli sviluppi e agli standard comunemente accettati dagli Stati del Consiglio d'Europa<sup>1389</sup>, si è assistito quindi ad una espansione dei diritti sostanziali riconosciuti agli individui transessuali<sup>1390</sup>. Come evidenziato da Letsas, la stessa nozione di «standard comunemente accettati» ha subito nel tempo una profonda trasformazione nella giurisprudenza della Corte, passando dall'indicare un'omogeneità di criteri all'interno delle sole legislazioni nazionali al riferirsi a segnali di un'evoluzione di sensibilità e attitudini all'interno delle società moderne<sup>1391</sup>.

---

<sup>1385</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, 11 luglio 2002. Il medesimo contenuto è rinvenibile nel caso reso dalla Corte EDU contemporaneamente: Corte EDU, *I. c. Regno Unito*, ricorso n. 25680/94, 11 luglio 2002.

<sup>1386</sup> A. Morawa, 'The "Common European Approach", "International Trends", and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom,' in *German Law Journal*, Vol. 3, 2002, par. 27.

<sup>1387</sup> M. B. Dembour, 'Why Should Biological Sex Be Decisive? Transsexualism Before the European Court of Human Rights', in A. Shaw, and S. Ardener (edito da), *Changing Sex and Bending Gender*, Berghahn Books, New York, 2005, p. 44.

<sup>1388</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit. par. 90.

<sup>1389</sup> La dottrina della Convenzione da interpretare come strumento vivente è stata teorizzata per la prima volta dalla Corte nel caso: Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, 25 aprile 1978.

<sup>1390</sup> M. Burbergs, 'How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights are born: Article 8 ECHR', in E. Brems & J. Gerards (edito da), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 319-320.

<sup>1391</sup> G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 77.

È quanto accaduto in relazione anche a questa controversia. La Corte ha evidenziato che già nel caso *Sheffield e Horsham* poteva dirsi esistente un *consensus* europeo emergente riguardo al riconoscimento legale del genere post-operatorio<sup>1392</sup>, *consensus* rimasto da allora pressoché immutato e che dunque non può essere considerato di per sé fondamento di un mutamento del metodo decisionale. La Corte affermava espressamente di riservare minore importanza rispetto a quanto era accaduto in passato alla mancanza di un approccio comune a livello europeo circa la risoluzione dei problemi pratici e giuridici posti dal riconoscimento del genere post-operatorio e delle sue ripercussioni in relazione a matrimonio, filiazione e privacy. Al contrario, non si poteva più ignorare l'esistenza di un incontrovertibile trend, a livello internazionale, a favore dell'accettazione sociale del transessualismo e del riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati<sup>1393</sup>. La Gran Bretagna, di conseguenza, vista l'evoluzione internazionale della scienza, del diritto, della medicina e della società, non poteva più ragionevolmente sostenere che il non riconoscimento legale del genere post-operatorio rientrasse nel proprio margine di apprezzamento<sup>1394</sup>.

Per rendere concreti ed effettivi i valori tutelati dalla Convenzione, il ragionamento della Corte puntava soprattutto sulla valorizzazione della dignità umana e della libertà dell'individuo, fondamento dell'intero testo convenzionale. Si riteneva, infatti, che una garanzia effettiva dell'art. 8 non potesse prescindere dal rispetto del principio dell'autonomia personale che ingloba al proprio interno la tutela della sfera privata di ogni individuo, incluso il diritto di stabilire dettagli della propria identità<sup>1395</sup>. Il rifiuto da parte dello Stato convenuto di riconoscere il cambio di genere della ricorrente che, come nei precedenti casi era una transessuale operata, doveva allora intendersi come interferenza grave nella vita privata, confliggente con un aspetto giudicato centrale dell'identità personale, dal momento che dalla discordanza tra il ruolo assunto nella

---

<sup>1392</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit., par. 84: «Already at the time of the Sheffield and Horsham case, there was an emerging consensus within Contracting States in the Council of Europe on providing legal recognition following gender reassignment».

<sup>1393</sup> Ivi, par. 84. J. N. Erdman, 'The Deficiency of Consensus in Human Rights Protection: A Case Study of *Goodwin v. United Kingdom* and *I. v. United Kingdom*', in *Journal of Law and Equality*, Vol. 2, 2003, p. 318.

<sup>1394</sup> Ivi, par. 93.

<sup>1395</sup> Ivi, par. 90.

società e lo status imposto dalla legge derivava un senso di vulnerabilità, umiliazione e alienazione<sup>1396</sup>.

Particolare rilevanza va tributata al riferimento da parte della Corte al principio di autonomia personale, base dell'art. 8, che ha consentito un'espansione del significato della nozione di vita privata. «It denotes a further shift in emphasis from negative or defensive freedom – the personal or intimate envelope – to positive self-identity»<sup>1397</sup>. Punto nodale diviene, pur con i limiti che verranno evidenziati più avanti, la tutela dell'individuo e della sua autonomia nel determinare il corso della propria vita, la sua percezione del sé e autorealizzazione. Il principio di autonomia personale, riconosciuto per la prima volta dalla Corte solo tre mesi prima<sup>1398</sup>, ha trovato il proprio fondamento nella dignità umana di cui può essere considerato un'emanazione<sup>1399</sup>. Tale impostazione sarebbe stata consacrata l'anno successivo in *Van Kück c. Germania*, in cui i giudici avrebbero sostenuto che la libertà del transessuale operato di definirsi ed essere riconosciuto come appartenente al genere d'elezione dovesse essere considerata elemento cardine del principio di autodeterminazione<sup>1400</sup>.

Con la sentenza *Goodwin*, il diritto dei transessuali operati ad un pieno sviluppo personale, possibile soltanto attraverso una effettiva legittimazione dell'identità di genere scelta, cessava di essere una questione controversa per la Corte. I giudici ritenevano infatti che non fosse più accettabile lasciare che tali individui versassero in una posizione anomala e intermedia, in cui di fatto non appartenevano ad un genere né all'altro<sup>1401</sup>. La Corte, dunque, non ravvisando fattori significativi di interesse pubblico da contrapporre all'interesse della ricorrente ad ottenere il riconoscimento giuridico della sua riassegnazione di genere, è giunta alla conclusione che il giusto equilibrio inerente alla Convenzione pendesse ora decisamente a favore della richiedente<sup>1402</sup>. Pertanto, ha riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte della Gran Bretagna che

---

<sup>1396</sup> Ivi, par. 77. Si veda anche D. Caron, R. Smith, 'Goodwin v. United Kingdom. App. No. 28957/95 and I. v. United Kingdom. App. No. 25680/94', in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 659-664.

<sup>1397</sup> A. Campbell, H. Lardy, 'Transsexuals-The ECHR in Transition', in *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 54, 2003, p. 215.

<sup>1398</sup> Corte EDU, *Pretty v. The United Kingdom*, ricorso n. 2346/02, 29 aprile 2002, par. 65.

<sup>1399</sup> B. Rudolf, 'European Court of Human Rights: Legal Status of Postoperative Transsexuals', in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, 2003, p. 719.

<sup>1400</sup> Corte EDU, *Van Kück v. Germany*, ricorso n. 35968/97, 12 giugno 2003, par. 73.

<sup>1401</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit. par. 90.

<sup>1402</sup> Ivi, par. 93.

aveva l'obbligo di modificare i registri di stato civile, trascrivendo il genere della ricorrente. Tuttavia, lo Stato veniva lasciato libero per quanto riguardava i criteri ritenuti più opportuni per ottenere tale riconoscimento del genere d'elezione<sup>1403</sup>. Questa previsione, reiterata anche nei giudizi successivi, ha contribuito a limitare il potenziale trasformativo della sentenza.

Si è assistito dunque ad una ridefinizione della nozione giuridica del sesso ad opera della Corte che ha preso, in parte, le distanze dal determinismo biologico. Sono divenuti prioritari altri fattori cui subordinare il riconoscimento del genere di elezione: non più i caratteri sessuali presenti alla nascita ma, ad esempio, il riconoscimento del disturbo dell'identità di genere da parte dell'autorità sanitaria nazionale dello Stato contraente, l'essersi sottoposti, come nel caso di specie, a trattamenti, inclusa la chirurgia, per assimilare il più possibile l'individuo al sesso cui ritiene di appartenere, e l'assunzione del ruolo sociale del genere assegnato<sup>1404</sup>. Da un lato, la posizione assunta dalla Corte rappresenta sicuramente un momento di svolta nella giurisprudenza di Strasburgo. Abbandonando la staticità dei criteri biologici, in effetti si è riconosciuto il carattere performativo delle categorie sessuali, costrutti sociali tra i quali c'è possibilità di movimento – grazie all'operazione chirurgica – ed è iniziata a profilarsi la convinzione che l'identità di genere sia una questione di scelta e auto-attribuzione<sup>1405</sup>. Ma non si può che dissentire con l'ex presidente della Corte, Nicolas Bratza, quando egli ha affermato che, con tale sentenza, la lunga strada per il riconoscimento dei diritti dei transessuali, alla luce della Convenzione, potesse dirsi conclusa<sup>1406</sup>. Infatti, se la sentenza ha costituito un importante passo avanti, in una certa misura irriducibile, al tempo stesso ha rappresentato, pur sempre, un'espressione del conservatorismo della Corte che presenta almeno tre limiti.

Prima di tutto, va evidenziato che lasciare che la decisione circa le modalità per ottenere il riconoscimento legale del genere ricada nel margine di apprezzamento dello Stato ha compresso la portata di tale diritto consentendo a molti Stati parti di mantenere

---

<sup>1403</sup> *Ibidem*.

<sup>1404</sup> *Ivi*, par. 100.

<sup>1405</sup> R. Sandland, 'Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights', in *Feminist Legal Studies*, Vol. 11, 2003, p. 196. E. Bjorge, 'Sexuality Rights under the European Convention on Human Rights', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 29, 2011, p. 171.

<sup>1406</sup> N. Bratza, 'The Christine Goodwin Case. The Long Road to Transsexual Rights in the United Kingdom', in *Human Rights Law Journal*, 2014, Vol. 34, p. 245.

criteri stringenti e talvolta lesivi della dignità umana per potervi accedere, come risulterà evidente dalla ricostruzione dei casi successivi: non sono stati vietati espressamente infatti requisiti come l'intervento chirurgico (che anzi ha assunto un ruolo centrale nelle valutazioni della Corte), la disamina psichiatrica e, almeno fino al 2017, anche la sterilizzazione obbligatoria.

In secondo luogo, non giudicando contraria alla Convenzione la previsione dell'ordinamento del Regno Unito, secondo la quale il riconoscimento del genere è subordinato ad un intervento chirurgico, la Corte ha di fatto, indirettamente, corroborato la comprensione binaria del genere, poiché il riconoscimento è condizionato ad un passaggio di genere all'interno del dualismo uomo-donna<sup>1407</sup>. È stato abbandonato il determinismo biologico per fondare, stavolta, il genere sulla modificazione chirurgica degli organi sessuali. Non a caso, l'approccio della Corte appare fortemente permeato da quella che Sharpe definisce l'ermeneutica del sospetto<sup>1408</sup>. In quest'ottica appare centrale il riferimento alle sofferenze patite da tali individui: il dolore affrontato è uno degli elementi che per la Corte suggerisce non ci sia nulla di arbitrario o di «capriccioso» nella decisione riguardante la riconversione di genere<sup>1409</sup>.

Infine, per provare la natura genuina dell'identità della ricorrente, tali speculazioni si sono combinate con un continuo riferimento ai discorsi scientifici. La Corte opera una continua medicalizzazione e patologizzazione del transessualismo: il transessuale operato è costantemente rappresentato come un soggetto malato. È infatti il disturbo mentale che diviene, insieme all'operazione chirurgica, il fattore decisivo per la normalizzazione. Sono questi due criteri che rendono possibile la transizione<sup>1410</sup>. In tal modo, la Corte ha dimostrato una conoscenza frammentata e stereotipata di quella che ha ritenuto essere l'autenticità del genere, richiedendo alla ricorrente di provare il proprio livello di adesione

---

<sup>1407</sup> P. Cannoot, 'The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, 2019, p. 25.

<sup>1408</sup> A. Sharpe, 'From Functionality to Aesthetics: The Architecture of Transgender Jurisprudence', in *Murdoch University Electronic Law Journal*, Vol. 8, 2001, p. 9.

<sup>1409</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit. par. 81: «Nor, given the numerous and painful interventions involved in such surgery and the level of commitment and conviction required to achieve a change in social gender role, can it be suggested that there is anything arbitrary or capricious in the decision taken by a person to undergo gender re-assignment».

<sup>1410</sup> A. Sharpe, *From Functionality to Aesthetics*, op. cit., p. 10.



ai dettami del sesso scelto e negando di fatto un ruolo decisivo alla sola autodeterminazione dell'individuo<sup>1411</sup>.

### *5.3 La seconda fase: patologizzazione delle identità trans, finanziamento e accesso all'operazione di riconversione dei caratteri sessuali*

Quando si parla di riconoscimento legale dell'identità di genere sono due, come è stato evidenziato, i modelli che si confrontano: il modello elettivo, cuore dei principi di Yogyakarta, che si basa sulla convinzione che l'autodefinizione dovrebbe essere dirimente per tutti gli scopi giuridici e il modello ascrittivo, in cui le identità sono imposte sulla base di criteri stabiliti per legge<sup>1412</sup>. La Corte EDU, nella seconda fase della sua giurisprudenza sull'identità di genere, quella successiva al momento di svolta del 2002, ha aderito sempre al secondo paradigma, considerando legittima e compatibile con la Convenzione la subordinazione, da parte di molti Stati parti, del riconoscimento del diritto all'identità di genere al soddisfacimento di alcuni requisiti, primo fra tutti, l'essersi sottoposti ad un'operazione chirurgica di modifica irreversibile dei caratteri sessuali.

Le prime pronunce rese dopo il caso *Goodwin* riguardano, in particolar modo, il rimborso delle spese sostenute e le concrete possibilità di accesso al trattamento chirurgico e denotano un costante approccio volto alla medicalizzazione del transessualismo. Presentano profili molto simili i casi *Van Kück c. Germania* e *Schlumpf c. Svizzera*<sup>1413</sup>, in cui le ricorrenti, transessuali sottopostesi al processo di riconversione dei caratteri sessuali, avevano richiesto un parziale rimborso dei costi dei trattamenti alle rispettive compagnie assicurative. Nel primo caso, le corti tedesche avevano ritenuto che la compagnia non fosse tenuta alla restituzione delle spese mediche per due ragioni. Tali spese erano state giudicate non necessarie in quanto il disordine dell'identità di genere si sarebbe potuto curare con il ricorso esteso alla psicoterapia e, inoltre, si sosteneva che la ricorrente, assumendo ormoni femminili senza supervisione medica, avrebbe originato deliberatamente la propria malattia in violazione delle condizioni assicurative<sup>1414</sup>. Nel secondo caso, invece, il tribunale svizzero delle assicurazioni aveva appoggiato la

---

<sup>1411</sup> F. R. Ammaturo, *European Sexual Citizenship, Human Rights, Bodies and Identities*, Palgrave Macmillan, Londra, 2017, p. 74.

<sup>1412</sup> J. Clarke, *Identity and Form*, in *California Law Review*, Vol. 103, 2015, p. 748.

<sup>1413</sup> Corte EDU, *Schlumpf c. Svizzera*, ricorso 29002/06, 5 giugno 2009.

<sup>1414</sup> Corte EDU, *Van Kück c. Germania*, cit., par. 23 e 27.

posizione della compagnia, negando il rimborso sulla base del fatto che, nella propria giurisprudenza, si era affermato quale criterio per considerare l'operazione chirurgica un trattamento medico necessario, e dunque rimborsabile, un periodo di attesa di due anni, a riprova dell'autenticità della transessualità del paziente<sup>1415</sup>. A fronte del rigetto da parte dei tribunali nazionali delle loro rivendicazioni, dunque, le ricorrenti hanno adito la Corte di Strasburgo lamentando la violazione *inter alia* dell'art. 8 della Convenzione.

In entrambi i casi, la Corte ha accolto le doglianze delle ricorrenti. L'organo giurisdizionale ha, prima di tutto, ricordato che la nozione di vita privata tutela vari aspetti dell'identità sociale dell'individuo e che, dunque, la sfera protetta dall'art. 8 ricomprende, tra le molteplici dimensioni, anche l'identificazione di genere<sup>1416</sup>. In particolar modo, in *Van Kück c. Germania*, la Corte ha riconosciuto che la libertà della ricorrente di definirsi come donna, a seguito dell'operazione chirurgica cui era stata sottoposta, costituiva uno degli elementi essenziali del diritto all'autodeterminazione che derivava dal diritto al rispetto della vita privata, che ricomprende l'identità di genere e lo sviluppo personale<sup>1417</sup>. Inoltre, prima di effettuare il bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati confliggenti, la Corte ha enfatizzato il fatto che questioni afferenti alla sfera più intima della vita di un individuo, come appunto l'identità di genere, sono passibili di ridurre il margine di apprezzamento degli Stati parti in relazione all'adempimento degli obblighi *ex art. 8*<sup>1418</sup>.

Secondo la Corte, i tribunali tedeschi, nel trattare le richieste di rimborso delle spese mediche, non avevano adempiuto agli obblighi positivi dello Stato a causa dell'impatto delle loro decisioni sul diritto della ricorrente al rispetto della propria autodeterminazione di genere<sup>1419</sup>. In particolare, nonostante le raccomandazioni degli esperti consultati fossero inequivocabili, le corti tedesche avevano continuato a sostenere la possibilità di ricorrere alla psicoterapia per trattare la condizione della ricorrente, mettendo in discussione la necessità, per ragioni mediche, dell'intervento chirurgico<sup>1420</sup>. La Corte inoltre ha giudicato sproporzionato l'onere gravante sulla ricorrente di dover provare non solo di non aver causato essa stessa, attraverso l'assunzione di ormoni, la propria condizione di transessuale, ma anche la necessità medica del trattamento di tale «disease»

---

<sup>1415</sup> Corte EDU, *Schlumpf c. Svizzera* cit., par. 10-11.

<sup>1416</sup> Corte EDU, *Van Kück c. Germania*, cit., par. 69.

<sup>1417</sup> Ivi, par. 73-78.

<sup>1418</sup> Ivi, par. 73.

<sup>1419</sup> Ivi, par. 78.

<sup>1420</sup> Ivi, par. 79-80.

– nelle parole della Corte – attraverso un’operazione chirurgica irreversibile<sup>1421</sup>. Infatti, per i giudici di Strasburgo, la determinazione della necessità medica delle misure di riconversione non era una questione di definizione giuridica, per cui i tribunali tedeschi avrebbero dovuto chiedere ulteriori chiarimenti, oltre che all’esperto consultato, a medici specialisti nel campo del transessualismo, non disponendo di sufficienti informazioni ed *expertise* medica<sup>1422</sup>. Alla luce di questi diversi fattori, la Corte giungeva alla conclusione che non era stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi della compagnia di assicurazione sanitaria privata da un lato e gli interessi del singolo dall’altro. Le autorità tedesche avevano oltrepassato il margine di discrezionalità concesso loro, violando dunque l’art. 8<sup>1423</sup>.

Anche nel caso *Schlumpf*, in cui, si ricorda, il tribunale svizzero imponeva un periodo di attesa di due anni prima che l’intervento di cambiamento di sesso fosse autorizzato come procedura medica necessaria a prova dell’autenticità della condizione<sup>1424</sup>, la Corte rimproverava allo stesso di aver sostituito il proprio giudizio a quello di medici professionisti. L’organo ha osservato che il legittimo obiettivo perseguito dalla previsione di un tempo di attesa di due anni era quello di comporre l’interesse pubblico – volto ad evitare interventi costosi e inutili e che una scelta dalle conseguenze irreversibili fosse presa frettolosamente – con quello del ricorrente<sup>1425</sup>. Tuttavia, per la Corte, il rispetto della vita privata della ricorrente avrebbe richiesto la considerazione di dati medici, biologici e psicologici, espressi in modo inequivocabile da esperti medici, per evitare un’applicazione meccanica del termine di due anni. La Corte ha concluso dunque che, data la situazione molto particolare in cui si trovava la ricorrente – di età superiore ai 67 anni – e tenuto conto dello stretto margine di apprezzamento di cui godeva lo Stato convenuto in relazione a una questione che riguardava uno degli aspetti più intimi della vita privata, non era stato trovato un giusto equilibrio tra gli interessi confliggenti e vi era stata quindi una violazione dell’art. 8<sup>1426</sup>.

---

<sup>1421</sup> Ivi, par. 81-82.

<sup>1422</sup> Ivi, par. 54

<sup>1423</sup> Per un commento A. X. Fellmeth, ‘Choice of Gender Identity in International Human Rights Law’, in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner (edito da) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011, p. 507.

<sup>1424</sup> Corte EDU, *Schlumpf c. Svizzera* cit., par. 11.

<sup>1425</sup> Ivi, par 110.

<sup>1426</sup> Ivi, par. 116.

Pur rinvenendo in entrambi i casi un'infrazione dell'art. 8, l'approccio della Corte è stato fortemente criticato per la medicalizzazione del transessualismo. Definire lo status dell'individuo trans come una condizione medica ampiamente riconosciuta a livello internazionale è una prassi iniziata in *Goodwin* e da cui i giudici di Strasburgo non si sono più discostati<sup>1427</sup>: le identità trans vengono costantemente interpretate in termini esclusivamente patologici. Costruire il transessualismo come una malattia da curare si sostanzia però di fatto in un'ulteriore stigmatizzazione delle identità trans<sup>1428</sup>.

Un altro caso che si situa nel solco dei precedenti è *L. c. Lituania*<sup>1429</sup>, in cui la Corte ha sanzionato una violazione dell'art. 8 a causa della mancata adozione da parte dello Stato convenuto della legislazione necessaria per disciplinare, secondo quanto richiesto dal Codice civile lituano, le condizioni e la procedura per la chirurgia di riassegnazione del genere. L'operazione di riconversione dei caratteri sessuali era inoltre richiesta per poter ottenere formalmente il riconoscimento legale del genere di elezione<sup>1430</sup>.

Da un lato, dunque, lo Stato ottemperava l'obbligo positivo, gravante in virtù dell'articolo 8, di garantire la possibilità di emendare lo stato civile, registrando il genere d'elezione del transessuale operato. Dall'altro, però, la lacuna presente nella legislazione, che non prevedeva una norma che regolasse la chirurgia per la rettificazione completa dei caratteri sessuali, faceva sì che il diritto di cambiare il genere – e di conseguenza lo stato civile – fosse garantito solo *in abstracto*. Infatti, nel caso di specie, il ricorrente, il cui status di transessuale era stato diagnosticato e che si era potuto sottoporre esclusivamente a trattamenti ormonali discontinui e ad un intervento di rimozione del seno, veniva a trovarsi in una «posizione intermedia», non potendo completare il processo di transizione e rettificare il genere. Tale gap normativo determinava dunque una situazione di penosa incertezza riguardo alla sua vita privata e al riconoscimento della sua «vera identità»<sup>1431</sup>.

Sebbene, per la Corte, le restrizioni di bilancio nel servizio sanitario pubblico potessero aver giustificato alcuni ritardi iniziali nell'attuazione dei diritti dei transessuali previsti dal Codice Civile, l'esteso lasso di tempo trascorso dall'entrata in vigore di dette

---

<sup>1427</sup> Corte EDU: *Van Kück c. Germania*, cit., par. 49-54; *Schlumpf c. Svizzera*, cit., par. 57; Y.Y. c. Turchia, ricorso n. 14793/08, 10 marzo 2015, par. 65 e 113.

<sup>1428</sup> K. Walker, 'Moving Gaily Forward - Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, n. 1, 2001, p. 131.

<sup>1429</sup> Corte EDU, *L. c. Lituania*, ricorso n. 27527/03, 11 settembre 2007.

<sup>1430</sup> Ivi, par. 56.

<sup>1431</sup> Ivi, par. 59.

disposizioni e le poche persone che, secondo stime ufficiali, avrebbero beneficiato dei trattamenti<sup>1432</sup> non giustificavano il ritardo nell'emanazione della normativa. Di conseguenza, la Corte riteneva che non fosse stato raggiunto un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti del ricorrente e che avesse avuto luogo una violazione dell'art. 8<sup>1433</sup>. Come soluzione a breve termine veniva prospettata quella di ultimare gli interventi all'estero, ottenendo un risarcimento totale o parziale dallo Stato<sup>1434</sup>.

Anche in questo caso, dunque, la Corte non ha considerato come problematica e non ha messo in discussione la subordinazione del riconoscimento legale del genere alla sottoposizione a una transizione completa che preveda un intervento sugli organi sessuali, dato che rientra nel margine di apprezzamento dello Stato stabilire i criteri ritenuti necessari a tal scopo.

Dopo decenni di teoria femminista che ha sfidato l'inevitabilità e la naturalezza del genere e dei ruoli ad esso associati, trattare il transessuale come un soggetto la cui mente richiede un intervento psichiatrico e il corpo deve essere corretto chirurgicamente per poter riflettere il proprio sé, vuol dire ancorare la questione nel campo della scienza medica e ribadire la centralità e il potere del binarismo di genere<sup>1435</sup>. Si assiste infatti ad una costruzione normativa dell'allineamento tra corpo e mente che viene raggiunta esclusivamente attraverso l'operazione chirurgica<sup>1436</sup> che, di fatto, comporta la sterilizzazione<sup>1437</sup>, cui viene attribuito valore dirimente poiché sembra l'unica in grado di garantire la stabilità dell'identità di genere<sup>1438</sup>.

La giurisprudenza della Corte appare dunque significativa di come la società e il diritto fissino lo sguardo sull'alterità del corpo transessuale, alla ricerca di una spiegazione di

---

<sup>1432</sup> Secondo stime ufficiali riprodotte dalla Corte, i transessuali che vivevano in Lituania erano all'incirca cinquanta. Pertanto, gli interventi di riconversione dei caratteri sessuali, anche qualora fossero state richieste in maniera sistematica, non avrebbero gravato, per la Corte, in modo significativo sul bilancio dello Stato. (Corte EDU, *L. c. Lituania*, cit., par. 22).

<sup>1433</sup> Ivi, par. 60.

<sup>1434</sup> D. G. Salzberg, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights, A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2021, p.52.

<sup>1435</sup> S. Cowan, 'Looking Back (To)wards the Body: Medicalization and the GRA', in *Social & Legal Studies*, Vol. 18, 2009, p. 249.

<sup>1436</sup> Per una tesi contraria si veda: J. Butler, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of Sex*, Routledge, New York, p. 234.

<sup>1437</sup> Tale requisito, come vedremo, verrà considerato in contrasto con la CEDU solo nel 2017.

<sup>1438</sup> C. Hutton, 'Legal Sex, Self-classification and Gender Self-determination', in *Law and Humanities*, Vol. 11, n.1, 2017, p 70; J. Theilen, 'Pre-existing Rights and Future Articulations: Temporal Rhetoric in the Struggle for Trans Rights', in A. von Arnould, K. von der Decken, M. Susi, *The Cambridge Handbook of New Human Rights, Recognition, Novelty Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020, p. 207 ss.

natura psichiatrica che motivi la sua devianza e di interventi chirurgici che cerchino di riportarlo alla conformità<sup>1439</sup>. Anche laddove la Corte sembrerebbe assumere posizioni più avanzate, il rischio è sempre che finisca per rafforzare la marginalizzazione che cerca di combattere.

#### *5.4 Terza fase: tutela dell'identità transgender e parziale revisione dei requisiti per il riconoscimento legale*

Un'evoluzione nella tutela del diritto all'identità di genere, che ha inaugurato una terza fase nella giurisprudenza della Corte, può essere ricondotta al caso *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*<sup>1440</sup> in cui è stata affrontata espressamente, per la prima volta, la questione dei requisiti medici obbligatori richiesti dagli Stati come condizione per ottenere il riconoscimento legale del genere. Infatti, per accedere alla rettificazione delle risultanze anagrafiche, i tribunali francesi imponevano il soddisfacimento di tre prerogative: la dimostrazione dell'irreversibilità della trasformazione dell'aspetto, una diagnosi che provasse l'esistenza e il perdurare della sindrome di transessualismo e l'obbligo di sottoporsi a visite mediche.

Il carattere innovativo della sentenza emerge già in relazione all'analisi relativa all'applicabilità dell'art. 8 della Convenzione al caso in esame. Per la prima volta, infatti, è stato riconosciuto che l'identità di genere, in quanto elemento essenziale dell'identità personale, ricade pienamente nell'ambito di operatività del diritto al rispetto della vita privata e che ciò è vero per tutti gli individui, indipendentemente dal fatto che non siano stati ancora sottoposti o non desiderino essere soggetti al trattamento di rettificazione sessuale<sup>1441</sup>. La Corte, dunque, ha esteso la tutela della Convenzione anche a individui trans che non perseguono la transizione con mezzi chirurgici od ormonali<sup>1442</sup>. In tal modo, ha chiarito che l'obbligo degli Stati di garantire il riconoscimento legale del genere non è subordinato ad una normalizzazione dei corpi trans che li riconduca al sistema duale dei

---

<sup>1439</sup> E. Borge, 'Sexuality Rights under the European Convention on Human Rights', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 29, no. 2, 2011, p. 176.

<sup>1440</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, ricorso n. 79885/12, 52471/13, 52596/13, 6 aprile 2017.

<sup>1441</sup> Ivi, par. 93-96.

<sup>1442</sup> D. Gonzalez-Salzberg, 'An improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of AP, Garçon and Not v France', in *The Modern Law Review*, Vol. 81, 2018, p. 528; A. C. Visconti, *Transgender Person*, in A. Bartolini, R. Cippitani, V. Colcelli (edito da) *Dictionary of Statuses within EU Law*, Springer, 2019.

sessi e alle caratteristiche tradizionalmente associate ad essi. Questa controversia ha così segnato un'apertura, ribadita anche nelle pronunce successive<sup>1443</sup>, alla tutela della comunità transgender.

La Corte ha poi analizzato separatamente la compatibilità con la Convenzione dei tre requisiti cui la Francia subordinava il riconoscimento legale del genere. Prima di tutto, è stata esaminata la richiesta di due delle tre ricorrenti che ritenevano che il criterio dell'irreversibilità della trasformazione dell'aspetto equivallesse, di fatto, a imporre la sterilizzazione di chi volesse esercitare il diritto all'ottenimento del riconoscimento legale della propria identità di genere, con una conseguente lesione della propria dignità e dell'intimità della propria vita privata<sup>1444</sup>. La Corte, a tal proposito, ha sottolineato l'ambiguità della terminologia utilizzata dalla legge francese dal momento che il riferimento all'«aspetto» sembrava presupporre un cambiamento superficiale, mentre la nozione di «irreversibilità» rifletteva una trasformazione radicale che, nel contesto di un cambiamento nell'identità legale delle persone transgender, lo subordinava, nell'interpretazione dei giudici di Strasburgo, ad un intervento di sterilizzazione o a un trattamento che, per sua natura e intensità, comportava un'altissima probabilità di determinare un'incapacità procreativa<sup>1445</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la mancanza di *consensus* tra le Parti del Consiglio d'Europa<sup>1446</sup>, la riconosciuta importanza dell'interesse generale alla non disponibilità, affidabilità e coerenza dei registri di stato civile e il fatto che la questione sollevasse importanti questioni morali ed etiche erano tutti fattori che avrebbero potuto determinare un ampio margine di discrezionalità dello Stato<sup>1447</sup>. Tuttavia, tale margine di apprezzamento, secondo la Corte, doveva essere ristretto per una duplice ragione: la sterilizzazione lede l'integrità fisica dell'individuo ed è inoltre in gioco un elemento essenziale dell'identità intima e dell'esistenza stessa della persona<sup>1448</sup>. Per di più l'organo

---

<sup>1443</sup> Questo approccio viene ribadito anche in: Corte EDU, *X c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 29683/16, 17 gennaio 2019, par. 38, Corte EDU, *X e Y c. Romania*, ricorsi n. 2145/16 e 20607/16, 19 gennaio 2021, par. 106.

<sup>1444</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 102-103.

<sup>1445</sup> Ivi, par. 116-120.

<sup>1446</sup> Erano infatti 22 gli Stati che all'epoca dei fatti subordinavano il riconoscimento legale del genere alla sterilizzazione contro 18 che non prevedevano tale requisito.

<sup>1447</sup> E. Polgari, 'European consensus: A conservative and a dynamic force in European human rights jurisprudence' in *International Constitutional Law Journal*, Vol. 12(1), 2018, pp. 59-84.

<sup>1448</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 123.

ha ravvisato come numerosi attori internazionali ed europei (il Commissario per i diritti umani e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite contro la tortura) avessero assunto – come è stato già rilevato<sup>1449</sup> – una posizione netta in favore dell'abolizione del criterio della sterilizzazione che comporta una lesione di diritti fondamentali e che fosse in atto, a livello europeo, una tendenza alla rimozione di tale requisito<sup>1450</sup>.

Nel bilanciare gli interessi delle ricorrenti con l'interesse pubblico confligente dell'indisponibilità dei registri di stato civile e della certezza giuridica, la Corte ha poi rilevato che, come qualsiasi individuo transgender che non desideri essere soggetto alla piena riconversione di genere, le due donne erano poste, nel caso di specie, di fronte ad un dilemma impossibile: rinunciare alle proprie capacità riproduttive o essere riconosciute legalmente come appartenenti al proprio genere d'elezione<sup>1451</sup>. Erano costrette a scegliere se subordinare il pieno godimento del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, e dunque il riconoscimento della propria identità di genere, alla protezione della propria integrità fisica. La Corte ha riconosciuto che, laddove il sacrificio della fertilità sia posto come precondizione del riconoscimento di genere, non può essere ritenuto volontario e consensuale ed è quindi contrario al rispetto della vita privata, dell'integrità fisica, della dignità umana e della libertà personale<sup>1452</sup>. Lo Stato, pertanto, negando la rettificazione dello stato civile alle ricorrenti, a causa della mancanza di una prova dell'irreversibilità della trasformazione del loro aspetto, non aveva bilanciato adeguatamente gli interessi confliggenti, non adempiendo all'obbligo positivo di assicurare il diritto al rispetto della vita privata: l'art. 8 vieta infatti la compromissione involontaria delle capacità procreative<sup>1453</sup>.

La Corte non ha affrontato esplicitamente la questione della chirurgia genitale ma, dato che la stessa può essere sicuramente considerata una procedura atta a causare l'infertilità

---

<sup>1449</sup> Cfr. paragrafo 4.

<sup>1450</sup> La Corte EDU nel 2015 si era già pronunciata sul requisito della sterilizzazione ritenendo che la sua previsione obbligatoria come precondizione per avere accesso alla terapia di rettificazione sessuale costituisse una violazione dell'art. 8 della Convenzione: Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia*, ricorso n. 14793/08, 15 marzo 2015, par. 109-119.

<sup>1451</sup> P. Dunne, 'Transgender Sterilization Requirements in Europe', in *Medical Law Review*, Vol. 25(4), p. 563.

<sup>1452</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 128. A tal proposito si vedano anche *Soares de Melo c. Portogallo*, ricorso n. 72850/14, 16 febbraio 2016, par. 109-11; *G.B. e R.B. c. la Repubblica di Moldavia*, ricorso no. 16761/09, 18 dicembre 2012, par. 29-32.

<sup>1453</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 133-135.



del soggetto che vi si sottopone, si poteva già dedurre che non potesse più essere imposta come requisito cui subordinare il riconoscimento legale di genere. Così interpretato questo passaggio della sentenza rappresenta un'inversione significativa nella giurisprudenza della Corte: verrebbe meno la facoltà degli Stati di imporre per legge la congruenza attesa tra genere e organi sessuali. Con la fine della relazione causale tra anatomia e genere si perverrebbe, dunque, all'affermazione del carattere performativo del genere<sup>1454</sup>.

A tale risultato, si è espressamente giunti con il caso *X. e Y c. Romania*<sup>1455</sup> nel 2021, in cui è stata analizzata la compatibilità del requisito della chirurgia di riaffermazione di genere con la Convenzione. Sebbene i ricorrenti avessero lamentato una lesione anche dell'art. 3, la Corte si è limitata all'analisi della violazione dell'art. 8. Il caso differisce dal precedente perché le parti non hanno insistito sulla sterilizzazione, che pure nella maggior parte dei casi è conseguenza dell'operazione chirurgica di riconversione – a meno che la stessa non si limiti ai solo caratteri sessuali secondari –, ma sull'invasività della procedura in sé, indipendentemente dal suo impatto sulle capacità procreative. La Corte ha riconosciuto che i requisiti cui si subordina il riconoscimento di genere sono problematici quando entra in gioco l'integrità fisica ai sensi dell'art. 8<sup>1456</sup>.

A tal proposito, è stato recuperato il ragionamento sviluppato già in *AP, Garçon e Nicot* della scelta impossibile che le parti erano state chiamate ad operare tra i due diritti, integrità fisica e identità di genere, ponendoli per un periodo irragionevole e continuativo, in una situazione di vulnerabilità e umiliazione<sup>1457</sup>. La Corte ha così concluso che la chirurgia obbligatoria costituisce un'infrazione dell'art. 8 della Convenzione.

Tale decisione ha realizzato un passo avanti significativo nella tutela dei diritti degli individui transgender e ha il pregio di rappresentare anche una possibile velocizzazione delle procedure di riconoscimento di genere, visto che la riconversione sessuale costituisce spesso l'ultimo passaggio di un iter dai tempi molto dilatati, che non tutti gli individui trans desiderano intraprendere. Si tratta dunque di una vittoria, ma parziale, perché la Corte non si è ancora pronunciata sulla conciliabilità con la Convenzione di altri

---

<sup>1454</sup> D. Gonzalez-Salzberg, 'An improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parents', op. cit., p. 531; L. Holzer, 'Legal gender recognition in times of change at the European Court of Human Rights' in *ERA Forum*, Vol. 23, 2022, pp. 165-182.

<sup>1455</sup> Corte EDU, *X e Y c. Romania*, ricorsi n. 2145/16 e 20607/16, 19 gennaio 2021.

<sup>1456</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 161.

<sup>1457</sup> Ivi, par. 165.

prerequisiti che le legislazioni statali impongono quali condizioni per il riconoscimento legale del genere d'elezione. Tuttavia, attraverso l'approccio del "dilemma impossibile" si auspica che l'organo pervenga a qualificare come incompatibili anche altri trattamenti suscettibili di ledere l'integrità fisica degli individui transgender, come i trattamenti ormonali obbligatori.

La Corte, inoltre, ha continuato a manifestare, in entrambi i casi considerati, un approccio deferente nei confronti di altri requisiti medici, come le diagnosi psichiatriche e le perizie anche invasive, rafforzando la rappresentazione delle identità trans come patologiche<sup>1458</sup>. In *AP, Garçon e Nicot*, la richiesta di una disamina psichiatrica che provasse che l'individuo fosse affetto da un disordine dell'identità di genere non è stata considerata confliggente con l'art. 8, così come non ha comportato una lesione della Convenzione l'obbligo di sottoporsi a una perizia medica invasiva sui genitali. La Corte ha riconosciuto che affrontare la questione dell'identità di genere inquadrando il transessualismo come un disordine psicologico e una malattia contribuisce alla stigmatizzazione delle persone transgender. Tuttavia, ha ritenuto che gli Stati, in questo frangente, godessero di un ampio margine di apprezzamento che trovava giustificazione nella quasi unanimità dei membri del Consiglio d'Europa che imponevano l'obbligo di una valutazione psichiatrica e nel fatto che tale requisito non ledesse l'integrità fisica<sup>1459</sup>. Ciò dà origine ad una parziale contraddizione con quanto sostenuto poco prima nel corpo della sentenza. Se, infatti, il consenso europeo era giudicato non decisivo nell'esame del requisito della sterilizzazione poiché si riteneva che il margine di apprezzamento degli Stati membri fosse inevitabilmente ridotto quando ad essere in gioco era il diritto all'identità di genere, lo stesso ha subito un'improvvisa espansione quando è servito allo scopo di rafforzare la patologizzazione delle identità trans<sup>1460</sup>. Si è attribuito in tal modo

---

<sup>1458</sup> P. Dunne, 'Legal Gender Recognition in Europe: Sterilization, Diagnosis and Medical Examination Requirements', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 39, n. 40, 2017, p. 498.

<sup>1459</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 139-141. Ad oggi, l'auto-identificazione è possibile solo in Belgio, Danimarca, Finlandia, Islanda, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svizzera.

<sup>1460</sup> B. Moron-Puech, 'L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées', in *La Revue des droits de l'homme*, 3 2017, <http://journals.openedition.org/revdh/3049>.

un potere normativo a strumenti medici che divengono, di fatto, il fondamento scientifico di decisioni giudiziarie<sup>1461</sup>.

Inoltre, la Corte, facendosi portatrice di una visione paternalistica, non si è limitata ad accertare la mancata violazione della Convenzione ma si è spinta fino ad affermare che la necessità di tale diagnosi sia condivisibile poiché mira a salvaguardare gli interessi delle persone interessate<sup>1462</sup>. Tali esami sarebbero infatti richiesti nell'interesse stesso dei ricorrenti dal momento che permetterebbero di individuare, usando le parole della Corte, «il vero transessuale», evitando l'errato perseguimento di processi di transizione<sup>1463</sup>.

L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU ha mostrato come tale organo, pur avendo consentito nella sua evoluzione degli enormi passi avanti nella tutela dei diritti delle persone transgender, sia ancora lontano dall'avallare un modello che sia pienamente fondato sull'autodeterminazione dell'individuo. Al contrario, si accetta che l'identità trans debba essere valutata nella sua autenticità e determinata da terzi: lo Stato con il supporto di psichiatri. Di fatto gli individui sono ancora costretti ad operare una scelta dolorosa tra il riconoscimento del genere e la subordinazione a requisiti imposti dai governi e ritenuti compatibili con la Convenzione, che possono comportare una violazione del diritto al pieno godimento della propria integrità fisica o psichica. Si è passati da un modello anatomico ad un modello psichiatrico che, lungi dal celebrare la diversità dei corpi, continua a patologizzare le identità trans, rafforzandone la stigmatizzazione, nonostante questo rischio sia evidenziato dalla Corte stessa<sup>1464</sup>.

### *5.5 Possibile applicazione del concetto di gruppo vulnerabile*

Come risulta dall'analisi sin qui condotta, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di identità di genere sono stati compiuti enormi progressi, ammettendo l'operatività del diritto al riconoscimento legale del genere a partire dalla valorizzazione del principio della dignità umana. Quest'ultimo è al tempo stesso pretesa ontologica sullo status degli individui (tutti sono dotati di un eguale e intrinseco valore

---

<sup>1461</sup> D. Gonzalez-Salzberg, 'An improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parents', op. cit., p. 534.

<sup>1462</sup> C. M. Realte, 'Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite', in *DPCE on line*, Vol. 2, 2017, p. 413.

<sup>1463</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, cit., par. 141.

<sup>1464</sup> Ivi, par. 138.

morale) e principio metagiuridico (la titolarità del diritto a vedere il proprio valore rispettato e protetto dagli altri), il cui contenuto normativo deve essere valutato in relazione a diritti sostanziali<sup>1465</sup>. In questo caso, è il diritto al rispetto della vita privata ex art. 8, che si è evoluto fino ad inglobare al proprio interno un diritto all'autonomia e all'identità personale<sup>1466</sup>, che ha consentito tali sviluppi nel contesto europeo<sup>1467</sup>. È sempre dall'art. 8 che discende il diritto all'autodeterminazione del quale, come è stato ammesso più volte dalla Corte, la libertà di definire il proprio genere costituisce uno degli elementi essenziali<sup>1468</sup>.

Eppure, se da *Goodwin* in poi da tali principi la Corte ha derivato l'obbligo per gli Stati di prevedere procedure per il riconoscimento legale del genere, agli stessi è stato riservato, in materia dei requisiti cui subordinare l'esercizio di tale diritto, un ampio margine di apprezzamento, che subisce una compressione solo quando potrebbe essere lesa l'integrità fisica dell'individuo. Ciò accade nei casi di obbligo di sterilizzazione e di chirurgia completa di riconversione. Tutti gli altri criteri che contribuiscono a patologizzare gli individui trans, dalla diagnosi psichiatrica ai trattamenti ormonali, sono ritenuti compatibili con il testo della Convenzione e non costituiscono pertanto un'interferenza arbitraria nel godimento del diritto all'identità di genere<sup>1469</sup>.

Tuttavia, una strada perseguibile per rafforzare la tutela dei diritti degli individui transgender, suscettibile di consentire una riduzione del margine di discrezionalità dello Stato, potrebbe essere rappresentata dall'applicazione ai casi di riconoscimento legale del genere della giurisprudenza della Corte sui gruppi vulnerabili. Tale concetto è stato utilizzato per la prima volta in relazione alla minoranza rom, come abbiamo già visto nel

---

<sup>1465</sup> P. G. Carozza, 'Human Dignity', in D. Shelton (edito da), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, p. 346.

<sup>1466</sup> J. Marshall, *Personal Freedom Through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol 98, Martinus Nijhoff, 2009, p. 119.

<sup>1467</sup> A. Sørlic, 'Legal Gender Meets Reality: A Socio-Legal Children's Perspective', in A. Hellum (edito da), *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, Routledge, 2017, p. 83.

<sup>1468</sup> Corte EDU: *Van Kück*, cit., par. 73; *A.P., Garçon e Nicot v France*, cit., par. 93.

<sup>1469</sup> P. Cannoot, 'The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition', op. cit., p. 23.

caso *Chapman*<sup>1470</sup>, e poi anche in riferimento alle persone affette da disabilità mentale<sup>1471</sup>, ai richiedenti asilo<sup>1472</sup> e ai malati di AIDS<sup>1473</sup>: tutti gruppi giudicati particolarmente fragili, discriminati e svantaggiati.

Prima di tutti si tenterà di comprendere se, sulla base della giurisprudenza richiamata, gli individui transgender possano essere ricompresi nella nozione di «gruppo particolarmente vulnerabile», come elaborata dalla Corte EDU, per poi individuare le conseguenze giuridiche che da ciò deriverebbero. Si tratta di un concetto in divenire e di non semplice definizione dal momento che, solo raramente, la Corte ha fornito dettagli su come si determini tale fragilità e non è stato ancora pienamente elaborato un set di indicatori coerente per determinare cosa renda un gruppo di individui vulnerabile<sup>1474</sup>.

Ci sono tuttavia degli elementi ricorrenti. Prima di tutto tale nozione ha una caratteristica relazionale: la Corte collega, infatti, la vulnerabilità dell'individuo a fattori storici, sociali o istituzionali che sono alla base o amplificano la fragilità della collettività di cui il ricorrente fa parte<sup>1475</sup>. Le cause della vulnerabilità non sono solo intrinseche e naturali, ma anche, e forse in misura più rilevante, estrinseche e legate all'ambiente, in un approccio che si caratterizza per un alto grado di sensibilità al contesto<sup>1476</sup>. Si tratta dunque di un concetto che è al tempo stesso universale e particolare: l'individuo ritenuto fragile è tale perché appartiene ad una comunità la cui vulnerabilità è plasmata da specifiche esperienze condivise dal gruppo<sup>1477</sup>. Si tratta di una vulnerabilità situazionale che evolve, nel ragionamento della Corte, a vulnerabilità “categorica” che investe il

---

<sup>1470</sup> Si veda: C. Heri, *Responsive Human Rights, Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Hart, Oxford, 2021. Corte EDU: *Chapman c Regno Unito* (GC), ricorso n. 27238/95, 18 gennaio 2001, par. 96; *D.H e altri c Repubblica ceca* (GC), ricorso n. 57325/00, 13 novembre 2007, par. 182; *Király e Dömötör c. Ungheria*, ricorso n. 10851/13, 17 gennaio 2017; *Burlyna e altri c. Ucraina*, ricorso n. no. 3289/10, 6 febbraio 2019.

<sup>1471</sup> Corte EDU, *Alajos Kiss c Ungheria*, ricorso n. 38832/06, 20 maggio 2010, par. 42; *D.R. c. Lituania*, ricorso n. 691/15, 26 giugno 2018; *X v. Russia*, ricorso n. 36463/11, 2018; *V.K. v. Russia*, ricorso 9139/08, 18 settembre 2017; *Cînța c. Romania*, ricorso 3891/19, 18 febbraio 2020.

<sup>1472</sup> Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, 21 gennaio 2011, par. 251.

<sup>1473</sup> Corte EDU, *Kiyutin c Russia*, ricorso n. 2700/10, 10 marzo 2011, par. 63.

<sup>1474</sup> I. Truscan, ‘Considerations of Vulnerability: From Principles to Action in the Case Law of the European Court of Human Rights’, in *Nordic Journal of Law and Justice*, Vol. 36, n. 3, 2013 p. 75; A. Limantè, ‘Vulnerable Groups in the Case Law of the European Court of Human Rights, in A. Limantè (a cura di), *Legal Protection of Vulnerable Groups in Lithuania, Latvia, Estonia and Poland*, Springer, 2022, p. 29 ss.

<sup>1475</sup> L. Peroni, A. Timmer, ‘Vulnerable groups: The promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention law’, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, 2013, p. 1064.

<sup>1476</sup> M. Bammgärtel, ‘Facing the Challenge of Migratory Vulnerability in the European Court of Human Rights’, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 1, 2020.

<sup>1477</sup> L. Peroni, Alexandra Timmer, ‘Vulnerable groups’, op. cit., p. 1064.

gruppo nella sua interezza<sup>1478</sup>. Infine, nei casi che sono più facilmente assimilabili a quelli delle persone trans e che pertanto verranno brevemente richiamati, la Corte attribuisce un ruolo centrale al pregiudizio e alla stigmatizzazione che producono ciò che è stato definito il danno da misconoscimento, che si realizza ogni qualvolta modelli istituzionali o culturali rappresentano alcuni attori come inferiori, invisibili, esclusi dall'interazione sociale<sup>1479</sup>.

Così, nei casi già richiamati nel secondo capitolo relativi alla discriminazione nel godimento del diritto all'educazione, i rom sono stati definiti come una collettività svantaggiata e vulnerabile a causa della propria storia turbolenta, del costante sradicamento<sup>1480</sup> o del pregiudizio imputabile alle percepite differenze culturali<sup>1481</sup>. Tale gruppo necessitava, pertanto, di una protezione speciale<sup>1482</sup>. Similmente nel caso *V.C. c. Slovacchia*, la Corte ha evidenziato che le donne rom sono particolarmente a rischio, rispetto ad altri gruppi etnici, di essere soggette a pratiche volte ad inibirne la capacità procreativa a causa di ampi e diffusi pregiudizi dell'opinione pubblica per l'alto tasso di natalità rispetto al resto della popolazione<sup>1483</sup>. Anche gli individui affetti da disabilità mentale<sup>1484</sup> e i malati di HIV<sup>1485</sup> sono stati ritenuti appartenenti, su basi simili, a gruppi particolarmente vulnerabili. Si tratta di collettività che, in entrambi i casi, sono state storicamente vittime di radicati pregiudizi sociali e stigmatizzazione<sup>1486</sup>.

Se queste sono le caratteristiche cui la Corte ha fatto riferimento nella sua giurisprudenza per la valutazione della vulnerabilità di un gruppo, è ragionevole sostenere che anche gli individui trans rientrino in tale definizione. Infatti, è indubbio che si tratti di una categoria, sia pur ampiamente variegata al suo interno, che ha maggiore probabilità rispetto al resto della popolazione di subire violazioni dei diritti umani, non solo ad opera di altri individui ma anche, e come più rileva in queste sede, ad opera degli Stati. La

---

<sup>1478</sup> S. Besson, 'La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme', in L. Burgorgue-Larsen (edito da), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014, p. 70.

<sup>1479</sup> N. Fraser, *Rethinking Recognition*, in *New Left Review*, Vol. 3, 2000, p. 113.

<sup>1480</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c Repubblica Ceca*, cit., par. 182; *Oršuš and Others c Croazia*, ricorso n. 15766/03, 16 marzo 2010, par.147.

<sup>1481</sup> Corte EDU, *Horváth and Kiss c. Ungheria*, ricorso n. 11146/11, 29 gennaio 2013, par. 115.

<sup>1482</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c Repubblica ceca*, cit., par. 182; *Sampanis e altri c Grecia*, ricorso n. 32526/05, 5 giugno 2008, par. 86; *Muñoz Díaz c Spagna*, ricorso n. 49151/07, 8 dicembre 2009, par. 61.

<sup>1483</sup> Corte EDU, *V.C. c Slovacchia*, ricorso n 18968/07, 8 novembre 2011, par. 145-146.

<sup>1484</sup> Corte EDU, *Alajos Kiss c Ungheria*, cit., par. 42.

<sup>1485</sup> Corte EDU, *Kiyutin c. Russia*, cit., par. 63.

<sup>1486</sup> Corte EDU, *Alajos Kiss c Ungheria*, cit., *Kiyutin c. Russia*, cit., par. 64-68.

continua patologizzazione e i requisiti irragionevoli, cui viene subordinato il pieno godimento del diritto al riconoscimento dell'identità legale di genere da parte degli Stati, costituiscono una minaccia costante all'integrità fisica e psichica dei soggetti e sono imputabili ad una visione stereotipata, stigmatizzante e altamente discriminatoria degli individui transessuali, riconducibile a società caratterizzate da un alto grado di transfobia. E se è vero che l'uso di tale categoria reca con sé il rischio di un'ulteriore vittimizzazione del gruppo non dominante, è vero anche che consente di mettere in luce le discriminazioni sociali ed istituzionali patite e di imporre sugli Stati obblighi di protezione specifici e più stringenti. Il concetto di vulnerabilità dovrebbe dunque essere visto come un'opportunità che consente di espandere la tutela offerta alla minoranza transgender<sup>1487</sup>.

Inoltre, se la Corte, per confermare più che per stabilire la vulnerabilità di un gruppo, ha fatto costante riferimento, nelle sue pronunce, a rapporti o a risoluzioni adottati in ambito europeo o internazionale<sup>1488</sup>, documenti di questo tipo che testimoniano la stigmatizzazione diffusa cui sono esposti gli individui transessuali sono assai numerosi e, come si è visto, propugnano spesso una tutela più avanzata di quella che Strasburgo è riuscita finora a garantire effettivamente. Particolarmente significativa a tal riguardo è la Risoluzione del 2015 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>1489</sup> che ha evidenziato come tali soggetti siano da considerarsi particolarmente a rischio dal momento che si trovano a fronteggiare alti livelli di ostilità e pregiudizio, profondamente radicati nell'opinione pubblica, che conducono a svariate forme di discriminazione. Le stesse si sostanziano in una difficoltà nell'accesso al lavoro e ai servizi sanitari, ma anche nel divenire oggetto di discorsi e crimini d'odio, bullismo e violenza fisica e psicologica. Inoltre, sono state messe in luce le violazioni dei diritti fondamentali, soprattutto i termini di vita privata e integrità fisica, derivanti dalle precondizioni spesso richieste in molti Paesi europei per accedere al riconoscimento legale di genere: diagnosi di malattia mentale, divorzio, interventi chirurgici, altri trattamenti medici, un periodo di "esperienza di vita" nel genere scelto o ostacoli amministrativi.

---

<sup>1487</sup> P. Ducoulombier, 'The Protection of Sexual Minorities', in Francesca Ippolito, Sara Iglesias Sánchez (a cura di), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Bloomsbury, p. 202.

<sup>1488</sup> Vedi, ad esempio: Corte EDU, *D.H. e altri c Repubblica ceca*, cit., par. 182 *Alajos Kiss c Ungheria*, cit., par. 44; *M.S.S. c Belgio e Grecia*, cit., par. 251.

<sup>1489</sup> Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Discrimination against transgender people in Europe*, Risoluzione 2048, 22 aprile 2015.

Per rimanere solo nell'ambito dei documenti emanati dal Consiglio d'Europa, la Raccomandazione del Consiglio dei ministri del 2010<sup>1490</sup> ha mostrato che gli individui transgender sono stati per secoli soggetti a transfobia e altre forme di intolleranza, discriminazione, violenza, marginalizzazione ed esclusione sociale. Più di recente, il primo rapporto di revisione tematica sull'attuazione della raccomandazione del 2010, pubblicato nel 2022, ha rilevato che i progressi sul piano legislativo da parte degli Stati europei sono ancora molto lenti<sup>1491</sup>: sono ancora 24 gli Stati parti che richiedono interventi medici obbligatori, di cui 13 continuano ad imporre, nonostante la posizione espressa dalla Corte europea, la sterilizzazione.

Infine, è la Corte stessa che in più occasioni ha sottolineato come le difficoltà nel riconoscimento dell'identità di genere pongano spesso i ricorrenti, per periodi irragionevoli e continuativi, in una situazione suscettibile di creare in loro sentimenti di umiliazione, ansia ed estrema vulnerabilità<sup>1492</sup> e che un atteggiamento patologizzante reca con sé il rischio di rafforzare la stigmatizzazione di cui tale minoranza sessuale è già di per sé vittima<sup>1493</sup>.

Il riconoscimento della vulnerabilità di un gruppo ha portato spesso la Corte a operare una valutazione più rigorosa del rispetto del principio di proporzionalità o a restringere il margine di apprezzamento degli Stati. Nel caso del pieno godimento del diritto all'identità di genere degli individui transgender è proprio quest'ultimo aspetto che presenta maggiori criticità perché di fatto, lasciando ampio margine di manovra agli Stati nella decisione dei prerequisiti da anteporre al riconoscimento legale del genere, lo si subordina all'accettazione da parte dell'individuo di una narrazione patologica della sua condizione, di diagnosi psichiatriche e, in alcuni casi, di lesioni della sua integrità fisica e mentale.

La categoria della vulnerabilità, lungi dal rappresentare esclusivamente uno strumento dal valore puramente retorico, può consentire quindi il perseguimento di una uguaglianza sostanziale<sup>1494</sup>. La Corte, infatti, ha in più casi sostenuto che, quando una restrizione nel

---

<sup>1490</sup> Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/REC(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, adottata il 31 marzo 2010.

<sup>1491</sup> Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe, First Thematic Implementation Review Report on Recommendation CM/Rec (2010)5*, 2022.

<sup>1492</sup> Corte EDU, *Goodwin c Regno Unito*, cit., par. 77; *X. e Y. c Romania*, cit., par. 165.

<sup>1493</sup> Corte EDU, *AP., Nicot e Garçon*, cit., par. 138.

<sup>1494</sup> S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011. p. 128.



godimento di un diritto fondamentale lede un gruppo particolarmente vulnerabile nella società, che è stato oggetto di considerevoli discriminazioni nel passato (si trattava, ad esempio, del rifiuto indiscriminato di concedere un permesso di residenza ai malati di AIDS), il margine di apprezzamento lasciato allo Stato deve essere sostanzialmente ristretto e devono essere individuate «ragioni molto gravi» che giustifichino la limitazione dell'esercizio di un diritto di un'intera classe di individui<sup>1495</sup>. Il fondamento di tale approccio va rinvenuto nel pregiudizio cui questi gruppi sono stati soggetti storicamente che ha prodotto conseguenze durevoli in termini di marginalizzazione sociale e spesso di una legislazione che ha alimentato il perdurare di stereotipi e non ha consentito la corretta valutazione delle loro capacità e bisogni<sup>1496</sup>. Nella sua giurisprudenza, la Corte ha espressamente elencato il sesso, la razza o l'etnia, l'orientamento sessuale e la disabilità come motivi di discriminazione potenzialmente correlati a gruppi vulnerabili<sup>1497</sup>. Inoltre, in due casi, la Corte ha riconosciuto la comunità LGBTI come gruppo vulnerabile data la situazione precaria, lo stigma sociale e l'ostilità cui era soggetta nei Paesi convenuti, Georgia e Romania<sup>1498</sup>. Un ragionamento di questo tipo sembrerebbe, dunque, potersi estendere agevolmente ai transgender, tanto più che la Corte ha già affermato che il margine di apprezzamento degli Stati non può che essere ridotto quando un aspetto così intimo dell'identità della persona è coinvolto<sup>1499</sup>.

Riconoscere la vulnerabilità dei transgender potrebbe dunque favorire un ulteriore restringimento del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nella definizione delle condizioni alle quali subordinare il riconoscimento legale del genere. Un approccio di questo tipo permetterebbe di superare i timori legati alla mancanza di un *consensus* europeo in materia. È vero che i diritti degli individui transgender, come quelli delle

---

<sup>1495</sup> Corte EDU, *Kiyutin c. Russia*, cit., par. 63; *Cința c. Romania*; cit., par. 41: «In addition, the Court reiterates that if a restriction on fundamental rights applies to someone belonging to a particularly vulnerable group in society that has suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question. The reason for this approach, which questions certain classifications *per se*, is that such groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion».

<sup>1496</sup> Corte EDU, *Alajos Kiss c. Ungheria*, cit., par. 42.

<sup>1497</sup> Per approfondimenti vedi: O. Mjöll Arnardóttir, 'Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights, Innovation or Business as Usual?', in *Oslo Law Review*, Vol. 4, Issue 3, 2017.

<sup>1498</sup> Corte EDU, *Identoba and Others c. Georgia*, ricorso n. 73235/12, 12 maggio 2015, par. 72; Corte EDU, *M.C. and A.C. v. Romania*, ricorso n. 12060/12, 12 Aprile 2013, par. 114 e 118.

<sup>1499</sup> Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot*, par. 123.

minoranze sessuali più in generale, costituiscono ad oggi ancora un tema sensibile, in relazione al quale si osservano profonde differenze tra Stati membri in ordine alla regolamentazione del riconoscimento legale di genere, e che la Corte deve bilanciare il suo ruolo di garante dei diritti umani con la libertà degli Stati di scegliere come regolare certe materie<sup>1500</sup>. Tuttavia, la compressione dell'esercizio del diritto al riconoscimento dell'identità di genere, qualora l'individuo non desideri sottostare ai più volte richiamati requisiti, potrebbe essere giustificata solo per «ragioni molto gravi» che, nei casi in esame, non sono state addotte. Si tratta di una situazione inaccettabile perché, come sostenuto anche dalla Corte interamericana – che, come vedremo nel prossimo paragrafo, ha sostenuto un modello basato sulla autodeterminazione individuale –: la mancanza di personalità giuridica derivante dall'impossibilità di ottenere il riconoscimento legale del genere «harms human dignity because it is an absolute denial of a person's condition as a subject of rights»<sup>1501</sup>. Nel momento in cui lo Stato non garantisce il riconoscimento, di fatto delegittima le identità trans e nega, in una certa misura, l'esistenza stessa di tali individui<sup>1502</sup>.

## **6. La Corte interamericana e la primazia del modello basato sull'autodeterminazione individuale**

Se la Corte EDU è ancora lontana dall'abbracciare un modello basato sull'autodeterminazione dell'individuo, tale paradigma è invece stato fatto proprio dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Il riconoscimento legale dell'identità di genere non è stato mai oggetto di una specifica controversia ma la Corte ha potuto esprimere la propria posizione a riguardo in un'Opinione consultiva resa nel 2017, su richiesta della Costa Rica<sup>1503</sup>. Fino ad allora, la Corte aveva avuto soltanto modo di chiarire come *obiter dictum* che l'identità di genere, così come l'orientamento sessuale, è una categoria

---

<sup>1500</sup> K. Henrard, 'How the ECtHR's Use of European Consensus Considerations Allows Legitimacy Concerns to Delimit its Mandate', in P. Kapotas and V. P. Tzevelekos (a cura di), *Building Consensus on European Consensus*, Cambridge University Press, 2019, p. 159.

<sup>1501</sup> Corte interamericana dei diritti umani (IACHR), *Opinione consultiva OC-24/17*, Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples, State Obligations concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights derived from a Relationship between Same-sex Couples (Interpretation and Scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights, 24 novembre 2017, par. 98.

<sup>1502</sup> M. Bassetti, 'Human Rights Bodies' Adjudication of trans People's Rights', in *European Journal of Legal Studies*, 2020, p. 307.

<sup>1503</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 3.

protetta dalla Convenzione: entrambi, infatti, rientrano tra i motivi vietati di discriminazione coperti dall'espressione «ogni altra condizione sociale» prevista dall'art. 1, par. 1, della Convenzione<sup>1504</sup>. Di conseguenza, ha concluso che nessuna normativa, decisione o pratica interna degli Stati parti può diminuire o limitare, in alcun modo, i diritti di una persona sulla base della sua identità di genere. Inoltre, l'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani in diverse risoluzioni aveva avuto modo di evidenziare come gli individui transgender siano stati storicamente vittime di forme di discriminazione strutturale, stigmatizzazione, violenza e violazione dei diritti fondamentali poiché sfidano le norme di genere, tradizionalmente costruite in ossequio ad un approccio rigorosamente binario<sup>1505</sup>.

Nell'Opinione consultiva, due quesiti rivolti dallo Stato riguardavano espressamente la questione del riconoscimento legale del genere. Veniva infatti richiesto alla Corte di chiarire se gli Stati avessero l'obbligo di consentire agli individui di modificare il proprio nome in accordo con la propria identità di genere e, in caso positivo, se la procedura di emendamento dovesse essere amministrativa o giudiziaria.

Prima di analizzare le risposte della Corte, è opportuno soffermarsi sulle definizioni, all'avanguardia, elaborate dalla stessa circa le categorie di sesso, genere e identità di genere. La grande novità rispetto all'impostazione prevalente nel diritto internazionale dei diritti umani risiede nella descrizione del sesso. Riprendendo infatti uno studio

---

<sup>1504</sup> Organizzazione degli Stati americani (OAS), Convenzione americana sui diritti umani, adottata il 22 novembre 1969, in vigore dal 18 luglio 1978, art. 1, par. 1: «Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale».

Si vedano: IACHR, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, Merits, Reparations and Costs, sentenza del 24 febbraio 2012, Serie C n. 238, par. 91 ss.; *Duque c. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, 26 febbraio 2016, Serie C n. 310, par. 106; *Azul Rojas Marín e altri c. Perù*, Merits, Reparations and Costs, 12 marzo 2020, Serie C n. 402.

Per un commento si rimanda a: L. Magi, 'Same-Sex Couples before the Inter-American System of Human Right', in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013; C. Cardinali, 'Azul Rojas Marín e altri c. Perù: the first Inter-American Court of Human Rights case on Torture and Discrimination against the LGBTI Community', in *DPCE Online*, Vol. 22, 2022, p. 2967 ss.; J. Contesse, 'Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law', in *North Carolina Journal of International Law*, 2019, p. 353 ss.; R. M. Celorio, 'The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women', in *CUNY Law Review*, 2012, p. 355 ss.

<sup>1505</sup> OAS, Risoluzione dell'Assemblea Generale, *Derechos humanos y prevención de discriminación y violencia contra personas LGBTI*, 5 giugno 2018, Quarta sessione plenaria, AG/RES 2928[XLLVIII-0/18]; Commissione interamericana dei diritti umani, *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTU en las Américas*, 7 dicembre 2018, OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 184.

condotto dalla Commissione interamericana per i diritti umani, la Corte ha definito già il sesso come un costrutto sociale, non è più considerato un fatto biologico innato ma un dato socialmente prodotto sulla base di preconcetti storicamente contingenti<sup>1506</sup>. Il genere, invece, riecheggiando quanto contenuto nella già richiamata Raccomandazione generale n. 28 del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, è stato ricondotto a identità e ruoli socialmente costruiti per uomini e donne e al significato sociale e culturale che è attribuito alle differenze biologiche<sup>1507</sup>. Sesso e genere vengono quindi entrambi spogliati del determinismo biologico.

La Corte, inoltre, ha riconosciuto che lo stesso sistema binario è un'espressione propria della cultura occidentale che impone a ogni individuo di appartenere ad una categoria, escludendo coloro che, come gli intersessuali, si situano al di fuori del dualismo di genere<sup>1508</sup>. La rottura con il paradigma etero-normativo risulta evidente anche in relazione alla definizione di identità di genere. La Corte, infatti, ha riproposto quella adottata nei principi di Yogyakarta, precisando però che l'identità di genere crea uno spazio di autodefinizione e non è limitata alle due sole opzioni che il sistema dominante propone<sup>1509</sup>. La Corte, infatti, riconosce, ed è il primo organismo internazionale a farlo, un ampio spettro di categorie di genere e di identità che sfuggono alla comprensione dualistica del sesso<sup>1510</sup>.

Tornando alle domande poste dalla Costa Rica sull'identità di genere, la Corte, prima di tutto ha compiuto una lunga digressione sul riconoscimento del diritto all'identità come diritto protetto dalla Convenzione americana e che promana dal rispetto della dignità umana, dell'autodeterminazione e dal libero sviluppo della propria personalità attraverso la libera scelta delle opzioni e delle circostanze che danno significato alla propria

---

<sup>1506</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 32.

<sup>1507</sup> Ivi, par. 32. G. Gilleri, 'Gender as a Hyperconstruct in (Rare) Regional Human Rights Case-Law', in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 12(2), 2020, p. 37.

<sup>1508</sup> Corte interamericana dei diritti umani, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 32(c).

<sup>1509</sup> Ivi, par. 32, lett. f): «Gender identity refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function through medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms. Gender identity is a broad concept that creates space for self-identification and reflects a deeply felt and experienced sense of one's own gender. Thus, gender identity and its expression also take many forms; some people do not identify themselves as either male or female or identify themselves as both».

<sup>1510</sup> Ivi, par. 32, lett. h): «A transgender or trans person may identify her or himself as a man, woman, trans man, trans woman or non-binary person, or in other terms such as hijra, third gender, two-spirit, transvestite, fa'afafine, queer, transpinoy, muxhe, waria and meti».

esistenza sulla base di preferenze e convinzioni individuali<sup>1511</sup>. Tra queste figura senz'altro, per la Corte, l'identità di genere la cui tutela trova, dunque, un primo fondamento negli artt. 7, relativo al diritto alla libertà personale, e 11, concernente il diritto alla vita privata, della Convenzione americana<sup>1512</sup>. L'identità di genere è stata così interpretata come una questione di scelta individuale, basata sulla libera e autonoma percezione di ogni individuo e dunque su fattori soggettivi e non su caratteristiche fisiche o morfologiche<sup>1513</sup>. Inoltre, il mancato riconoscimento del genere potrebbe comportare, per la Corte, una censura indiretta delle espressioni di genere che divergono dagli standard etero-normativi, traducendosi in una possibile violazione anche dell'art. 13 della Convenzione, che protegge la libertà di espressione<sup>1514</sup>. Infine, l'identità di genere, che ogni individuo deve poter autodefinire, è protetta anche dal diritto al nome e alla personalità giuridica, tutelati rispettivamente dagli artt. 18 e 3 della Convenzione<sup>1515</sup>. Quest'ultimo, in particolare, non riguarda solo la capacità dell'individuo di detenere diritti e doveri ma include anche il diritto per tutti gli esseri umani, in base al solo fatto di esistere e indipendentemente dalla propria condizione, di possedere e definire autonomamente attributi che li identificano e li distinguono dagli altri e che costituiscono l'essenza della loro personalità come soggetti di diritto<sup>1516</sup>.

Il diritto di ogni individuo di definire la propria identità di genere, che trova dunque un fondamento negli artt. 3, 7, 11, 13 e 18 della Convenzione americana, diviene effettivo, per la Corte, solo garantendo che l'identità percepita corrisponda alle informazioni identificative personali registrate in tutti i documenti ufficiali che, pertanto, su richiesta dell'interessato devono poter essere modificabili. La Corte, dunque, andando al di là della richiesta espressa dalla Costa Rica, ha sostenuto che gli Stati parti del sistema interamericano di tutela dei diritti umani hanno l'obbligo di modificare i documenti pubblici affinché siano conformi all'identità auto-percepita dall'individuo non solo per

---

<sup>1511</sup> Ivi, par. 88 e ss.

<sup>1512</sup> IACHR, *I. V. c. Bolivia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Serie C n. 402, 30 novembre 2016, par. 149-152.

<sup>1513</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 93-95. Si veda anche Commissione interamericana dei diritti umani, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II.rev.2, 12 novembre 2015, par. 16.

<sup>1514</sup> A tal proposito, si veda anche, Commissione interamericana dei diritti umani, *Observation presented by the Commission on February 14, 2017*, par. 49.

<sup>1515</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 104.

<sup>1516</sup> Ivi, par 105.

quanto riguarda il nome, ma anche per quanto concerne l'eventuale rettifica della fotografia e l'annotazione del sesso o del genere<sup>1517</sup>.

Ogni Stato, per la Corte, è dunque obbligato a prevedere una procedura che presenti le seguenti caratteristiche:

(a) sia volta alla rettifica completa degli indicatori di genere per conformarsi all'identità percepita dal richiedente<sup>1518</sup>;

(b) sia basata unicamente sul consenso libero e informato del richiedente senza che siano previsti requisiti – come trattamenti ormonali e chirurgici, certificati medici o psicologici – che, basandosi sul presupposto che avere un'identità che differisce dal sesso registrato alla nascita sia una patologia, contribuiscano a perpetrare i pregiudizi e gli stereotipi associati alla costruzione binaria dei generi maschile e femminile<sup>1519</sup>;

(c) sia strettamente confidenziale;

(d) sia tempestiva e, per quanto possibile, gratuita;

(e) sia, infine, una procedura preferibilmente amministrativa piuttosto che giudiziaria: il ruolo delle autorità statali deve limitarsi, infatti, alla semplice registrazione del genere autonomamente determinato, senza che sia richiesto uno scrutinio da parte del giudice<sup>1520</sup>.

La Corte ha assunto dunque una posizione all'avanguardia rispetto alla protezione finora accordata dal diritto internazionale dei diritti umani al riconoscimento legale del genere, sicuramente molto più progressista rispetto all'approccio della Corte EDU<sup>1521</sup>. La

---

<sup>1517</sup> Ivi, par. 116.

<sup>1518</sup> Ivi, par. 121-126. La Corte interamericana ha richiamato i seguenti sviluppi avvenuti a livello delle Nazioni Unite: Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, 4 maggio 2015, A/HRC/29/23, par. 79; Comitato per i diritti umani, *Osservazioni conclusive: Irlanda*, 30 luglio 2008, CCPR/C/IRL/CO/3, par. 8; Comitato per i diritti umani, *Osservazioni conclusive: Ucraina*, 22 agosto 2013, CCPR/C/UKR/CO/7, par. 10; Comitato per i diritti umani, *Osservazioni conclusive: Corea*, 3 dicembre 2015, CCPR/C/KOR/CO/4, par. 14-15; Comitato CEDAW, *Osservazioni Conclusive: Paesi Bassi*, 5 febbraio 2010, CEDAW/C/NLD/CO/5, par. 46-47; Comitato contro la tortura, *Osservazioni conclusive sul quinto rapporto della Cina su Hong Kong*, 3 febbraio 2016, CAT/C/CHNHKG/CO/5, par. 29(a); Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez. 1 febbraio 2013, A/HRC/22/53, par. 78 and 88; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General comment No. 22 (2016), on the right to sexual and reproductive health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 maggio 2016, E/C.12/GC/22, par. 58; Interagency Statement, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, maggio 2014, and Joint statement of UN and regional human rights mechanisms on the rights of young LGBT and intersex people, 13 maggio 2015.

<sup>1519</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 127-133.

<sup>1520</sup> Ivi, par. 160.

<sup>1521</sup> D. A. Gonzalez-Salzberg, 'A Queer Approach to the Advisory Opinion 24/17 on LGBT Rights', in A. Gonzalez-Salzberg (a cura di), *Research Methods for International Human Rights Law, Beyond the Traditional Paradigm*, Routledge, 2019, p. 105.

Corte interamericana ha certamente beneficiato della giurisprudenza della controparte europea, cui ha fatto costante riferimento nella sua opinione consultiva, ma è riuscita ad incrementare la tutela dell'identità di genere, statuendo chiaramente che il riconoscimento debba basarsi esclusivamente sull'autodeterminazione e non ammettendo nessuno dei requisiti invece tollerati dalla Corte EDU, a partire dalla diagnosi psichiatrica. Ci si allontana non solo da un modello anatomico ma anche dal modello psichiatrico del riconoscimento del genere, operando una completa depatologizzazione delle identità trans. Non sono più i giudici né i medici ad avere il potere di determinare il genere ritenuto autentico.

## **7. La tutela dell'identità di genere nel diritto internazionale: una sintesi**

Nelle prime due sezioni è stato illustrato come un rigido binarismo di genere abbia costituito una caratteristica tipica del diritto internazionale. Soltanto con l'approvazione dei Principi di Yogyakarta, quindi di uno strumento di *soft law* (che però ha largamente influenzato l'attività di diversi organi delle Nazioni Unite e della Corte interamericana), le violazioni dei diritti dei soggetti dall'identità di genere non conforme hanno cominciato ad assumere rilevanza a livello internazionale. I Principi, infatti, hanno riconosciuto che sesso e genere sono categorie che coinvolgono identità multiple e che sugli Stati grava l'obbligo di assumere tutte le misure necessarie per rispettare e riconoscere, dal punto di vista giuridico, l'identità di genere autodefinita da ogni individuo, garantendo l'esistenza di procedure, efficienti e non discriminatorie, in base alle quali tutti i documenti rilasciati riflettano l'identità di genere autodeterminata. Viene quindi promosso un modello cd. "elettivo", in cui spetta unicamente all'individuo definire la propria identità di genere. Questi, dunque, non può essere obbligato a sottoporsi a una modifica dei caratteri sessuali per poter ottenere una forma di riconoscimento del genere autopercepito. Molti organi delle Nazioni Unite, come visto, si sono allineati a questa posizione e hanno ricostruito l'obbligo degli Stati di non subordinare il processo di riconoscimento legale del genere a requisiti quali interventi chirurgici irreversibili, terapie ormonali, diagnosi mediche o perizie psicologiche, che violano il diritto all'integrità fisica, all'autodeterminazione dell'individuo, ledono la dignità umana e possono configurare persino atti di tortura.

A livello regionale, la Corte europea, invece, sembra ancora legittimare un modello parzialmente ascrittivo dell'identità di genere, che non si basa cioè sulla sola

autodeterminazione dell'individuo. In una prima fase della sua giurisprudenza, a causa dell'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in virtù dell'assenza di *consensus* europeo e della sensibilità della questione, vi è stata una totale negazione del diritto dei ricorrenti di ottenere che il genere d'elezione – in seguito alla modifica dei caratteri sessuali – fosse trascritto nei registri di stato civile.

Soltanto a partire dal 2002, la Corte europea ha derivato dall'art. 8 della Convenzione l'obbligo degli Stati di garantire il riconoscimento legale del genere, nonostante il *consensus* europeo non fosse mutato in maniera rilevante rispetto ai casi immediatamente antecedenti. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che una garanzia effettiva dell'art. 8 non potesse prescindere dal rispetto del principio dell'autonomia personale che ingloba al proprio interno la tutela della sfera privata di ogni individuo, incluso il diritto di stabilire dettagli della propria identità, tra cui l'identità di genere. La Corte ha chiarito però che ricade nel margine di apprezzamento dello Stato la decisione circa le modalità e i criteri ritenuti più opportuni cui subordinare il riconoscimento del genere d'elezione. Ciò ha fatto sì che in molti Stati parti abbiano mantenuto requisiti stringenti e talvolta lesivi della dignità umana per potervi accedere.

Infine, più di recente, la Corte ha ritenuto che, dal momento che l'identità di genere costituisce un elemento essenziale dell'identità personale, la sua tutela ricade pienamente nell'ambito dell'art. 8 anche qualora i ricorrenti siano individui transgender e dunque non desiderino sottoporsi al trattamento di rettificazione sessuale. La Corte ha infatti finalmente giudicato incompatibile con la Convenzione subordinare il riconoscimento legale del genere alla sterilizzazione o alla modifica dei caratteri sessuali mediante operazione chirurgica. Laddove il sacrificio della fertilità sia posto come precondizione del riconoscimento della propria identità, non può essere ritenuto volontario e consensuale ed è quindi contrario al rispetto della vita privata, dell'integrità fisica, della dignità umana e della libertà personale. L'art. 8 vieta, infatti, la compromissione involontaria delle capacità procreative.

La Corte ha invece continuato a considerare legittimi altri requisiti medici, come le diagnosi psichiatriche e le perizie anche invasive, contribuendo alla patologizzazione delle identità trans, che devono essere valutate nella loro autenticità da terzi: lo Stato con il supporto di psichiatri.



La Corte interamericana ha ricostruito, invece, l'obbligo degli Stati di riconoscere l'identità legale del genere *autodeterminato* dagli individui, fondandolo, *inter alia*, sul diritto al rispetto della vita privata e sul diritto alla libertà personale e di espressione, e ha riconosciuto un ampio spettro di identità che sfuggono alla comprensione dualistica del sesso. L'identità di genere è stata interpretata infatti come una questione di scelta individuale, basata sulla libera e autonoma percezione di ogni individuo e dunque su fattori soggettivi e non su caratteristiche fisiche o morfologiche. La Corte ha infatti adottato un modello puramente elettivo, in cui la procedura di modifica degli indicatori di genere sui documenti ufficiali deve essere confidenziale, tempestiva, per quanto possibile gratuita e preferibilmente amministrativa e, soprattutto, deve basarsi esclusivamente sul consenso libero e informato del richiedente senza che siano previsti requisiti che contribuiscano a perpetrare i pregiudizi e gli stereotipi associati alla costruzione binaria dei generi maschile e femminile.



SEZIONE III  
LA TUTELA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE AD  
OPERA DELLE CORTI REGIONALI

**8. La tutela della vita familiare di coppie formate da individui dello stesso sesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani**

La Corte europea dei diritti umani si è pronunciata in moltissime controversie aventi a che fare con la violazione di una pluralità di diritti di individui omosessuali. In una giurisprudenza così ampia e articolata, questo studio si propone di approfondire esclusivamente quei casi in cui l'orientamento sessuale, aspetto centrale dell'identità dell'individuo, ha impedito – e tutt'ora in parte impedisce – ai ricorrenti di godere del diritto al rispetto della propria vita familiare *ex art. 8* e di accedere ad alcuni istituti, tra cui matrimonio e unioni civili. Ciò che preme infatti evidenziare è quanto la dimensione relazionale dell'orientamento sessuale e la sua protezione ad opera del diritto abbiano delle ricadute rilevanti in termini di definizione dell'identità dell'individuo.

Pertanto, non verranno analizzate le prime decisioni della Corte che, a partire dall'inizio degli anni '80, ha in più occasioni affermato l'incompatibilità con la Convenzione di disposizioni penali che, negli Stati parti convenuti, sanzionavano rapporti omosessuali tra adulti consenzienti<sup>1522</sup>. L'unico aspetto di questi casi che si vuole mettere in risalto ai fini di questo lavoro è che l'inferenza dello Stato nella vita privata dei ricorrenti è stata giudicata ingiustificata, in virtù del clima di tolleranza diffuso nella maggior parte dei paesi del Consiglio d'Europa, clima che aveva portato all'abrogazione di leggi di questo tipo<sup>1523</sup>. Il ricorso alla tecnica del *consensus* sarà infatti determinante anche nelle controversie che verranno di seguito esaminate, riguardanti l'esercizio di diritti connessi allo *status* di familiare.

---

<sup>1522</sup> Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7535/76, 22 ottobre 1981; *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, 26 ottobre 1988; *Modinos c. Cipro*, ricorso n. 15070/89, 22 aprile 1993, *A.D.T. c. Regno Unito*, ricorso n. 35765797, 31 luglio 2000.

<sup>1523</sup> Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., par. 60.

A partire dagli anni '80, dunque, la nozione di vita privata è stata interpretata in modo tale da ricomprendere la condotta e l'orientamento sessuale tra gli aspetti della sfera intima della persona da tutelare contro eventuali ingerenze arbitrarie da parte dei poteri pubblici<sup>1524</sup>. Come rilevato da Micaela Frulli, è importante sottolineare che la Corte ha protetto in queste controversie l'orientamento sessuale in quanto tale, senza ritenere che fosse necessario dimostrare una violazione dell'art. 14 sulla non discriminazione<sup>1525</sup>.

Molto più tortuoso è stato invece il riconoscimento del diritto al rispetto della vita familiare poiché tutti i ricorsi promossi fino alla fine degli anni '90 sono stati giudicati irricevibili dalla Commissione, sulla base della presunzione del fatto che tale diritto fosse riservato esclusivamente a coppie eterosessuali. L'orientamento sessuale è stato infatti interpretato come una manifestazione essenzialmente privata della personalità individuale, mentre si riteneva che le coppie dello stesso sesso non potessero rientrare nella definizione di famiglia<sup>1526</sup>.

I ricorrenti avevano lamentato una lesione di questo diritto originata da diverse circostanze come, ad esempio, l'espulsione, ad opera dello Stato di propria nazionalità, del partner straniero privo di titolo di soggiorno regolare; l'impossibilità di ottenere la potestà genitoriale sul figlio del partner o l'impossibilità di succedergli in un contratto di locazione. In tutte queste controversie, la Commissione ha ritenuto che il comportamento discriminatorio operato dagli Stati convenuti nei confronti dei ricorrenti omosessuali fosse ragionevole e, per questo, giustificabile poiché si fondava sulla *ratio* legittima della protezione della famiglia eterosessuale. Si riteneva infatti che la vita familiare non fosse configurabile quando ad essere coinvolta era la vita affettiva tra due persone del medesimo sesso<sup>1527</sup>.

---

<sup>1524</sup> Così, ad esempio, la Corte ha ritenuto che le leggi nazionali che impedivano ad individui omosessuali di far parte dell'esercito interferissero in maniera illegittima e non necessaria in una società democratica con l'aspetto più intimo della vita privata dei ricorrenti. Si vedano: Corte EDU, *Smith e Grady c. Regno Unito*, ricorso n. 33985-6/96, 27 settembre 1999; *Lusting-Prean e Beckett c. Regno Unito*, ricorsi n. 31417/96 e 32377/96, 27 settembre 1999; *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito*, ricorsi n. 48535-6-7/99, 22 ottobre 2002.; *Perkins e R. c. Regno Unito*, ricorso n. 43208/98 e 44875/98, 22 ottobre 2002.

<sup>1525</sup> M. Frulli, 'Corte europea dei diritti umani e tutela dell'orientamento sessuale', 2016, disponibile all'indirizzo:<http://www.centrostudieuropei.it/jeanmonnet/wp-content/uploads/2016/02/Lezione-FRULLI-maggio-2016.pdf>.

<sup>1526</sup> P. Johnson, 'An Essentially Private Manifestation of Human Personality: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 67-97.

<sup>1527</sup> Si vedano P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge 2013; F. Crisafulli, 'Same-Sex Couples's Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR', in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.

A questa posizione si è allineata, almeno in una prima fase, anche la Corte che, nel 2001, ha giudicato irricevibile il ricorso promosso da un ricorrente cui la legge spagnola impediva di riscuotere la pensione di reversibilità del compagno dello stesso sesso<sup>1528</sup>. L'organo infatti ha ritenuto che la titolarità del diritto al rispetto della vita familiare non fosse estensibile a coppie che, pur condividendo una relazione affettiva stabile, fossero composte da individui dello stesso sesso. In questa materia, infatti, agli Stati era riservato un ampio margine di apprezzamento. Se tra le parti del Consiglio d'Europa vi era un sempre maggiore riconoscimento giuridico di relazioni *de facto* tra individui omosessuali, non poteva dirsi ancora formato un *consensus* circa il riconoscimento di queste relazioni come espressioni di vita familiare<sup>1529</sup>.

Una prima – tiepida – apertura si è avuta con il ricorso *Karner c. Austria*<sup>1530</sup> in cui il ricorrente non aveva potuto succedere al contratto di locazione di cui era intestatario il proprio partner omosessuale dopo il decesso di quest'ultimo. La Corte ha sostenuto che tale esclusione concretava una lesione degli artt. 8 e 14 della Convenzione e, senza prendere posizione sulla violazione della vita familiare, ha rinvenuto la sussistenza di una discriminazione nel godimento del domicilio<sup>1531</sup>. La Corte ha ribadito che la protezione della concezione tradizionale di famiglia poteva giustificare una differenza di trattamento ma ha riscontrato che, quando una discriminazione si fonda sull'orientamento sessuale, deve essere giustificata da motivi particolarmente gravi, in virtù di un ristretto margine di discrezionalità riservato agli Stati<sup>1532</sup>.

### *8.1 L'estensione della nozione di famiglia alle coppie omosessuali: una svolta parziale*

Il discostamento della Corte da questa giurisprudenza consolidata si è verificato solo nel 2010, anno in cui l'organo ha ritenuto, per la prima volta, che anche individui

---

<sup>1528</sup> Corte EDU, *Mata Estevez c. Spagna*, ricorso n. 56501/00, 10 maggio 2001.

<sup>1529</sup> Ivi, par. 81.

<sup>1530</sup> Corte EDU, *Karner c. Austria*, ricorso n. 40016/98, 24 luglio 2003.

<sup>1531</sup> Ivi, par. 33.

<sup>1532</sup> Ivi, par. 37. Quando la discriminazione è dovuta a motivi di orientamento sessuale, affinché la differenza di trattamento possa essere ritenuta proporzionale non solo deve essere giustificata da motivi gravi e impellenti ma si deve anche dimostrare che non esistono misure meno pregiudizievoli che permetterebbero il raggiungimento dell'obiettivo in questione.

omosessuali legati da una relazione affettiva e stabilmente conviventi potessero essere titolari del diritto al rispetto della propria vita familiare.

In *Kozac c. Polonia*<sup>1533</sup>, la Corte ha riconosciuto che il trattamento discriminatorio riservato alle coppie omosessuali dalla legge polacca, per come interpretata dai tribunali nazionali, che consentivano in caso di morte del titolare di un contratto di locazione la successione della persona con cui il defunto avesse condiviso una convivenza matrimoniale *de facto* purché di sesso opposto a quello del defunto, non poteva dirsi “necessario” alla protezione della famiglia tradizionale. È stato in questa circostanza che, per la prima volta, l’organo ha preso formalmente atto dei cambiamenti sociali intercorsi negli Stati circa la percezione nei confronti di forme di convivenza affettiva tra individui omosessuali: non poteva ormai dirsi esistente un’unica concezione di vita familiare<sup>1534</sup>.

Tuttavia, è stato solo con il caso *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>1535</sup> che è stato realizzato un esplicito cambio di rotta nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. I ricorrenti lamentavano una violazione dell’art. 12, poiché la legislazione austriaca negava loro il diritto di sposarsi, e del combinato disposto degli artt. 8 e 14 perché, prima della legge sul riconoscimento del partenariato civile entrata in vigore il 1° gennaio del 2010, la loro unione non aveva potuto godere di alcun riconoscimento giuridico e, comunque, dopo tale data non risultavano titolari di diritti comparabili a quelli delle coppie eterosessuali unite in matrimonio.

Un’analisi comparativa condotta sulla legislazione domestica degli Stati parti ha mostrato che un numero *considerevole* degli stessi consentiva alle coppie dello stesso sesso di accedere a forme di registrazione giuridica. Alla luce di questa evoluzione, dunque, la Corte ha considerato *artificiale* continuare a negare che una coppia omosessuale unita da una relazione affettiva e stabilmente convivente non potesse godere del diritto alla vita familiare ai sensi dell’art. 8<sup>1536</sup>.

Tale sviluppo è ormai parte di una giurisprudenza consolidata<sup>1537</sup> e che ha visto l’estensione dell’ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita familiare anche al legame intercorrente tra una coppia omosessuale e il figlio biologico di uno dei due

---

<sup>1533</sup> Corte EDU, *Kozac c. Polonia*, ricorso n. 13102/02, 2 marzo 2010.

<sup>1534</sup> Ivi, par. 98.

<sup>1535</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04, 24 giugno 2010.

<sup>1536</sup> Ivi, par. 92-95.

<sup>1537</sup> È stato immediatamente confermato in: Corte EDU, *PB e JS c. Austria*, ricorso n. 18984/02, 22 luglio 2010.

partner di cui si occupino attivamente e congiuntamente entrambi<sup>1538</sup>. Si è trattato di un'evoluzione importante, eppure parzialmente criticata in dottrina perché il riconoscimento della titolarità del diritto è stato subordinato alla diffusione di una nuova sensibilità sociale tra i membri del Consiglio d'Europa e, dunque, implicitamente al «predominant moral and behavioural standards of hetero-normativity»<sup>1539</sup>. Il ricorso a questa tecnica interpretativa, del resto, impedisce tuttora, come vedremo, la possibilità di derivare dalla Convenzione l'obbligo di estendere alle coppie omosessuali l'accesso all'istituto del matrimonio.

L'impatto di questa evoluzione, inoltre, deve essere ridimensionato. Come messo in luce da Laura Magi, la Corte non ha infatti fatto discendere conseguenze concrete da questa affermazione di principio né ha precisato il contenuto del diritto al rispetto della vita familiare delle coppie omosessuali<sup>1540</sup>. In nessuno dei casi sopra citati è stata riscontrata una violazione dell'art. 8, nonostante la Corte abbia riconosciuto che i ricorrenti si trovavano in una situazione comparabile a quella delle coppie eterosessuali per quanto riguardava il bisogno di riconoscimento giuridico e di protezione della loro relazione<sup>1541</sup>.

In particolare, in *Schalk e Kopf*, la Corte ha fatto ricorso alla tecnica del consenso, utilizzando due diverse soglie. L'osservazione del fatto che un *numero considerevole* di Stati parti aveva riconosciuto le unioni registrate di coppie omosessuali le ha permesso, come visto, di interpretare la vita familiare come comprendente espressioni di relazioni affettive stabili diverse dalla famiglia tradizionale. Tuttavia, quello stesso consenso è stato giudicato insufficiente per farvi derivare un obbligo degli Stati contraenti al riconoscimento giuridico dell'unione tra persone dello stesso sesso. Infatti, pur ravvisando una tendenza degli Stati in questa direzione, tale sviluppo non era ancora intercorso nella maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa.

Pertanto, la Corte europea non ha ritenuto che l'Austria avesse violato il diritto alla vita familiare dei ricorrenti – in combinato disposto con il diritto alla non discriminazione

---

<sup>1538</sup> Corte EDU, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07, 7 luglio 2012.

<sup>1539</sup> M. Grigolo, 'Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject', in *European Journal of International Law*, 2010, p. 1024.

<sup>1540</sup> L. Magi, 'La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso', in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 405.

<sup>1541</sup> Così, ad esempio, in Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., par. 99.

– adottando solo nel 2010 una legge che consentiva il riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. Se e quando riconoscere nell’ordinamento statale l’unione di individui dello stesso sesso è stato ritenuto rientrante nel margine di apprezzamento statale<sup>1542</sup>. Ricadeva in questo stesso margine, a maggior ragione, la scelta circa gli effetti giuridici da far discendere dalle unioni registrate, qualora introdotte. Se i ricorrenti lamentavano una violazione degli artt. 8 e 14 perché la legge sui partenariati civili non aveva attribuito loro gli stessi diritti previsti per i coniugi, la Corte ha precisato che non esisteva alcun obbligo degli Stati parti in tal senso<sup>1543</sup>.

In questo modo, però, la Corte da un lato ha ritenuto il consenso europeo sufficiente per considerare famiglie le coppie omosessuali, dall’altro, con un cortocircuito logico, ha impedito loro, dal punto di vista sostanziale, di istituire una famiglia legalmente riconosciuta, negando la sussistenza dell’obbligo degli Stati di prevedere tali unioni e, a maggior ragione, di farvi derivare la garanzia anche parziale dei diritti riconosciuti ai coniugi.

Un’altra importante affermazione di principio della Corte nel caso in esame ha riguardato l’interpretazione del diritto di sposarsi ai sensi dell’art. 12 della Convenzione<sup>1544</sup>, fino a quel momento riferito in via esclusiva al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico o giuridico opposto<sup>1545</sup>. L’unico sviluppo che, nella giurisprudenza precedentemente elaborata dalla Corte, aveva riguardato questa disposizione era stato infatti quello di consentire, a partire dal caso *Goodwin c. Regno Unito*, che, ai fini della diversità sessuale dei partner, rilevasse non solo il sesso biologico dei membri della coppia ma anche, nei casi di transessuali operati, il sesso legalmente riconosciuto dopo l’operazione chirurgica di riconversione dei caratteri sessuali<sup>1546</sup>. Altrimenti, se ai transessuali fosse stato negato il diritto di sposare individui di sesso opposto a quello conseguito in seguito al nuovo riconoscimento legale di genere, ciò si sarebbe tradotto per gli stessi in una totale negazione del diritto di contrarre matrimonio e, dunque, in una violazione dell’art. 12 della Convenzione.

---

<sup>1542</sup> Ivi, par. 105.

<sup>1543</sup> Ivi, par. 106.

<sup>1544</sup> L’art. 12 stabilisce il diritto di ogni uomo e di ogni donna di sposarsi in accordo alle rispettive leggi nazionali.

<sup>1545</sup> In questo senso: Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 49; *Cossey c. Regno Unito*, cit. par. 43; *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, cit. par. 66.

<sup>1546</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit. par. 100.



Ebbene, in *Schalk e Kopf* la Corte, similmente a quanto statuito in relazione alla concezione di famiglia, ha sostenuto che l'art. 12, diversamente da quanto la lettera dello stesso lasciava presagire facendo espressamente riferimento al diritto di un uomo e una donna di sposarsi, non doveva essere interpretato come limitato *in ogni circostanza* al matrimonio tra due persone di sesso diverso<sup>1547</sup>. Tale esegesi è stata favorita dalla lettura dell'art. 12 alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce il diritto di ogni individuo di sposarsi in base a quanto previsto dalla rispettiva legislazione domestica in materia.

Tuttavia, non solo la Corte non ha specificato in quali circostanze l'art. 12 si applicherebbe alle coppie omosessuali<sup>1548</sup>, ma, anche sotto questo profilo, ha escluso l'esistenza dell'obbligo di estendere l'accesso all'istituto del matrimonio a coppie omosessuali, estensione che rimane a totale discrezione degli Stati contraenti. Ancora una volta, dirimente è stata la mancanza di un consenso europeo sul punto, poiché a fronte di una maggiore sensibilità al riguardo e di mutamenti sociali in atto, soltanto sei Stati contraenti prevedevano il diritto di contrarre matrimonio per individui dello stesso sesso<sup>1549</sup>. Infatti, poiché il matrimonio ha connotazioni culturali profondamente radicate, che variano ampiamente da una società all'altra, la Corte ha preferito, nel rispetto di principio di sussidiarietà, non sostituire il proprio giudizio a quello delle autorità nazionali che si trovano nella migliore posizione per valutare e rispondere ai bisogni emergenti nei rispettivi contesti<sup>1550</sup>. La decisione è stata perfettamente in linea con l'approccio cauto della Corte riguardo aree culturalmente e socialmente sensibili, soprattutto in tema di diritto di famiglia<sup>1551</sup>.

Da quanto emerso in questa ricostruzione, la svolta del 2010 è stata tale sono in apparenza e il riconoscimento del diritto al rispetto della vita familiare alle coppie dello stesso sesso è stato solo nominale, come ampiamente messo in luce dalla dottrina che ha criticato le conclusioni cui la Corte è pervenuta<sup>1552</sup>. Non si può che condividere l'opinione

---

<sup>1547</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., par. 61.

<sup>1548</sup> L. Hodson, 'A marriage by any other name? Schalk and Kopf v. Austria', in *Human Rights Law Review*, 11(1), 2011, p. 173.

<sup>1549</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., par. 63.

<sup>1550</sup> Ivi, par. 62.

<sup>1551</sup> J. Sherpe, 'The legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights', in *The Equal Rights Review*, 2013, p. 90.

<sup>1552</sup> L. Hodson, 'A marriage by any other name?', cit., p. 170; P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of human rights*, Routledge, p. 123; C. Ragni, 'La tutela delle coppie omosessuali nella

dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann e Jebens, i quali hanno obiettato che, avendo deciso che la relazione dei ricorrenti ricadeva nella nozione di vita familiare, la Corte avrebbe dovuto trarre delle inferenze da questa conclusione. Tuttavia, non riscontrando alcuna violazione della Convenzione, la Corte «endorses the legal vacuum at stake» senza imporre agli Stati alcun obbligo positivo che garantisca ai ricorrenti la protezione di cui ogni famiglia dovrebbe beneficiare<sup>1553</sup>.

Di fatto, dunque, il cambio di rotta della Corte è stato solo parziale e ha rischiato di ridursi a una mera affermazione di principio, continuando a non garantire alle coppie dello stesso sesso alcuno dei diritti riservati ai coniugi. Stabilendo la necessità che almeno la maggioranza degli Stati riconosca nei propri ordinamenti le unioni omosessuali affinché le stesse ricadano nell'ambito di protezione della vita familiare, la Corte, per usare le parole di Mac Donald, «forfeits its aspirational role by tying itself to a crude, positivist conception of standards»<sup>1554</sup>.

## 8.2 *L'obbligo di prevedere forme di riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali*

Nell'ultimo decennio, ci sono state però delle importanti evoluzioni nella giurisprudenza della Corte europea, sempre legate e rese possibili dalla crescita del consenso europeo nei confronti del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Un primo sviluppo si è avuto nel 2013 nel caso *Vallianatos e altri c. Grecia*<sup>1555</sup>, in cui lo Stato è stato condannato per violazione degli artt. 8 e 14 in ragione dell'introduzione di una legge che prevedeva la possibilità di celebrare unioni civili per le sole coppie eterosessuali. Tuttavia, la portata potenzialmente dirompente della pronuncia è stata contenuta dalla stessa Corte che ha specificato che, nel caso di specie, non veniva sanzionato il mancato rispetto di un obbligo generale derivato dalla Convenzione di

---

recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Shalk e Kopf* in Diritti umani e diritto internazionale, 2010 p. 642. Al contrario, condivide le conclusioni della Corte: P. Pustorino, 'Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage', in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer 2014, p. 405

<sup>1553</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., Opinione dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann e Jebens, par. 4.

<sup>1554</sup> R. MacDonald, 'The Margin of Appreciation', in R. MacDonald, F. Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martin Nijhoff 1993, p. 124.

<sup>1555</sup> Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ricorsi n. 29381/09 e 32684/09, 7 novembre 2013.

prevedere forme di riconoscimento delle relazioni omosessuali. Al contrario, si riteneva che con l'introduzione della legge 3719 del 2008 sulle unioni civili, che escludeva dal proprio ambito di applicazione le coppie dello stesso sesso, lo Stato avesse messo in atto una misura discriminatoria<sup>1556</sup>. Occorre rilevare che in questa sentenza la Corte ha esteso la protezione della vita familiare alla pluralità delle possibili modalità di conduzione della vita affettiva di coppie omosessuali, non imponendo più il requisito della coabitazione necessaria<sup>1557</sup>.

Un passo significativo, ma ancora una volta dalla portata potenzialmente limitata (in questo caso al solo contesto italiano), si è avuto nel noto caso *Oliari e altri c. Italia*<sup>1558</sup> che ha portato alla condanna dello Stato per aver lasciato le coppie ricorrenti in un vuoto legale, impedendo loro di accedere ad alcuna forma di riconoscimento della propria relazione, nonostante i ripetuti richiami della Corte costituzionale. La controversia aveva avuto origine dal ricorso di tre coppie omosessuali che avevano richiesto il rilascio delle pubblicazioni al fine di celebrare i rispettivi matrimoni, ottenendo il diniego dell'ufficiale dello stato civile a causa del mancato rispetto del requisito, previsto dal codice civile, della diversità del sesso degli sposi. Nel corso del giudizio d'appello riguardante una delle due coppie ricorrenti, vi era stata una rimessione degli atti alla Corte costituzionale, la quale, pur dichiarando il ricorso inammissibile, aveva specificato che anche le coppie omosessuali rientrano nella nozione di gruppo sociale di cui all'art. 2 della Costituzione e, pertanto, alla loro unione caratterizzata da stabile convivenza «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>1559</sup>. Si sollecitava dunque l'intervento del legislatore cui spettava la scelta circa la forma di riconoscimento giuridico ritenuta più appropriata<sup>1560</sup>.

---

<sup>1556</sup> Ivi, par. 75.

<sup>1557</sup> G. Puppinc, 'The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on "family life"', in *EJIL: Talk!*, 25 marzo 2014. Per un commento si veda anche: D. Rudan, 'Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos', in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol 1, 2014, pp. 232-236

<sup>1558</sup> Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, 21 luglio 2015.

<sup>1559</sup> Corte cost., sent 15 aprile 2010, n. 138, punto 8. In seguito, anche: Corte cost., sent. N 4 del 16 dicembre 2010; Corte cost., sent. n. 276 del 7 luglio 2010 e, infine, corte cost., sent. n. 170 dell'11 giugno 2014 sull'illegittimità costituzionale della cessazione del matrimonio conseguente alla riconversione sessuale.

<sup>1560</sup> A commento della sentenza della Corte cost. si vedano: B. Pezzini, 'Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale', in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2715 ss.; R. Romboli, 'La sentenza 138/2010

Pertanto, i ricorrenti si erano rivolti alla Corte europea dei diritti umani ritenendo che l'impossibilità di contrarre matrimonio o di accedere a un'unione civile concretasse una totale lesione della propria vita privata e familiare e lamentando, quindi, una violazione degli artt. 12 e 8 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 14 poiché era in corso una forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

La Corte ha analizzato il caso soltanto in relazione alla lesione del diritto al rispetto della vita familiare delle coppie. Ha ribadito, infatti, che i ricorrenti si trovavano nella stessa posizione delle coppie di sesso diverso in relazione alla necessità di ottenere delle forme di riconoscimento giuridico della loro unione<sup>1561</sup>, evidenziando come questa esigenza fosse stata più volte avanzata anche da altri organi del Consiglio d'Europa. L'Assemblea parlamentare<sup>1562</sup> e il Comitato dei ministri<sup>1563</sup>, infatti, avevano ripetutamente invitato gli Stati contraenti a emanare una legislazione che regolasse la materia.

È stata dunque la perfetta sovrapposizione fenomenologica tra la relazione affettiva tra persone di sesso uguale ed opposto, nucleo e proiezione all'esterno della vita privata e familiare e dell'identità degli individui coinvolti, il punto di partenza del ragionamento della Corte. Se la vita familiare, come già affermato nella giurisprudenza precedente, riguarda anche la coppia omosessuale e se questo tipo di relazione necessita di specifiche forme di tutela che discendono proprio dal riconoscimento della coppia quale nucleo familiare, la Corte da queste premesse ha derivato l'obbligo positivo dell'Italia di garantire forme di riconoscimento di tale unione.

Nel contesto italiano, come la Corte ha ricostruito, le coppie dello stesso sesso vedevano frustrata, sotto ogni profilo, questa necessità e si trovavano di fatto in una sorta di *limbo*<sup>1564</sup>. Infatti, non solo non potevano accedere né ai matrimoni né alle unioni civili

---

della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni,' in B. Pezzini (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 3.

<sup>1561</sup> Questa posizione era già stata espressa in Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., parr. 78 e ss.

<sup>1562</sup> Assemblea parlamentare CoE, *Situation of lesbian and gays in Council of Europe member States*, racc. 1474(2000), 26 settembre 2000; *Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, ris. 1728(2010) 29 aprile 2010.

<sup>1563</sup> Comitato dei ministri, *On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, racc. CM/Rec /2010)5, 31 marzo 2010.

<sup>1564</sup> Questa espressione è stata usata nell'opinione concorrente dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic, par. 4.

ma anche gli strumenti, atti secondo il governo a regolare le loro relazioni, non garantivano in realtà la protezione di alcuno dei diritti basilari delle coppie. Così, ad esempio, ai registri comunali per le unioni civili doveva tributarsi un valore meramente simbolico, data la loro scarsa diffusione – in meno del 2% del territorio – e il mancato conferimento di qualsivoglia diritto o status civile. Similmente, i contratti di convivenza non solo – in contrasto a quanto già asserito dalla Corte in *Vallianatos*<sup>1565</sup> – imponevano la coabitazione che invece non era più ritenuta un requisito necessario per decretare la stabilità di una coppia alla luce della realtà sociale contemporanea, ma dagli stessi non derivano diritti e doveri reciproci, sostegno morale e materiale, obblighi di mantenimento e diritti successori<sup>1566</sup>. Nello Stato convenuto mancava dunque una forma di riconoscimento della coppia omosessuale di carattere generale e dagli esiti certi, data anche quella che è stata definita come una strutturale deficienza del sistema giuridico italiano<sup>1567</sup>.

Nel determinare la sussistenza di un obbligo positivo di riconoscimento delle coppie omosessuali derivante dall'art. 8, la Corte ha espresso la necessità di effettuare un equo bilanciamento tra gli interessi individuali e collettivi coinvolti. Rispetto a questa operazione, le autorità nazionali si trovano inevitabilmente in una posizione privilegiata per valutare le diverse esigenze, in virtù del principio di sussidiarietà<sup>1568</sup>. Tuttavia, nel caso di specie, lo Stato convenuto non era riuscito a identificare in modo chiaro e coerente gli interessi contrastanti, limitandosi a richiamare la necessità di tenere in considerazione la pluralità di posizioni diverse espresse dal corpo sociale di fronte a un tema eticamente delicato. Tale operazione per l'Italia necessitava di tempo per favorire l'emersione di una sensibilità comune. Inoltre, lo Stato riteneva di poter godere di un ampio margine di discrezionalità circa tempi e modi di riconoscimento delle unioni di coppie dello stesso

---

<sup>1565</sup> Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit. par. 43.

<sup>1566</sup> D. Rudan, 'L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia', in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 193. Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 169.

<sup>1567</sup> Ivi, par. 172: « In the Court's view, the necessity to refer repeatedly to the domestic courts to call for equal treatment in respect of each one of the plurality of aspects which concern the rights and duties between a couple, especially in an overburdened justice system such as the one in Italy, already amounts to a not-insignificant hindrance to the applicants' efforts to obtain respect for their private and family life».

<sup>1568</sup> Si tratta di una posizione reiterata dalla Corte EDU dal caso: Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 7 dicembre 1976, par. 48.

sesso, alla luce di quelle che erano state le decisioni della Corte europea fino a quel momento<sup>1569</sup>.

La Corte ha ritenuto che in Italia si stesse assistendo a una discrasia tra la realtà sociale, in cui le coppie dello stesso sesso potevano vivere apertamente la propria unione e in cui tale fenomeno era ritenuto parte integrante del tessuto sociale, e la legge interna che non le tutelava in alcun modo. Si ravvisava infatti un livello insufficiente di protezione della vita privata e familiare dei ricorrenti cui non erano riconosciuti neppure quelli che la Corte ha definito i *core needs*<sup>1570</sup>. Anzi, a fronte dei ripetuti richiami della Corte costituzionale, considerata portavoce del consenso nella società italiana circa la necessità di provvedere a forme di partnership registrata, il legislatore era rimasto gravemente e colpevolmente inerte<sup>1571</sup>, nonostante ciò non avrebbe comportato alcun onere, giuridico o amministrativo, allo Stato convenuto.

Quanto alla determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento dello Stato, la Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, lo stesso dovesse considerarsi ristretto poiché ogniqualvolta sono coinvolti diritti che agiscono su elementi centrali dell'esistenza e dell'identità dell'individuo, quale, come in questo caso, il riconoscimento giuridico pieno della vita affettiva tra due persone dello stesso sesso, la discrezionalità statale subisce una compressione<sup>1572</sup>. Pertanto, lo Stato non poteva fondare le sue pretese sulla portata del margine di apprezzamento, poiché nel caso in esame non erano in gioco i cd *supplementary rights* che possono o non possono sorgere dal riconoscimento delle unioni omosessuali e che possono essere oggetto di una di un acceso dibattito alla luce della loro dimensione altamente sensibile. Solo per questi diritti addizionali si poteva ammettere un ampio margine di discrezionalità in assenza di accordo tra Stati membri<sup>1573</sup>. Il caso in esame, al contrario, riguardava un cd. *core right*, ossia l'esigenza generale di riconoscimento giuridico e la tutela fondamentale dei ricorrenti in quanto coppie omosessuali. Il contesto italiano, da questo punto di vista, risultava del tutto carente di un quadro giuridico che garantisse una forma di riconoscimento ai ricorrenti.

---

<sup>1569</sup> Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 176.

<sup>1570</sup> Ivi, par. 176

<sup>1571</sup> Ivi, par. 179-181.

<sup>1572</sup> Ivi, par. 177.

<sup>1573</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit. par. 108.

Inoltre, a favore del restringimento del margine di apprezzamento muoveva anche la presenza di un crescente *consensus* europeo, ritenuto essenziale nei casi che sollevano delicate questioni morali ed etiche<sup>1574</sup>, che aveva portato 24 dei 47 Stati del Consiglio d'Europa a prevedere nei propri ordinamenti forme di riconoscimento delle coppie del medesimo sesso<sup>1575</sup>. Mancavano all'appello soprattutto gli Stati dell'Europa orientale e, in particolar modo la Russia, in cui le coppie omosessuali erano costantemente discriminate e nei cui confronti sono stati presentati i ricorsi decisi negli ultimi anni dalla Corte.

Infine, accanto al consenso europeo, nel caso di specie la Corte ha ampiamente valorizzato il consenso emergente *all'interno* dello Stato italiano. Com'è emerso dalla ricostruzione, la Corte europea ha infatti tributato particolare rilevanza alle sentenze della Corte costituzionale che in più occasioni aveva ribadito il diritto delle coppie omosessuali di disporre di un quadro giuridico che ne permettesse una qualche forma di riconoscimento. Questa posizione per la Corte europea era da considerarsi rappresentativa dell'evoluzione sociale e dell'orientamento della popolazione italiana circa la necessità di un riconoscimento giuridico delle coppie formate da individui del medesimo sesso<sup>1576</sup>. L'inerzia del legislatore italiano, nonostante i richiami delle Corti costituzionale e di cassazione, si era concretata in una perdita di credibilità dell'intero sistema giudiziario italiano<sup>1577</sup>.

In conclusione, lo Stato aveva superato il proprio margine di apprezzamento nella misura in cui non aveva garantito ai ricorrenti un quadro giuridico che permettesse loro la protezione e il riconoscimento giuridico delle loro unioni<sup>1578</sup>. Tuttavia, ciò che non era stato chiarito nella sentenza era se dall'art. 8 discendesse un obbligo generale destinato, dunque, ad avere conseguenze su tutti gli altri Stati contraenti o la decisione riguardasse unicamente il particolare contesto italiano.

---

<sup>1574</sup> Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 162.

<sup>1575</sup> Ivi, par. 178.

<sup>1576</sup> Si veda: K. Dzehtsiarov, *European Consensus and the Legitimacy of the European Courts of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015, p. 49 ss.

<sup>1577</sup> Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 184.

<sup>1578</sup> Ivi, par. 185.

Se per parte della dottrina<sup>1579</sup>, nel caso in esame, era stata configurata l'esistenza di un obbligo generale di adottare una legislazione volta a garantire il riconoscimento giuridico di coppie dello stesso sesso per non incorrere in una violazione dell'art. 8, il fatto che detta infrazione fosse stata basata sul fatto che la Corte costituzionale aveva prodotto molte raccomandazioni rimaste inascoltate dal Parlamento e che nel paese stridessero il livello di accettazione sociale delle coppie omosessuali e il vuoto legislativo a riguardo hanno portato molti<sup>1580</sup> – tra cui anche i giudici dissenzienti Mahoney, Tsotsoria e Vehabović<sup>1581</sup> – a ritenere che le conclusioni della Corte dovessero ritenersi limitate allo specifico scenario italiano. Erano infatti basate sulla distonia del sistema giuridico italiano in cui, a fronte delle prese di posizione favorevoli delle più alte Corti, si era assistito ad una perdurante inerzia del legislatore<sup>1582</sup>.

Nel più recente capitolo della saga europea sul riconoscimento legale delle coppie omosessuali, la Corte ha finalmente precisato la natura e il contenuto dell'obbligo positivo discendente dall'art. 8 della Convenzione. Si tratta del caso *Fedotova c. Russia*<sup>1583</sup>, in cui l'orientamento della Corte è stato confermato anche dalla Grande Camera nella sua pronuncia del 17 gennaio 2023<sup>1584</sup>. Il ricorso era stato presentato da tre coppie che, a causa della definizione di matrimonio da parte del codice di famiglia russo che limitava l'istituto ad un'unione volontaria tra un uomo e una donna, si trovavano nell'impossibilità di contrarre matrimonio e non avevano modo di accedere ad altre forme di protezione legale. Per questo, lamentavano di fronte alla Corte la violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14, ritenendo che il vuoto giuridico che impediva loro

---

<sup>1579</sup> Di questo avviso sono ad esempio: M. Winkler, 'Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia', in *SIDIBLOG*, 12 luglio 2015; D. Rudan, 'L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso', cit., p. 198.

<sup>1580</sup> Si vedano, ad esempio, A. H'ayward, 'Same-Sex Registered Partnerships - A Right to Be Recognized', in *Cambridge Law Journal*, 2016, pp. 27-31; V.J. Marzano, Oliari and the European Court of Human Rights: Where the Court Failed, in *Pace International Law Review*, 2017, p. 268. N. Ziyadov, 'From Justice to Injustice: Lowering the Threshold of European Consensus in Oliari and Others versus Italy', in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, p. 639.

<sup>1581</sup> Opinione dissenziente dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabović, par. 10: «Our colleagues are careful to limit their finding of the existence of a positive obligation to Italy and to ground their conclusion on a combination of factors not necessarily found in other Contracting States.

<sup>1582</sup> E. Savarese, 'In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 della CEDU', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 656.

<sup>1583</sup> Corte EDU, *Fedotova e altri c. Russia*, ricorso n. 40792/10, 13 luglio 2021. Per un commento si veda: N. Palazzo, 'Un diritto alle unioni registrate per coppie dello stesso sesso? Analisi di una recente sentenza della Corte EDU', in DPCE online, 2022, p. 2347 ss.

<sup>1584</sup> Corte EDU (GC), *Fedotova e altri c. Russia*, ricorso n. 40792/10, 17 gennaio 2023.



di ottenere qualsiasi forma di riconoscimento della propria unione, costituiva una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

La Corte ha chiarito espressamente, a differenza di quanto accaduto in *Oliari e altri c. Italia*, l'esistenza di un obbligo positivo gravante *su tutti* gli Stati contraenti di prevedere un quadro normativo che consenta alle coppie omosessuali di accedere al riconoscimento della propria unione sotto forma di matrimonio o in qualsiasi altra forma, nel rispetto del loro diritto al rispetto della vita familiare<sup>1585</sup>. La necessità del riconoscimento deriverebbe non soltanto dai numerosi svantaggi pratici che discendono dalla sua mancanza ma anche dalla discrasia che si viene a creare tra realtà sociale, per cui esistono di fatto delle coppie impegnate in una relazione che si basa sull'affezione reciproca, e la realtà giuridica, che non le riconosce<sup>1586</sup>. Inoltre, è stato ribadito come la pretesa dei ricorrenti attenesse al nucleo più profondo ed essenziale della vita e dell'identità dell'individuo che deve trovare piena legittimazione non soltanto sociale ma anche giuridica: la vita familiare delle coppie omosessuali costituisce, infatti, un aspetto relazionale primario che incide sulla manifestazione e proiezione esterna della propria identità.

Particolarmente rilevante, ai fini di questo studio, è inoltre l'applicazione che la prima volta la Grande Camera ha fatto del concetto di *vita sociale privata*, ossia del diritto di sviluppare la propria identità sociale che rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 8<sup>1587</sup>. La Corte lo ha descritto come la possibilità di avvicinarsi agli altri, al fine di interessare relazioni con loro<sup>1588</sup>. Come già riconosciuto in *Dadaouch c. Malta*<sup>1589</sup>, lo stato civile di una persona (sposata, single, divorziata o vedova) fa parte della sua identità personale e sociale. Pertanto, anche le coppie dello stesso sesso dovrebbero essere libere e soprattutto in grado di decidere come presentarsi alla società, potendo il mancato riconoscimento ufficiale della loro unione andare a ledere la loro identità sociale. Anche all'orientamento sessuale viene riconosciuta quindi una dimensione al contempo pubblica e privata.

L'importanza del caso, al di là dell'affermazione esplicita di un obbligo generale gravante su tutti gli Stati contraenti, risiede nelle argomentazioni usate dalla Corte

---

<sup>1585</sup> Corte EDU, *Fedotova e altri c. Russia*, cit., par. 50.

<sup>1586</sup> Ivi, par. 51.

<sup>1587</sup> Corte EDU (GC), *Fedotova e altri c. Russia*, cit. par. 143-144.

<sup>1588</sup> A tal proposito si veda anche Corte EDU, *Bărbulescu v. Romania* [GC], ricorso n. 61496/08, 5 settembre 2017, par. 70.

<sup>1589</sup> Corte EDU, *Dadaouch c. Malta*, ricorso n. 38816/07, 20 luglio 2010, par. 48.

europea per negare la legittimità dei tre interessi pubblici che la Russia aveva dichiarato di perseguire nella negazione di qualsiasi forma di riconoscimento alle coppie omosessuali. Particolarmente interessante risulta la critica dell'argomento maggioritario avanzato dalla Russia, secondo la quale il mancato riconoscimento giuridico si fondava sul fatto che i propri cittadini erano fortemente avversi alle unioni omosessuali. Per la Corte, l'esercizio dei diritti della Convenzione da parte di un gruppo minoritario non può essere in alcun modo subordinato alla sua accettazione da parte della maggioranza<sup>1590</sup>. Come anche la Grande Camera ha ben evidenziato, l'organo non poteva approvare politiche e decisioni che incarnassero il pregiudizio della maggioranza eterosessuale contro la minoranza omosessuale, dal momento che tradizioni, stereotipi e atteggiamenti sociali prevalenti in un determinato paese non possono, di per sé, essere considerati una giustificazione legittima<sup>1591</sup>. Tuttavia, se non si può non concordare sul fatto che le opinioni della maggioranza non possono essere utilizzate per negare alle minoranze sessuali l'accesso a forme di riconoscimento legale, è stato ben evidenziato in dottrina come tale logica dovrebbe essere coerentemente utilizzata dalla Corte anche in relazione all'art. 12 della Convenzione<sup>1592</sup>. Invece, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, la Corte ha sempre negato l'estensione dell'obbligo di garantire l'accesso a tale istituto alle coppie omosessuali, basandosi sulla tecnica interpretativa del *consensus* che si fonda proprio sulla valutazione del punto di vista della maggioranza<sup>1593</sup>.

Inoltre, la Corte non ha ritenuto pertinente al caso di specie, gli argomenti della protezione dei minori dall'omosessualità e la necessità di tutelare il matrimonio tradizionale che non sarebbe in alcun modo messo a rischio, nella sua integrità, dal riconoscimento delle unioni omosessuali<sup>1594</sup>. La Russia, dunque, per la Corte non era riuscita a garantire un giusto equilibrio tra gli interessi individuali dei ricorrenti e l'interesse della comunità nel suo complesso.

---

<sup>1590</sup> Si veda a proposito: Corte EDU, *Alekseyev c. Russia*, ricorso n. 4916/07, 21 ottobre 2010, par. 81; *Bayev e altri c. Russia*, ricorso n. 67667/09, 44092/12 e 56717/12, 20 giugno 2017, par. 70.

<sup>1591</sup> Corte EDU (GC), *Fedotova e altri c. Russia*, cit, par. 217.

<sup>1592</sup> G. Fedele, 'The (Gay) Elephant in the Room: Is there a Positive Obligation to Legally Recognise Same-Sex Unions after Fodotova v. Russia', in *Ejil:Talk!*, 23 gennaio 2021.

<sup>1593</sup> Per una critica sull'uso dell'approccio del *consensus* in relazione ai diritti delle minoranze sessuali si veda: C. O'Hara, 'Consensus, Difference and Sexuality: Que(e)rying the European Court of Human Rights' Concept of 'European Consensus'', in *Law Critique*, Vol. 32, 2021, pp. 91-114.

<sup>1594</sup> Corte EDU (GC), *Fedotova e altri c. Russia*, cit, par. 212.

Pertanto, la totale assenza di una forma di riconoscimento per le coppie omosessuali aveva ecceduto il margine di apprezzamento statale. Ciò che rimaneva nella discrezionalità delle Parti contraenti era la scelta sulla forma di registrazione più appropriata – il matrimonio o strumenti alternativi – a seconda del contesto socio-culturale specifico, purché si trattasse di una forma di protezione *adeguata*<sup>1595</sup> e il contenuto in termini di diritti e doveri che dovevano discenderne. Tuttavia, la Corte ha richiamato la sua giurisprudenza precedente in cui aveva fatto riferimento alcuni aspetti materiali (in termini di alimenti, tassazione o eredità) e morali (in termini di diritti e doveri e di assistenza reciproca) che possono essere considerati parte integrante della vita di coppia e che trarrebbero beneficio dall'essere regolamentati nel quadro giuridico disponibile per le coppie dello stesso sesso<sup>1596</sup>.

A differenza di quanto aveva fatto la Camera di primo grado, la Grande Camera si è basata ampiamente sulla tecnica del consenso, valorizzando la tendenza in corso che aveva portato al riconoscimento legale delle coppie omosessuali in 30 dei 46 Stati del Consiglio d'Europa<sup>1597</sup>. L'uso del consenso ha portato a varie critiche, tra cui quella del giudice dissenziente Wojtyczek, secondo il quale la Corte, lungi dall'utilizzarlo come strumento di interpretazione dinamica, vi avrebbe fatto affidamento per operare una modifica del trattato, introducendo un importante cambiamento nel paradigma di protezione dei diritti che era stato inizialmente progettato per proteggere esclusivamente famiglie e coppie dello stesso sesso<sup>1598</sup>.

Pur non condividendo questa impostazione, non ci si può esimere dall'evidenziare come l'uso del consenso sia di per sé contrario a quello stesso principio antimaggioritario evocato più volte dalla Corte in questa controversia. La dottrina del margine di apprezzamento può essere teoricamente giustificata come mezzo per promuovere la democrazia e i metodi democratici. Tuttavia, non si può ignorare che, nei singoli Stati, le maggioranze spesso monopolizzano il potere politico, utilizzano i processi democratici come mezzo per garantire i propri interessi a scapito delle minoranze. Se una delle principali giustificazioni di un sistema internazionale per la protezione dei diritti umani risiede nell'opportunità che lo stesso offre di promuovere gli interessi delle minoranze,

---

<sup>1595</sup> Ivi, par. 190.

<sup>1596</sup> Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., par. 81, *Oliari e altri c. Italia*, cit. par. 169.

<sup>1597</sup> Corte EDU (GC), *Fedotova e altri c. Russia*, cit. par. 179.

<sup>1598</sup> Ivi, Opinione dissenziente del Giudice Wojtyczek, par. 3.3.

migliorando così alcune delle carenze del sistema democratico, concedere un margine di apprezzamento alle istituzioni nazionali dominate dalla maggioranza sulla base della tecnica del consensus può apparire in alcune circostanze controproducente<sup>1599</sup>. Infatti, secondo quanto sostenuto da Benvenisti, i valori delle minoranze difficilmente saranno riflessi nelle politiche nazionali e, utilizzando questo approccio, «the court relinquishes its duty to set universal standards from its unique position as a collective supranational voice of reason and morality»<sup>1600</sup>, privandosi del suo possibile ruolo esterno di guardiano contro la tirannia delle maggioranze. Inoltre, come evidenziato da Giulio Fedele, un altro rischio insito nel costante ricorso al consenso è da rinvenire nella possibilità di una sua retrocessione, che potrebbe tradursi in un arretramento dei diritti riconosciuti alle minoranze sessuali nel caso di un clima di opposizione nei confronti delle comunità LGBTIQ cui, tra l'altro, si sta drammaticamente assistendo in alcuni paesi del Consiglio d'Europa<sup>1601</sup>.

### 8.3 *Il matrimonio egualitario*

Nonostante l'affermazione di principio contenuta in *Schalk e Kopf c. Austria* circa la non necessità di limitare l'art. 12 a matrimoni tra persone del sesso opposto avrebbe potuto consentire un'interpretazione estensiva di tale istituto, la giurisprudenza successiva della Corte è stata uniforme nel non derivare dalla Convenzione alcun obbligo di introduzione del matrimonio omosessuale nella legislazione degli Stati parti<sup>1602</sup>.

È soprattutto in relazione al riconoscimento o meno del matrimonio egualitario tra persone dello stesso che emerge con forza la tensione che sussiste tra i due elementi che determinano rispettivamente una compressione o una espansione del margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti i quali si trovano, almeno in linea di principio, in virtù del principio di sussidiarietà, nella posizione ottimale per operare scelte

---

<sup>1599</sup> Eyal Benvenisti, 'Judicial Misgivings Regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts', in *European Journal of International Law*, 1993. Per una critica si veda anche: P. G. Carozza, 'Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Notre Dame Law Review*, 1998.

<sup>1600</sup> E. Benvenisti, 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards', in *International Law and Politics*, 1993, p. 852

<sup>1601</sup> G. Fedele, 'Milestone or missed opportunity? The ECtHR Grand Chamber Judgment in *Fedotova v. Russia* on the Legal Recognition of Same-sex Couples', in *Ejil:Talk!*, 31 gennaio 2023.

<sup>1602</sup> Cfr par. 7.1.

nell'ambito delle politiche sociali<sup>1603</sup>. Da un lato, infatti, quando sono in gioco caratteristiche centrali dell'identità dell'individuo, tra cui l'orientamento sessuale, tale margine dovrebbe essere ristretto; dall'altro, la mancanza di un *common ground* tra paesi europei, soprattutto in materie eticamente sensibili, porta al suo allargamento. In relazione all'estensione dell'istituto del matrimonio tra individui dello stesso sesso, si scontrano dunque la protezione di un aspetto centrale dell'identità personale – quale la proiezione esterna della vita sociale privata dell'individuo, cui dovrebbe poter corrispondere un'autonomia di scelta nell'accesso agli istituti giuridici che riconoscono la relazione affettiva della coppia omosessuale – e la discrezionalità di cui gode lo Stato.

La giurisprudenza della Corte è stata sempre stata concorde nel ritenere che, se gli Stati sono obbligati a garantire una qualche forma di tutela e di riconoscimento giuridico alle coppie composte da individui dello stesso sesso, hanno piena discrezionalità circa la definizione dell'istituto che deve operare tale riconoscimento e circa il grado di protezione che deve derivarne che non deve essere necessariamente equivalente a quello discendente dal matrimonio<sup>1604</sup>. In particolar modo, la Corte ha continuato a fare ricorso esclusivo alla tecnica del *consensus* europeo, e quindi alle ragioni della discrezionalità, per escludere che dalla Convenzione possa derivare un obbligo di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali. Il matrimonio, infatti, è un istituto profondamente radicato nelle traduzioni culturali e sociali dei singoli Stati e, pertanto, nei suoi confronti la Corte ha mantenuto sempre un atteggiamento prudente, tributando maggiore deferenza, riguardo l'art. 12, al margine di discrezionalità statale<sup>1605</sup>.

Ciò risulta evidente, ad esempio, in *Chapin e Charpentier c. Francia*<sup>1606</sup>, in cui i ricorrenti lamentavano la violazione del diritto al matrimonio e del principio di non discriminazione a causa del mancato riconoscimento da parte della legislazione francese del matrimonio omosessuale. Le coppie eterosessuali avevano infatti la possibilità di scegliere di organizzare e ottenere una forma di riconoscimento della propria vita familiare, ricorrendo sia all'istituto matrimoniale che a diverse forme di unioni civili o di contratti di convivenza. Da questi regimi, il primo dei quali era invece escluso alle coppie

---

<sup>1603</sup> J. Schkkenbroek, 'The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 31.

<sup>1604</sup> In questo senso, la Corte si era già espressa in Corte EDU, *Schalk e Kopf, cit., par. 108*.

<sup>1605</sup> Così, ad esempio, in Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia, cit., par. 192*.

<sup>1606</sup> Corte EDU, *Chapin e Charpentier c. Francia*, ricorso n. 40183/07, 9 giugno 2016, par. 36-45.

omosessuali, derivavano inoltre diverse conseguenze giuridiche, in termini di pensione di reversibilità, beni, disciplina di filiazione, che davano luogo secondo i ricorrenti ad un'ulteriore lesione dell'art. 14.

La Corte ha attribuito esclusiva rilevanza alla mancata esistenza di un consenso europeo in materia, evitando persino di valutare nel merito la legittimità della discriminazione operata tra coppie di sesso diverso o uguale sulla base del fatto che da un esame della legislazione degli Stati membri si trattava di differenze riscontrabili anche in altri Stati europei<sup>1607</sup>. L'uso esclusivo di questa tecnica interpretativa, tuttavia, può risultare problematico, poiché basarsi esclusivamente sulla tendenza osservabile negli altri Stati membri, potrebbe condurre a decretare la compatibilità con la Convenzione di trattamenti chiaramente discriminatori purché rinvenibili nella legislazione della maggior parte degli Stati membri<sup>1608</sup>.

Il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio egualitario risulta particolarmente controverso soprattutto in quei casi in cui si è assistito ad un declassamento imposto dell'istituto matrimoniale in unione civile a causa o del cambio di sesso di uno dei ricorrenti, che faceva venir meno il requisito della diversità di genere tra i coniugi, o del trasferimento dei ricorrenti da Stati in cui il matrimonio omosessuale era garantito a Stati che lo vietavano. In tali ipotesi, la Corte non ha rinvenuto una violazione della Convenzione da parte dello Stato che ha, di volta in volta, effettuato il cd. *downgrading*.

Ciò è venuto in rilievo, ad esempio, in *Hämäläinen c. Finlandia*<sup>1609</sup>, in cui lo Stato aveva automaticamente convertito il matrimonio tra il ricorrente, che si era sottoposto ad operazione chirurgica di riconversione dei caratteri sessuali, e sua moglie in unione civile, come condizione per ottenere il riconoscimento giuridico del genere d'elezione. Il fine che la Finlandia intendeva perseguire, giudicato legittimo dalla Corte, era la non legalizzazione *de facto* del matrimonio tra individui dello stesso sesso. Nella sentenza, la Corte non ha tenuto conto del sacrificio imposto alla ricorrente che aveva subito una lesione della propria identità personale. La stessa, infatti, animata da un forte sentimento religioso, era intimamente convinta della sacralità e dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale contratto diciassette anni prima e chiedeva, in virtù della conservazione di

---

<sup>1607</sup> Ivi, par. 51.

<sup>1608</sup> G. Fedele, La protezione giuridica delle coppie omosessuali nell'ambito europeo: sviluppi e prospettive, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 171.

<sup>1609</sup> Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia*, ricorso n. 37359/09, 16 luglio 2014.

un diritto precedentemente acquisito, di non vedersi imposto un modello di vita familiare diverso da quello che aveva scelto<sup>1610</sup>.

In assenza di un *consensus* europeo in materia e in considerazione del fatto che la questione sollevava questioni morali ed etiche altamente sensibili, la Corte ha ritenuto che allo Stato dovesse essere garantito un ampio margine di apprezzamento. La Corte ha valorizzato soprattutto le argomentazioni del governo finlandese secondo il quale la relazione giuridica originale tra la ricorrente e la moglie sarebbe continuata attraverso un semplice *cambio di titolo*. Infatti, era vero che tra i due istituti vi erano profonde differenze, soprattutto in termini di filiazione, ma poiché la ricorrente aveva già avuto un figlio, il declassamento nella forma di riconoscimento non veniva giudicato pregiudizievole<sup>1611</sup>. Si riteneva infatti che la protezione accordata alla vita familiare non sarebbe stata modificata se la relazione si fosse basata sull'istituto del matrimonio o su un partenariato registrato, che si tramutava in un cambiamento solo formale di status mentre non comportava variazioni nel livello di tutela dei diritti<sup>1612</sup>.

Anche per quanto riguarda il riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero, la giurisprudenza della Corte è stata finora abbastanza restrittiva. In *Orlandi c. Italia*<sup>1613</sup>, infatti, la Corte di Strasburgo non ha nuovamente tenuto conto dell'importanza che la scelta del modello di riconoscimento giuridico della coppia e di conduzione della vita familiare può rivestire nella definizione dell'identità personale. Il ricorso era stato presentato da tre coppie omosessuali, il cui matrimonio contratto all'estero in giurisdizioni che avevano esteso l'istituto a coppie omosessuali non era stato trascritto in Italia e, dopo l'entrata in vigore della Legge Cirinnà, era stato registrato come unione civile.

Ancora una volta, la Corte non ha rinvenuto una violazione della Convenzione da parte dell'Italia poiché l'accesso a tale istituto non è previsto dall'ordinamento interno. Infatti, decisivo è risultato il *consensus* europeo in assenza del quale non si può derivare non solo l'obbligo di introduzione del matrimonio per le coppie dello stesso sesso, ma neppure

---

<sup>1610</sup> Ivi, par. 41 e ss.

<sup>1611</sup> G. Noto, 'The European Approach to Recognising, Downgrading, and Erasing Same-Sex Marriages Celebrated Abroad', in F. Hamilton (a cura di), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Routledge, 2020.

<sup>1612</sup> Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia*, cit., par. 81 ss.

<sup>1613</sup> Corte EDU, *Orlandi e altri c. Italia*, ricorso n 26431/12, 12 dicembre 2007. Per un commento si rimanda a F. Deana, 'Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio same-sex in Italia: note critiche alla sentenza Orlandi e altri contro Italia', in *Rivista di diritti comparati*, 2019, p. 153 ss.

l'obbligo di trascrizione di eventuali matrimoni contratti all'estero. In virtù di un ampio margine di apprezzamento, infatti, la Corte ha ritenuto che l'Italia volesse dissuadere i propri cittadini dal ricorrere ad istituti vietati dall'ordinamento interno e che lo Stato non è tenuto a riconoscere dal punto di vista della Convenzione. Ha ammesso dunque l'interesse legittimo di uno Stato a garantire che le sue prerogative legislative siano rispettate e quindi che le scelte dei governi democraticamente eletti non vengano eluse<sup>1614</sup>.

La Corte è apparsa dunque incapace di cogliere, a differenza di quanto ha fatto la Corte interamericana – come vedremo nel prossimo paragrafo – quanto la formazione di una relazione intima con altri individui, la scelta della sua formalizzazione e la conseguente attribuzione di un determinato status giuridico siano espressione dell'esercizio dell'autonomia personale e costituiscano un aspetto centrale dell'identità personale da tutelare<sup>1615</sup>. Al contrario, poteva essere ragionevole vincolare gli Stati al rispetto del diritto, precedentemente e legittimamente acquisito, della conduzione della vita familiare in una determinata forma, almeno nei casi in cui fosse riconducibile ad una situazione preesistente o perché riconosciuto da un altro Stato<sup>1616</sup>.

## **9. La Corte interamericana e il riconoscimento giuridico di coppie dello stesso sesso**

### *9.1 La tutela di una pluralità di modelli di vita familiare*

Rispetto alla Corte europea dei diritti umani, la Corte interamericana ha adottato un approccio meno deferente nei confronti dell'esistenza di uno standard uniforme da parte degli Stati contraenti circa il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, valorizzando al contrario, ancora una volta, il principio *pro homine* nell'interpretazione dei diritti protetti dalla Convenzione. La posizione della Corte è stata chiaramente articolata nell'Opinione consultiva n. 24 del 2017, cui si è già fatto ampio riferimento<sup>1617</sup>.

---

<sup>1614</sup> Ivi, par. 207.

<sup>1615</sup> A. Tryfonidou, 'EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition', in *Columbia Journal of European Law*, 2015, p. 235.

<sup>1616</sup> G. Fedele, 'La protezione giuridica delle coppie omosessuali nell'ambito europeo', cit., p. 180.

<sup>1617</sup> Corte interamericana dei diritti umani (IACHR), *Opinione consultiva OC-24/17, Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples, State Obligations concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights derived from a Relationship between Same-sex Couples (Interpretation and Scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights, 24 novembre 2017. par. 91 ss.*



In precedenza, l'organo aveva affrontato questioni attinenti la non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale in soli tre casi, che riguardavano rispettivamente i diritti genitoriali di una ricorrente cui era stata tolta la custodia delle figlie<sup>1618</sup>, il diritto a ottenere la pensione di reversibilità in seguito al decesso di un partner dello stesso sesso<sup>1619</sup> e l'esclusione dalle forze armate di un individuo che aveva commesso atti sessuali in una base militare<sup>1620</sup>.

L'assunto di partenza della Corte è che le disposizioni della Convenzione americana che proteggono l'individuo da possibili interferenze dello Stato nella sua vita familiare, ossia l'art. 11, par. 2 e l'art. 17, par. 1<sup>1621</sup> (dedicati rispettivamente alla vita privata e familiare e ai diritti della famiglia) non contengono una definizione di tale nozione<sup>1622</sup>. Dunque, per determinare se il legame affettivo tra una coppia di individui dello stesso sesso potesse essere considerato "famiglia" ai sensi della Convenzione ha ritenuto di dover ricorrere alle regole generali di interpretazione dei trattati partendo dal significato letterale della parola.

Da questo punto di vista, la Corte ha riconosciuto l'importanza cruciale della famiglia come istituzione sociale che ha subito profonde trasformazioni che hanno accompagnato lo sviluppo della società. In particolare, le società contemporanee si sono allontanate dalle nozioni stereotipate sui ruoli che i membri di una famiglia dovrebbero assumere, molto radicati negli Stati della regione al momento della stesura della Convenzione. Inoltre, facendo anche ampio ricorso alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani<sup>1623</sup>, ha evidenziato come la definizione di famiglia non sembri più ristretta alla sua concezione

---

<sup>1618</sup> IACHR, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, Merits, Reparations and Costs, sentenza del 24 febbraio 2012, Serie C n. 238. Per un commento si veda: B. Gianella e M. Wilson, 'LGBTI rights', in J.F. Gonzalez-Bertomeu e R. Gargarella (a cura di), *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and rights*, Routledge, 2016; R. M. Celorio, 'The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women', in *CUNY Law Review*, 2012, p. 355 ss.

<sup>1619</sup> IACHR, *Duque c. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, 26 febbraio 2016, Serie C n. 310.

<sup>1620</sup> IACHR, *Flor Freire c. Ecuador*, Merits, Reparations and Costs, 31 agosto 2016.

<sup>1621</sup> Convenzione americana dei diritti umani, cit., art. 17, par. 1: «La famiglia è l'unità collettiva naturale e fondamentale della società; essa ha diritto alla protezione da parte della società e dello Stato».

<sup>1622</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 174.

<sup>1623</sup> Corte EDU: *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, 22 aprile 1997, par. 36; *Şerife Yiğit c. Turchia*, ricorso n. 3976/05, 2 novembre 2010 par. 96.

tradizionale, dal momento che si è assistito a una moltiplicazione delle possibili relazioni familiari, molte delle quali non sono più necessariamente fondate sul matrimonio<sup>1624</sup>.

Non potendo, dunque, identificare un significato ordinario e una definizione standard del termine famiglia che, come osservato anche da vari organi delle Nazioni Unite, può differire da Stato a Stato<sup>1625</sup>, la Corte ha ritenuto opportuno far ricorso all'interpretazione sistematica dei due articoli in esame, guardando in primo luogo ad altre disposizioni della Convenzione correlate e poi all'intero sistema interamericano di protezione dei diritti umani<sup>1626</sup>.

In particolare, se è vero che il secondo paragrafo dell'art. 17 riconosce espressamente «il diritto di un uomo e di una donna in età matrimoniale di sposarsi e di fondare una famiglia», la Corte ha ritenuto che da tale base non si potesse derivare una definizione restrittiva di matrimonio o famiglia. Tale disposizione, per la Corte, si limita semplicemente a provvedere alla protezione esplicita di uno specifico modello familiare che non per questo deve essere considerato l'unico che trova tutela ai sensi della Convenzione<sup>1627</sup>. Inoltre, guardando agli altri strumenti che costituiscono il sistema interamericano e che contengono disposizioni in materia, gli artt. 5 e 6 della Dichiarazione americana<sup>1628</sup> e l'art. 15 del Protocollo di San Salvador<sup>1629</sup> si riferiscono, in maniera ampia, al diritto di *ciascuno* di formare una famiglia, senza menzionare esplicitamente il sesso o genere dei suoi componenti né indicando un particolare prototipo di famiglia.

---

<sup>1624</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 178. La Corte aveva già da tempo sostenuto che il concetto di famiglia non può essere ridotto al matrimonio e dovrebbe riguardare anche i legami familiari de facto. Si veda in questo senso: IACHR, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, cit., par. 142.

<sup>1625</sup> CEDAW Committee, 'General Recommendation No. 21', *Equality in marriage and family relations*, 1994, par. 13; CRC Committee, 'General Comment No. 7', *Implementing child rights in early childhood*, CRC/C/GC/7/Rev.1, settembre 2006, par. 15-19; Human Rights Committee, 'General Comment No. 19', *Article 23 (The Family)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1990, par. 2, HRC, 'General Comment No. 16', *Article 17 (The right to privacy)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1998, par. 5.

<sup>1626</sup> IACHR, *González e altri c. Messico*, cit., par. 43; *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica*, par. 191; Advisory Opinion OC-22/16, *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System*, 26 febbraio 2016, Serie A n. 22, para. 44

<sup>1627</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 182.

<sup>1628</sup> *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, cit. art. 5: «Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and *family life*»; art. 6: «*Every person* has the right to establish a *family*, the basic element of society, and to receive protection therefore».

<sup>1629</sup> *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador)*, cit., art. 15: «The family is the natural and fundamental element of society and ought to be protected by the State, which should see to the improvement of its spiritual and material conditions. 2. Everyone has the right to form a family, which shall be exercised in accordance with the provisions of the pertinent domestic legislation [...]».

Infine, pur ammettendo che, dato il momento storico in cui la Convenzione americana era stata adottata, nei lavori preparatori non c'era stata alcuna discussione sulle coppie dello stesso sesso e il riconoscimento delle loro relazioni affettive, i trattati sui diritti umani devono essere considerati strumenti viventi<sup>1630</sup>, la cui interpretazione evolve nel tempo. Questo tipo di attività interpretativa, prevista, come più volte ricordato, dall'art. 29 della Convenzione, è in linea con quanto affermato anche dalla Corte internazionale di giustizia che ha stabilito che «where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily ha[d] been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time» e che, in questi casi, «the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning»<sup>1631</sup>.

Se l'oggetto e lo scopo della Convenzione americana è, come è stato abbondantemente sostenuto nella giurisprudenza della Corte, la protezione dei diritti fondamentali dell'essere umano senza discriminazioni e attraverso una costante valorizzazione del principio *pro homine*<sup>1632</sup>, un'interpretazione restrittiva del concetto di famiglia che escluda i legami emotivi tra persone dello stesso sesso dalla protezione della Convenzione ne vanificherebbe lo scopo<sup>1633</sup>. Per la Corte, il concetto di famiglia deve necessariamente essere interpretato in modo ampio e flessibile<sup>1634</sup>, così come i legami affettivi che rientrano nell'ambito di protezione della Convenzione che non possono in alcun modo essere limitati a quella che è la loro concezione tradizionale<sup>1635</sup>.

Pertanto, si può desumere attraverso un'interpretazione evolutiva della Convenzione – e in particolare dagli art. 11 e 17 – l'obbligo degli Stati parti di riconoscere e proteggere

---

<sup>1630</sup> Tale dottrina è stata sviluppata dalla Corte interamericana che si è ispirata alla nozione sviluppata dalla Corte europea dei diritti umani. Nel sistema interamericano la si ritrova per la prima volta in: IACHR, Advisory Opinion OC-16/99, *The Right to Information on Consular Assistance within the Framework of the Guarantees of Due Process of Law*, 14 ottobre 1999, Serie A N. 16, par. 114.

<sup>1631</sup> ICJ, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), 13 luglio 2009, p. 213, par. 64-66.

<sup>1632</sup> Si vedano, a tal proposito, le dichiarazioni fatte dalla Corte nelle seguenti opinioni consultive: Advisory Opinion OC-2/82, cit., par. 29; Advisory Opinion OC-21/14, cit., par. 53, and Advisory Opinion OC-22/16, cit., par. 42.

<sup>1633</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 189.

<sup>1634</sup> La Corte lo aveva già affermato in: IACHR, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, cit. par. 142.

<sup>1635</sup> Del resto la Corte ha sempre tenuto conto nella sua giurisprudenza delle profonde differenze tra gli Stati della regione e ha valorizzato la pluralità di relazioni familiari che negli stessi trovano riconoscimento, inclusa la famiglia poligama. Si vedano: IACHR, *Villagrán Morales et al. c. Guatemala*, cit., par. 68; *Paniagua Morales et al. c. Guatemala*, Reparations and costs, 25 maggio 2001, Serie C No. 76, par. 86; *Loayza Tamayo c. Perù*, Reparations and costs, 27 novembre 1998, Serie C No. 42, par. 92. *Aloeboetoe et al. c. Suriname*, Reparations and costs, 10 settembre 1993, Serie C No. 15, par. 62

i legami familiari tra coppie dello stesso sesso che decidano di intraprendere un percorso di vita insieme. Inoltre, alla luce del principio di non-discriminazione, cristallizzato negli artt. 1, par. 1, e 24 della Convenzione, alle coppie formate da individui dello stesso sesso devono essere riconosciuti non solo i diritti patrimoniali ed economici ma anche tutti i diritti che le leggi nazionali fanno discendere dal vincolo coniugale tra individui appartenenti a coppie eterosessuali<sup>1636</sup>. In tal modo, la Corte ha riconosciuto pari dignità ai legami affettivi di coppie storicamente oppresse e discriminate in Sud America<sup>1637</sup>.

## 9.2 Il diritto umano al matrimonio omosessuale

L'aspetto più innovativo dell'opinione consultiva riguarda sicuramente la risposta alla quinta tra le domande formulate dalla Costa Rica che riguardava la necessità per lo Stato di prevedere un istituto che regolasse lo status giuridico delle coppie omosessuali<sup>1638</sup>.

La Corte ha compiuto un'analisi puntuale della prassi internazionale, in cui ha dato ampio rilievo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, all'attività di alcuni organi delle Nazioni Unite e agli sviluppi che in pochi membri del sistema interamericano hanno condotto al riconoscimento del matrimonio omosessuale<sup>1639</sup>. Va rilevato come si assista ad una forte propensione della Corte a "importare"<sup>1640</sup>, talvolta anche in maniera selettiva, l'interpretazione di diritti umani formulata in sistemi diversi. Questo riflette il supporto che la Corte ha sempre manifestato per un approccio universale alla protezione dei diritti umani ma costituisce senza dubbio anche una tecnica per emanciparsi dal consenso regionale, spesso difficile da raggiungere<sup>1641</sup>.

La Corte ha poi evidenziato come gli Stati della regione abbiano adottato diversi tipi di misure legislative, amministrative e giudiziarie per dare riconoscimento giuridico a tale tipo di unione. A differenza della sua controparte europea, negando esplicitamente la

---

<sup>1636</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 190-200. A queste conclusioni era già giunta in: IACHR, *Duque v. Colombia*, cit., par. 110.

<sup>1637</sup> M. Saez, 'In the Right Direction: Family Diversity in the Inter-American System of Human Rights', in *North Carolina Journal of International Law*, 2019, p. 317.

<sup>1638</sup> Per un commento generale si veda: E. Abrusci, 'The IACtHR Advisory Opinion: One step forward or two steps back for LGBTI rights in Costa Rica?', in *EJIL:Talk*, 27 febbraio 2018.

<sup>1639</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 201-206; *Duque v. Colombia*, cit., par. 113.

<sup>1640</sup> Si veda: G. L. Neuman, 'Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights', in *European journal of international law*, 2008, pp. 101-123.

<sup>1641</sup> D. Giannino, 'Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Court of Human Rights: conventional control and the fight against impunity', in *Transnational Legal Theory*, 2019, pp. 6-29.

rilevanza della tecnica interpretativa del *consensus*, la Corte interamericana ha precisato che la mancanza di uno standard comune tra gli Stati parti del sistema riguardo il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali non può essere considerato un argomento valido per negare o restringere i loro diritti o perpetuare le discriminazioni strutturali che queste minoranze hanno già tradizionalmente sofferto<sup>1642</sup>.

La via più semplice ed efficace per garantire i diritti derivanti dalla relazione tra persone dello stesso sesso è, per la Corte, quella di non creare nuovi istituti giuridici ma di estendere quelli esistenti, incluso il matrimonio. Sulla base del principio *pro homine* contenuto nell'art. 29 della Convenzione, tale estensione sarebbe protetta dagli artt. 11, par., par. 2, e 17 della Convenzione americana.<sup>1643</sup>

Al contrario, la previsione di un trattamento differenziato tra coppie eterosessuali e omosessuali nel modo in cui possono legittimamente formare una famiglia e trovare riconoscimento giuridico non supererebbe il test della non discriminazione poiché, nell'opinione della Corte di San José, non ci sarebbe alcun fine legittimo ai sensi della Convenzione per cui questa distinzione possa essere considerata necessaria e proporzionata<sup>1644</sup>. La Corte ha confutato, infatti, quelli che sono i principali argomenti che negli Stati della regione vengono tradizionalmente usati come giustificazione per negare l'accesso all'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ossia la procreazione e il rispetto per la religione.

In primo luogo, la tesi per cui il fine del matrimonio debba essere la procreazione è stata ritenuta incompatibile con l'art. 17 della Convenzione che è proteso alla protezione della famiglia come realtà sociale<sup>1645</sup>. Del resto, la procreazione non è una caratteristica che definisce una relazione coniugale e il significato della stessa ha conosciuto un'evoluzione nel tempo. In secondo luogo, le convinzioni filosofiche o religiose che si oppongono al riconoscimento del matrimonio omosessuale, sebbene svolgano un ruolo rilevante nella vita di coloro che le professano, non possono essere usate come parametro di convenzionalità e come guida interpretativa per determinare i diritti umani ricavabili

---

<sup>1642</sup> A conclusioni simili era giunta in: ACHR, *Atala Riffó e figlie c. Cile*, cit. par. 92, *Duque c. Colombia*, cit., par. 123; *Flor Freire c. Ecuador*, cit., par. 124.

<sup>1643</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 218.

<sup>1644</sup> *Ivi*, par. 220.

<sup>1645</sup> A tale conclusione era giunta, come richiamato dalla Corte interamericana: Supreme Court of Justice of Mexico, First Chamber, 19 giugno 2015, 1a./J.43/2015.

dalla Convenzione. Nelle società democratiche deve esistere una coesistenza pacifica tra la sfera laica e quella religiosa, il che implica che il ruolo degli Stati e, in particolare della Corte, è «to recognize the sphere inhabited by each of them, and never force one into the sphere of the other»<sup>1646</sup>.

Inoltre, secondo la Corte, non avrebbe senso creare un'istituzione che produce gli stessi effetti e dà luogo agli stessi diritti del matrimonio, ma con un diverso nome, poiché ciò creerebbe una differenza stigmatizzante e sminuirebbe le coppie omosessuali, limitando l'accesso all'istituto a coloro che, secondo lo stereotipo dell'eteronormatività, sono considerati "normali". La Corte ha considerato, dunque, discriminatoria e incompatibile con la Convenzione americana l'esistenza di due tipi di unioni formali distinte per coppie etero e omosessuali perché ciò creerebbe una distinzione basata esclusivamente sull'orientamento sessuale individuale<sup>1647</sup>.

A differenza della sua controparte europea, la Corte interamericana ha fatto derivare dal principio di dignità umana il rispetto per l'autonomia dell'individuo di scegliere con chi vuole entrare in una relazione matrimoniale *de facto* o formale. Questa scelta libera e autonoma è direttamente collegata ad uno degli aspetti più intimi e rilevanti della sua identità e del suo progetto di vita<sup>1648</sup>.

Tuttavia, non andrebbe ignorato il fatto che, nel 2016, solo cinque Stati della regione consentivano matrimoni *same-sex*: Argentina, Brasile, Uruguay, Messico e Colombia. La Corte, però, a tal proposito, si è limitata ad osservare il fatto che alcuni Stati del sistema potrebbero incontrare difficoltà nell'adattare la loro legge interna in modo tale da estendere il diritto di accesso al matrimonio egualitario, un processo che può essere politicamente complesso e richiedere tempo. La Corte ha pertanto intimato a questi Stati di promuovere, in buona fede, le riforme necessarie e, in questa situazione transitoria, di

---

<sup>1646</sup> IACHR, *Opinione consultiva OC-24/17*, cit., par. 223.

<sup>1647</sup> Ivi, par. 224: « Moreover, in the Court's opinion, there would be no sense in creating an institution that produces the same effects and gives rise to the same rights as marriage, but that is not called marriage except to draw attention to same-sex couples by the use of a label that indicates a stigmatizing difference or that, at the very least, belittles them. On that basis, there would be marriage for those who, according to the stereotype of heteronormativity, were considered "normal," while another institution with identical effects but with another name would exist for those considered "abnormal" according to this stereotype. Consequently, the Court deems inadmissible the existence of two types of formal unions to legally constitute the heterosexual and homosexual cohabiting community, because this would create a distinction based on an individual's sexual orientation that would be discriminatory and, therefore, incompatible with the American Convention».

<sup>1648</sup> Ivi, par. 225.

garantire a queste coppie gli stessi diritti derivanti dal matrimonio, in condizioni di parità e uguaglianza rispetto alle coppie eterosessuali<sup>1649</sup>.

La Corte, con un elevato dinamismo e senza tener conto della possibile riluttanza degli Stati della regione, si è dunque limitata a indicare una direzione molto specifica da seguire, andando oltre la richiesta della Costa Rica che non aveva fatto esplicito riferimento al matrimonio ma unicamente, più in generale, allo status giuridico da garantire alle coppie omosessuali. Se, da un lato, la Corte, in quanto primo, e ad oggi unico, tribunale internazionale che abbia riconosciuto il matrimonio omosessuale come un diritto umano protetto dal diritto internazionale, ha promosso, almeno in teoria, un avanzamento dei diritti delle coppie omosessuali nelle Americhe; dall'altro, l'opinione consultiva rappresenta una perfetta illustrazione dell'attivismo della Corte che ha dato luogo a reazioni contrastanti<sup>1650</sup>. Alcuni Stati della regione, tra cui la Costa Rica e l'Ecuador, hanno effettivamente adattato il proprio sistema normativo, introducendo il matrimonio egualitario. Dall'altra parte, la posizione molto proattiva della Corte su una questione così sensibile può rischiare di produrre un contraccolpo dannoso in termini di autorità per la Corte<sup>1651</sup>. Di sicuro, ha polarizzato ancora di più l'opinione pubblica latino-americana, contribuendo, in alcuni casi, a rafforzare le posizioni degli attivisti anti LGBTQ.

## **10. La tutela della vita familiare di coppie omosessuali ad opera delle corti regionali: una sintesi**

Dalla precedente ricostruzione è emerso quanto la tutela della vita familiare delle coppie *same-sex* abbia seguito un percorso tortuoso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. A lungo, infatti, l'orientamento sessuale è stato interpretato come una manifestazione esclusivamente privata della personalità e si è ritenuto che le relazioni tra le coppie dello stesso sesso non potessero essere riconosciute come

---

<sup>1649</sup> Ivi, par. 226-227. Si veda: G. Willems, 'Same-sex marriage as a human rights: How the Strasbourg Court could draw inspiration from the US Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights to affirm marriage equality?', in *Onati Socio-Legal Series*, 2024, pp. 176-212.

<sup>1650</sup> Si veda: N. Carrillo-Santarelli, 'Gender Identity, and Equality and Non-discrimination of Same Sex Couples: Advisory Opinion OC-24/17, in *The American Journal of International Law*, 2018, p. 480; F. Pou Giménez, 'Quo Vadis, Inter-American Court? Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 11 aprile 2018.

<sup>1651</sup> X. Soley e S. Steininger, 'Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights, in *International Journal of Law in Context*, 2018, pp. 237-57.

espressioni di vita familiare. Soltanto un mutamento dei cambiamenti sociali intercorsi all'interno degli Stati parti circa la percezione nei confronti di forme di convivenza affettiva tra individui del medesimo sesso ha permesso alla Corte di riconoscere, nel 2010, l'esistenza di famiglie diverse da quella tradizionale. Tuttavia, allora la mancanza di un *consensus* europeo sulle partnership registrate non aveva consentito alla Corte di derivare dall'art. 8 della Convenzione un obbligo degli Stati contraenti al riconoscimento giuridico dell'unione tra individui dello stesso sesso, negando loro, dal punto di vista sostanziale, la possibilità di fondare una famiglia legalmente riconosciuta laddove la legislazione interna non lo prevedesse.

Si è assistito ad una compressione del margine di apprezzamento statale in materia solo di recente – dal 2016 – sulla base di due fattori. Il primo è che quando sono coinvolti diritti che agiscono su elementi centrali dell'identità dell'individuo – e il riconoscimento giuridico pieno della vita affettiva tra due persone dello stesso sesso può certamente essere qualificato come tale – la discrezionalità statale si riduce. La vita familiare delle coppie omosessuali costituisce infatti un aspetto relazionale primario che incide sulla manifestazione e proiezione esterna della propria identità e che la Corte ha ricondotto anche al concetto di vita sociale privata. Inoltre, la mancanza di riconoscimento verrebbe a creare una discrasia tra la realtà sociale e quella giuridica. In secondo luogo, e questo è stato il fattore decisivo, la Corte ha fatto ampiamente ricorso alla tecnica del consenso, dal momento che il riconoscimento legale delle coppie omosessuali è ormai previsto da oltre 30 Stati.

Pertanto, ogni Stato parte è tenuto prevedere un quadro normativo che consenta alle coppie omosessuali di accedere al riconoscimento della propria unione. Ciò che rimane nella discrezionalità degli Stati contraenti è invece la scelta sulla forma di registrazione ritenuta appropriata a seconda del contesto socioculturale di riferimento, purché sia in grado di assicurare una forma di protezione adeguata. Pertanto, proprio in virtù dell'assenza di un *common ground* tra i paesi europei, la Corte ha escluso che dalla Convenzione possa derivare l'obbligo di estendere il matrimonio, istituto profondamente radicato nelle tradizioni culturali e sociali dei singoli Stati, alle coppie *same-sex*.

Al contrario, la Corte interamericana ha adottato un approccio meno deferente nei confronti dell'esistenza di uno standard uniforme da parte degli Stati contraenti, valorizzando ancora una volta il principio *pro homine* nell'interpretazione dei diritti



protetti dalla Convenzione. Ciò le ha permesso di ricavare dagli art. 11 (il diritto alla vita familiare) e 17 (i diritti della famiglia) l'obbligo degli Stati di estendere l'istituto del matrimonio, così come tutti i diritti tradizionalmente conferiti ai coniugi, anche alle coppie omosessuali. Sulla base del principio di non discriminazione, infatti, un trattamento differenziato tra coppie di sesso diverso e uguale sarebbe incompatibile con la Convenzione.



## CONCLUSIONI

L'analisi condotta in questo studio ha permesso di tracciare l'evoluzione della protezione dell'identità nel diritto internazionale e di evidenziarne luci e ombre e le differenze in termini di tutela che si sono registrate a seconda del *profilo* dell'identità preso in considerazione e del *regime di tutela* dei diritti umani esaminato.

Dalla ricerca effettuata è possibile, infatti, concludere che i tribunali internazionali che garantiscono la corretta interpretazione ed attuazione dei trattati sui diritti umani ne hanno assicurato la protezione in maniera non sistematica, ma frammentata. Non è emersa una nozione unica di identità né, tantomeno, è stato sviluppato un unico standard di protezione. Se ciò è ascrivibile al fatto che l'identità, di per sé, è un concetto complesso e polisemico, ha svolto un ruolo anche la difformità dei contesti sociali e culturali che caratterizzano le società nelle quali i tribunali operano. Questi, infatti, si sono confrontati con diverse istanze di riconoscimento che li hanno portati ad elaborare risposte diverse alle rivendicazioni identitarie avanzate, di volta in volta, dai ricorrenti.

Le tre dimensioni dell'identità considerate – culturale, biologica e di genere – sono emerse progressivamente, in differenti momenti storici e, alla luce dello studio svolto, è possibile constatare che, in generale, in ognuno di questi ambiti, si è assistito ad una graduale espansione della tutela dell'identità, seppur attraverso differenti strumenti e incontrando, nella protezione, limiti diversi. Da queste prime considerazioni circa la mancanza di una tutela uniforme dell'identità deriva la decisione di strutturare le conclusioni del lavoro ripercorrendo prima le modalità attraverso cui si è articolata la protezione e gli strumenti utilizzati, per poi cercare di desumere delle considerazioni trasversali sulle tecniche interpretative utilizzate e, infine, sulla concezione di identità prevalente.

### **1. L'origine della tutela dell'identità nel diritto internazionale come risposta al “problema” delle minoranze in Europa**

Le prime rudimentali norme poste a tutela dell'identità sul piano dell'ordinamento internazionale sono state adottate per rispondere al bisogno di protezione delle minoranze da parte delle principali Potenze europee a partire dalla fine del XVII secolo. Tuttavia, un vero e proprio sistema di protezione dell'identità delle minoranze, e – in parte –

dell'individuo in quanto membro di un gruppo minoritario, è stato creato alla fine della Prima guerra mondiale. Com'è stato messo in luce, tale regime, anch'esso informato da esigenze di salvaguardia della sicurezza e dell'equilibrio politico europeo, ha costituito non solo il primo passo verso la protezione dell'identità sul piano internazionale ma ha anche offerto un modello di riferimento che ha influenzato, almeno parzialmente, la posteriore elaborazione dei sistemi pattizi di tutela dei diritti umani e le successive forme di protezione dell'identità culturale.

Si trattava, infatti, come ricostruito, di una complessa rete di trattati in cui le Potenze alleate e associate imponevano agli Stati sconfitti o di nuova formazione l'assunzione di obblighi di protezione nei confronti delle minoranze stanziato nei propri territori. Se la principale debolezza del regime, che ne ha decretato la fine, risiedeva nella natura non reciproca degli obblighi, ciò non ha impedito di dar vita ad un sistema basato su due pilastri che, ancor oggi, costituisce le fondamenta della protezione internazionale dell'identità culturale delle minoranze e dei loro membri. I trattati minoritari contenevano, infatti, obblighi degli Stati volti a realizzare, da un lato, il principio di non discriminazione e, dall'altro, la tutela dell'identità separata dei gruppi minoritari e, dunque, la protezione della cultura, delle tradizioni, della lingua di tali collettività. Beneficiari dei relativi diritti, a seguito dell'attuazione dei trattati negli ordinamenti interni, dovevano essere, in alcuni casi, i singoli membri dei gruppi e, in altri, le minoranze stesse. Tale sistema, inoltre, prevedendo la garanzia internazionale della SdN sull'attuazione dei trattati minoritari da parte dei firmatari, ha aperto, per la prima volta, una breccia nella struttura granitica della sovranità statale. Infine, la previsione, fortemente innovativa, di un diritto di petizione dei singoli membri delle minoranze al Consiglio della SdN, ha contribuito a creare, almeno dal punto di vista teorico, un meccanismo particolarmente idoneo a difendere le caratteristiche identitarie di tali gruppi.

Anche il ruolo svolto dalla CPGI con i suoi pareri ha contribuito a plasmare la concezione moderna del diritto internazionale delle minoranze e della tutela della loro identità. La CPGI ha chiarito infatti che l'esistenza di una minoranza è una questione di fatto e non di diritto che prescinde, dunque, dal riconoscimento dello Stato ospitante. Quest'interpretazione è stata fatta propria anche dal Comitato dei diritti umani e dalla Corte europea dei diritti umani. Inoltre, ha fornito la definizione di minoranza che è ancora oggi quella prevalente nel diritto internazionale, nella quale emerge chiaramente

la dimensione identitaria. È proprio per questo che la CPGI ha ribadito che gli Stati non solo hanno l'obbligo (negativo) di non tenere condotte discriminatorie nei confronti di gruppi minoritari, ma sono anche tenuti ad adottare misure positive per tutelarne l'identità specifica.

Lo studio ha poi individuato nella fine della Seconda guerra mondiale un momento di svolta. Nel secondo dopoguerra, proseguendo un lento e progressivo processo di limitazione dei poteri statali a beneficio dell'affermazione di diritti individuali che aveva avuto inizio più di due secoli prima, gli Stati hanno assunto obblighi internazionali aventi ad oggetto il riconoscimento, il rispetto e la progressiva affermazione di diritti individuali indipendentemente da qualsiasi appartenenza ad un gruppo. Questo fattore, insieme anche alla circostanza che le minoranze nazionali non costituivano più in quell'epoca un fattore di tensione negli equilibri europei, ha segnato una battuta d'arresto nella tutela dell'identità delle minoranze nel diritto internazionale e si è ritenuta superflua l'adozione di misure protettive speciali per gruppi minoritari. La tutela delle minoranze nazionali e dell'identità dei loro membri non ha conosciuto dunque nessun ulteriore sviluppo nell'epoca dell'adozione dei trattati internazionali a tutela dei diritti umani, passando in secondo piano rispetto all'interesse degli Stati di valorizzare la dimensione individuale dei diritti umani, che questi si impegnavano a proteggere.

## **2. La protezione dell'identità culturale di gruppi minoritari e dei loro membri:**

### *a) nei trattati sui diritti umani promossi dalle Nazioni Unite*

L'inserimento dell'art. 27 nel Patto sui diritti civili e politici, ossia di una disposizione specifica volta a tutelare l'identità culturale, religiosa e linguistica dei membri delle minoranze ha posto fine a questa fase di stallo. Va ricordato che tale previsione è stata fortemente osteggiata durante i negoziati, poiché ritenuta contraria ai processi statali di assimilazione interna. Ciò spiega i limiti della sua formulazione e testimonia come la tutela dell'identità nel diritto internazionale abbia conosciuto espansioni o compressioni a seconda della sua coincidenza o meno con le esigenze ritenute prevalenti dalla Stati. In quest'ottica, si spiega, ad esempio, anche l'espunzione del genocidio culturale dalla

Convenzione del 1948 che ha determinato l'impossibilità di perseguire come atti di genocidio condotte volte a distruggere l'identità culturale dei gruppi protetti.

Nonostante tali premesse, l'attività interpretativa del Comitato dei diritti umani – cui si è allineato anche il Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – ha reso tale disposizione un pilastro per la protezione dell'identità culturale delle minoranze e dei loro membri. È stato chiarito che l'appartenenza del singolo ad un gruppo minoritario o ad un popolo indigeno e, dunque, la tutela accordata alla sua identità culturale, non dipendono dal riconoscimento formale da parte della legislazione nazionale dell'esistenza di una minoranza, ma devono basarsi su una commistione di elementi soggettivi e oggettivi che dimostrino che l'autoidentificazione del singolo come membro di un gruppo minoritario trovi una conferma nel dato fattuale.

Se i beneficiari della disposizione sono i singoli individui, è stata valorizzata la “dimensione collettiva” del diritto all'identità, il cui esercizio effettivo richiede, come prerequisito necessario, il supporto dello Stato affinché sia garantita la sopravvivenza della cultura, della lingua e della religione delle minoranze. Infatti, pur trattandosi di diritti indiscutibilmente individuali, il loro esercizio è subordinato alla possibilità che il gruppo in quanto tale mantenga la propria cultura e, pertanto, possono essere legittimamente compressi se a dover essere preservata è l'identità del gruppo.

Inoltre, è importante rilevare che il concetto di cultura – come del resto è stato fatto in questo lavoro – è stato interpretato in senso ampio dal Comitato, prediligendo una concezione antropologica che pone l'accento sulla sua dimensione identitaria. Il Comitato ha ricostruito l'obbligo degli Stati di proteggere i membri di gruppi minoritari da attività, pubbliche e private, che interferiscano con il loro stile di vita tradizionale perché questo definisce per l'appartenente ad una minoranza la propria identità culturale. Sono state così protette le attività economiche tradizionali nella misura in cui costituivano una fonte vitale di sostentamento per il gruppo, erano radicate nel tempo ed era dimostrato un legame tra le stesse e la cultura della minoranza. Inoltre, da tale disposizione è stato derivato anche l'obbligo degli Stati di garantire ai membri di gruppi minoritari l'effettiva partecipazione alle decisioni che li riguardano, escludendo una violazione qualora gli stessi siano stati consultati ed abbiano espresso un consenso libero ed informato nella decisione che ha portato ad adottare la misura che interferisce con il loro diritto.

## *2.1 Segue: b) nei trattati regionali di tutela dei diritti umani*

Anche a livello regionale, le vicende che per prime hanno fatto sorgere richieste di protezione dell'identità hanno riguardato minoranze o singoli appartenenti a tali gruppi. La Corte europea dei diritti umani e la Corte interamericana si sono confrontate con due Convenzioni che, non contenendo disposizioni specifiche volte a tutelare l'identità delle minoranze, erano in apparenza mal equipaggiate ad affrontare tale sfida. Cionondimeno, sono riuscite a garantire una protezione significativa dell'identità dei gruppi minoritari della regione e dei loro membri, interpretando in maniera evolutiva le rispettive Convenzioni.

### *2.1.1 La protezione dell'identità culturale ad opera della Corte europea dei diritti umani*

Dall'analisi condotta è possibile concludere che la giurisprudenza della Corte europea non sia stata sempre coerente in relazione alla protezione dell'identità e che il grado di protezione accordato sia variato sensibilmente a seconda della dimensione identitaria in gioco.

È significativo sottolineare come, per ragioni storiche, legate alla dissoluzione del blocco sovietico e all'adesione dei nuovi paesi dell'Europa orientale al Consiglio d'Europa, il problema della tutela dell'identità delle minoranze si sia posto, prima di tutto, a partire dai primi anni '90, in relazione alla difesa della libertà di associazione di enti rappresentativi dei gruppi minoritari: partiti politici, associazioni culturali e comunità religiose. In questi casi, è venuta in rilievo la *dimensione collettiva* della difesa dell'identità minoritaria che è avvenuta per il tramite dell'art. 11 della Convenzione. L'idea di base è che non possa esserci democrazia senza *pluralismo*, che, a sua volta, non può prescindere dalla partecipazione delle minoranze nei processi politico-sociali e dal riconoscimento di comunità religiose minoritarie autonome. In queste controversie, la libertà associativa dei gruppi minoritari è stata tutelata dalle indebite ingerenze delle autorità statali che possono giustificare la dissoluzione di enti rappresentativi, invocando questioni di sicurezza, soltanto in presenza di motivazioni particolarmente gravi, come l'incitamento alla violenza o il rifiuto dei principi democratici. Il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati è risultato, infatti, sensibilmente ristretto. Inoltre,

accanto ad obblighi negativi di astensione, sono stati delineati anche alcuni obblighi positivi degli Stati volti alla promozione del pluralismo culturale.

Più problematica è apparsa invece la protezione dell'identità religiosa dei *singoli membri* dei gruppi minoritari, quando a venire in rilievo è stato il diritto di manifestare la propria religione attraverso l'uso di simboli religiosi. Le controversie analizzate hanno mostrato come la Corte, nel rispetto di una particolare interpretazione del principio di *neutralità e laicità* dello Stato, abbia finito per escludere l'espressione delle differenze religiose dei gruppi minoritari nella sfera pubblica, relegandole in una dimensione puramente privata. Indossare il velo islamico è stato infatti spesso interpretato come un atto ostentativo che, a causa della sua forte valenza simbolica e identitaria, poteva costituire una fonte di pressione e di esclusione e una minaccia all'identità secolare europea. In materia di libertà religiosa, in mancanza di un *consensus* europeo, la Corte ha riconosciuto agli Stati parti un ampio margine di apprezzamento. Tuttavia, in tal modo, si rischia di sprofondare in un pluralismo selettivo che impone alle minoranze di rinunciare a simboli esteriori della propria identità religiosa e di conformarsi alle convenzioni della maggioranza, rimuovendo, attraverso il velo, la possibile tensione che si crea nella società e cancellando nella dimensione pubblica le differenze religiose di cui i membri appartenenti a gruppi minoritari sono portatori.

Infine, la Corte ha tutelato una terza dimensione dell'identità dei membri di gruppi minoritari, l'identità etnica, attraverso il diritto al rispetto della vita privata che ha consentito di salvaguardare gli stili di vita tradizionali e il diritto all'autoidentificazione etnica. In relazione al primo aspetto, la Corte ha sostenuto che, per tutelare effettivamente l'identità etnica dei ricorrenti, la vita privata e familiare deve poter essere condotta in accordo con le proprie tradizioni culturali. A fronte dell'emersione progressiva di un *consensus* europeo a favore del riconoscimento dei bisogni specifici dei gruppi minoritari e di un obbligo alla tutela della loro identità, sicurezza e stile di vita, dall'art. 8 è stato ricostruito l'obbligo positivo per gli Stati di facilitare lo stile di vita tradizionale di una minoranza vulnerabile. Ciò, tuttavia, non ha condotto la Corte ad affermare l'esistenza di un obbligo per lo Stato di adottare tutte le misure necessarie affinché i membri delle minoranze possano realmente vivere in accordo alle proprie tradizioni culturali. Al contrario, la Corte ha ritenuto esistente un obbligo di natura meramente procedurale, per cui è sufficiente che lo Stato abbia preso in considerazione le peculiarità dello stile di vita



del gruppo minoritario nella formulazione delle proprie politiche e nei processi decisionali.

Nell'evoluzione della giurisprudenza in materia, la Corte ha riconosciuto che l'ampiezza effettiva del margine di apprezzamento degli Stati dovrà essere valutata caso per caso, con particolare attenzione all'estensione dell'intrusione nella sfera personale del ricorrente. Quando sono in gioco caratteristiche centrali per la costruzione dell'identità dell'individuo, come la protezione del suo stile di vita tradizionale connesso all'identità etnica, infatti, la Corte ha ritenuto che la discrezionalità statale debba essere necessariamente ridotta. Nel bilanciare i diritti degli appartenenti a gruppi minoritari con l'interesse pubblico vanno prese in considerazione le caratteristiche dei gruppi, collettivamente intesi, cui appartengono i ricorrenti, la loro natura eventuale di minoranze svantaggiate e vulnerabili e la loro identità separata da quella della maggioranza della popolazione.

Infine, ancora da chiarire risultano i contorni del diritto all'autodefinizione etnica, ricostruito anch'esso in via interpretativa dall'art. 8. La Corte ha articolato chiaramente la dimensione negativa del diritto: un'identità minoritaria non può essere imposta dall'esterno dallo Stato e a ciascun individuo deve essere garantito il diritto di scegliere, in maniera completamente libera, di uscire dal gruppo. Per quanto riguarda la dimensione positiva del diritto, la disciplina internazionale richiede che l'autoidentificazione di un individuo come membro di un gruppo minoritario sulla base di elementi soggettivi sia corroborata da elementi oggettivi che stabiliscano un nesso verificabile con la minoranza alla quale si dichiara di appartenere. La Corte, però, si è allontanata da questo modello, a favore di un'autoidentificazione soggettiva pura, basata su percezioni personali, che presenta delle insidie. La completa retrocessione di elementi oggettivi, oltre a non essere allineata a quanto previsto a livello internazionale, è potenzialmente dannosa perché rischia di indebolire la protezione delle minoranze, favorendo scelte arbitrarie di autoidentificazione che siano completamente scisse da qualsiasi legame di etnia, cultura o lingua con il gruppo minoritario stesso.

Accanto all'interpretazione evolutiva di queste tre disposizioni, la Corte ha perseguito – allineandosi al modello della struttura a due pilastri – la tutela dell'identità degli appartenenti a gruppi minoritari anche attraverso l'obbligo di non discriminazione sulla base della razza o dell'origine etnica, che sono stati considerati due “motivi sospetti” di

discriminazione. Pertanto, condotte statali che appaiono motivate da un intento discriminatorio fondato su tali motivi richiedono una vigilanza speciale, comportano un restringimento del margine di apprezzamento e non possono mai giustificarsi in una società democratica fondata sul pluralismo. Inoltre, in casi di discriminazione indiretta, la Corte ha ricostruito obblighi di trattamento differenziato che garantiscano pari opportunità ai membri di gruppi minoritari tradizionalmente svantaggiati e vulnerabili. In queste controversie, rileva soprattutto la *dimensione collettiva* della tutela dell'identità poiché l'impatto sproporzionato di misure apparentemente neutrali su particolari gruppi tende ad essere correlato alle specifiche circostanze in cui gli stessi versano.

### *2.1.2 La Corte interamericana e la protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni*

L'esperienza storica e culturale delle Americhe ha fatto sì che, in questo contesto, l'esigenza di protezione delle specificità culturali dei gruppi minoritari sia sorta in relazione a popoli indigeni e tribali. Attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di "persona" ai sensi della Convenzione, questa è stata estesa dai singoli membri ai popoli indigeni nel loro complesso che, proprio in quanto portatori di un particolare stile di vita e di un'identità propria, sono stati considerati titolari di diritti corrispondenti agli obblighi assunti dagli Stati concludendo la Convenzione americana. Si tratta di una delle poche manifestazioni, nel diritto internazionale, di *tutela diretta dell'identità collettiva* di gruppi. Questo elemento distingue nettamente il processo di tutela dell'identità realizzatosi nel sistema interamericano di protezione dei diritti umani da quello europeo.

Tenendo a mente, sullo sfondo, questa fondamentale distinzione, va poi anche aggiunto che la Corte interamericana ha protetto l'identità culturale attraverso il ricorso a disposizioni pattizie differenti. Il fondamento della tutela dell'identità dei gruppi minoritari nel sistema interamericano è da rinvenire nel riconoscimento che, per garantire loro il pieno esercizio e godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione, non si possono ignorare le caratteristiche distintive che differenziano i popoli indigeni dagli altri segmenti della popolazione e ne costituiscono l'identità culturale. La tutela della stessa è passata dunque, prima di tutto, attraverso la protezione offerta dall'art. 21 della Convenzione americana, che regola il diritto di proprietà, visto il legame quasi spirituale che lega tali gruppi alle terre ancestrali. Il diritto di proprietà è stato interpretato alla luce della visione del mondo tipica della tradizione indigena, divenendo un mezzo efficace di

protezione dell'identità dei gruppi, atto a ricomprendere non soltanto il diritto alla proprietà collettiva delle terre ancestrali – categoria estranea alla tradizione giuridica occidentale – ma anche gli elementi immateriali e, quindi, culturali che derivano dalla relazione tra popoli e terra. Garantire il diritto dei membri dei popoli indigeni alla proprietà comunitaria *ex art. 21* ha permesso di tutelare le tradizioni, i costumi, le lingue, le arti, i rituali e il rapporto di interconnessione con la Natura di tali popoli.

Accanto alla valorizzazione della dimensione culturale del diritto di proprietà, il diritto all'identità culturale è divenuto uno strumento alla luce del quale interpretare altri obblighi previsti dalla Convenzione: in particolare quello di garantire il godimento del diritto alla vita (dignitosa) e il divieto di trattamento inumano. Inoltre, sia pure in misura minore rispetto alla Corte europea dei diritti umani, anche nella giurisprudenza della Corte di San José, il rispetto dell'identità culturale costituisce un valore democratico, correlato al rispetto del pluralismo. In quest'ottica, sono stati articolati, ai sensi dell'art. 23 della Convenzione, il diritto dei popoli indigeni alla partecipazione politica e al processo decisionale e l'obbligo degli Stati di consultarli nell'adozione di misure che hanno un impatto sulle proprie terre. Entrambi, come abbiamo visto, devono essere garantiti in conformità ai valori, usi, costumi e forme di organizzazione dei nativi. Per la Corte, in conclusione, l'identità culturale è un diritto fondamentale di carattere collettivo il cui rispetto funge anche da presupposto di un reale pluralismo che in una prospettiva interculturale non può prescindere dall'inclusione dei gruppi tradizionalmente marginalizzati, come i popoli indigeni.

Infine, lo sviluppo più recente, che ha visto ricavare il diritto all'identità culturale dai diritti economici, sociali e culturali protetti dall'art. 26 della Convenzione, non deve essere letto in contrapposizione alla giurisprudenza precedente. Nonostante un cambiamento nell'ermeneutica del diritto, il suo contenuto sostanziale è rimasto pressoché invariato. Inoltre, non si deve sottostimare il fatto che derivare il diritto all'identità culturale direttamente dall'art. 26 significa ampliarne potenzialmente la titolarità dai soli popoli indigeni a diversi gruppi minoritari e singoli individui.

### **3. La protezione dell'identità biologica**

La tutela dell'identità nel diritto internazionale ha avuto origine e si è sviluppata in risposta alle esigenze di salvaguardia dell'identità culturale, religiosa ed etnica delle

minoranze e dei loro membri. Tuttavia, la ricerca condotta ha permesso di evidenziare come l'ambito di protezione si sia progressivamente esteso, sganciandosi dai gruppi minoritari e dalla sola identità culturale, per investire nuove declinazioni, caratterizzate tutte da un *rilievo puramente individuale*, tra cui l'identità biologica e di genere. Queste nuove sfere di interesse evidenziano l'adattabilità del diritto internazionale a rispondere alle mutevoli esigenze di protezione dell'identità a livello globale. In particolar modo, la crescita di rilevanza dell'identità biologica, a partire dalla fine degli anni '90 e con un forte impulso nel decennio successivo, è stata favorita dai progressi della genetica – che hanno reso più agevole la formale identificazione dei genitori biologici – e dallo sviluppo delle nuove tecniche riproduttive che ha moltiplicato la platea dei possibili beneficiari del diritto a conoscere i genitori biologici, imponendo la necessità di una disciplina.

Sul piano internazionale, il *diritto a conoscere i propri genitori* ha trovato una tutela specifica nell'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Il relativo Comitato ha interpretato in senso ampio la nozione di genitori in modo da ricompredervi non solo quelli sociali o legali ma tutti gli individui che hanno una connessione biologica o gestazionale con il minore. Inoltre, per rendere effettivo tale diritto, il Comitato ha ricostruito l'obbligo degli Stati parti di creare un sistema che registri e custodisca le informazioni sull'identità biologica da disvelare al minore una volta che siano stati raggiunti un'età e un grado di sviluppo appropriati. Subordinare il rilascio di tali dati all'ottenimento del consenso da parte dei genitori sociali e al raggiungimento della maggiore età è considerato in contrasto con la Convenzione. Vige infatti la presunzione per cui l'accesso alle informazioni sulle proprie origini sia, salvo rare eccezioni, nell'interesse superiore del minore che è titolare di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione e, secondo le proprie capacità evolutive, può esercitarli progressivamente. Il Comitato ha ritenuto non compatibili con la Convenzione i parti anonimi, la pratica delle *baby boxes* e le donazioni anonime di gameti, ritenendo sempre prevalente il diritto del minore rispetto i possibili interessi, all'anonimato o alla privacy, dei genitori genetici.

Di diversa ampiezza è risultata invece la protezione accordata al diritto a conoscere le proprie origini nel sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani. Quando la Convenzione è stata elaborata, non era ancora emersa una sensibilità tale da condurre alla previsione di un diritto autonomo alla conoscenza delle proprie origini biologiche. Per cui, nel momento in cui tale esigenza è maturata, la Corte è stata costretta a ricostruirlo

dal diritto al rispetto della vita privata che comporta *ab origine* la necessità di operare un maggiore sforzo di bilanciamento, poiché si tratta di una previsione che, di per sé, ammette limitazioni al godimento dei diritti.

La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto a conoscere le proprie origini è apparsa coerente nel garantire, per il tramite dell'art. 8, una solida tutela del diritto all'identità, considerato un aspetto cruciale della vita privata, un "interesse vitale", che non decresce con l'età. La Corte ha riconosciuto la rilevanza di due aspetti che concorrono a determinare l'interesse dei ricorrenti: quello della "ricostruzione", ossia accertare informazioni di cui il soggetto non dispone e che sono centrali per la formazione e lo sviluppo della sua personalità; e l'aspetto del "riconoscimento", ossia l'interesse ad ottenere la validazione giuridica di un fatto, di una "verità" – per usare la terminologia della Corte – che attiene alla propria identità: il riconoscimento da parte dello Stato che una determinata persona sia il proprio genitore biologico. Il rispetto della vita privata esige, dunque, che ogni individuo debba poter essere in grado di ricostruire i dettagli della propria identità in quanto essere umano e che le autorità non possano negare le informazioni rilevanti, senza una giustificazione specifica. Queste devono includere l'identità dei propri genitori biologici e le circostanze della propria nascita.

Nonostante la Corte abbia riconosciuto un ruolo così importante al diritto di conoscere le proprie origini biologiche, non è giunta a sacrificare l'interesse della madre all'anonimato. Infatti, nel caso delle nascite anonime, a differenza di quanto sostenuto dal Comitato per i diritti dell'infanzia, ha ritenuto che il diritto a conoscere le proprie origini debba essere bilanciato con il diritto alla tutela della vita privata della madre. Tuttavia, quest'ultimo non può in alcun caso impedire il disvelamento di informazioni non identificative sui genitori biologici e sulle circostanze della propria nascita. È poi ritenuta opportuna la previsione di meccanismi che consentano di verificare nel tempo se permane il desiderio di anonimato della madre o se possa essere rimossa la confidenzialità, in modo tale da contemperare al meglio gli interessi in gioco.

Infine, nei casi inerenti alla maternità surrogata – analizzati poiché anche il riconoscimento dello *status filiationis* può essere considerato un elemento centrale nella formazione e nello sviluppo dell'identità personale –, la Corte ha risposto in maniera differenziata all'interrogativo circa la sussistenza, ex art. 8, dell'obbligo degli Stati parti di riconoscere la parentela giuridica stabilita all'estero – in violazione della legislazione

nazionale – a seconda dell'esistenza di un legame genetico con il padre intenzionale, con la madre intenzionale e in assenza di connessione biologica.

Nella prima ipotesi, la Corte ha rilevato che, in linea di principio, in tema di maternità surrogata, su cui manca un consenso europeo e che solleva delicate questioni etiche, dovrebbe essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati sia riguardo la decisione se autorizzare o meno tale pratica, ma anche circa il riconoscimento del rapporto tra il minore e gli aspiranti genitori. Tuttavia, quando è in gioco un aspetto centrale per l'identità dell'individuo, il margine di apprezzamento deve essere ridotto. Il mancato accertamento *de iure* da parte delle autorità del legame di filiazione tra il nato all'estero, da accordo di maternità surrogata, e il padre biologico mina, per la Corte, l'identità del minore, sotto un duplice profilo. Da un lato, crea incertezza circa l'acquisizione della cittadinanza, che costituisce un elemento identitario essenziale. Inoltre, si ripercuote sul diritto del minore a stabilire aspetti sostanziali della propria identità, ponendosi in contrasto con il suo interesse superiore. La Corte ha inoltre sottolineato che, quando uno dei genitori committenti è anche il padre biologico, il caso assume una «dimensione speciale» che deriva proprio dall'importanza della parentela biologica come componente dell'identità. Grava dunque sugli Stati parti l'obbligo di riconoscere in quei casi lo status di figlio, provvedendo all'immediata trascrizione del certificato di nascita straniero.

Nel secondo caso, quando cioè viene in rilievo il rapporto di filiazione con la madre intenzionale priva di connessione biologica, la Corte EDU ha ritenuto che l'impossibilità assoluta di ottenere una forma di riconoscimento sia da ritenersi in contrasto con il superiore interesse del minore. Quest'ultimo sarebbe posto infatti in una situazione di incertezza giuridica riguardo la sua identità nella società. In tal modo è stato riconosciuto, almeno parzialmente, il fatto che nel processo di costruzione dell'identità personale assumono rilievo non solo gli aspetti connessi alla verità biologica ma anche le dimensioni relazionali e affettive. Tuttavia, non esistendo alcun *consensus* europeo sul punto, la scelta dei mezzi atti a garantire tale riconoscimento ricade nel margine di discrezionalità degli Stati. In presenza di un vincolo genetico con il solo padre, il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, lungi dal dover essere automatico, può essere differito nel tempo. Spetta, infatti, alle autorità nazionali determinare se e quando tale rapporto sia diventato nei fatti una realtà e consentire

l'adozione del figlio del coniuge da parte della madre committente. Tra l'altro, questa è la strada da percorrere, per la Corte, anche in presenza di un legame biologico con la madre.

Infine, in assenza di un legame genetico con entrambi i genitori intenzionali, nonostante la definizione dello *status filiationis* continui a costituire un elemento centrale per la definizione dell'identità del minore, questo aspetto viene lasciato sullo sfondo. In questi casi, la Corte ha riconosciuto che il diritto al rispetto della vita privata può essere influenzato dal mancato riconoscimento dello *status filiationis* anche quando questo è determinato soltanto dal legame affettivo tra un adulto e un bambino. Tuttavia, fatta questa premessa, la Corte ha rilevato l'esistenza di un ampio margine di discrezionalità dello Stato nella definizione di chi debba essere considerato "genitore" perché la questione riguarda questioni eticamente delicate, in cui la Corte non vuole sostituirsi allo Stato. In questi casi, la Corte ha sacrificato il riconoscimento dello status familiare creato all'estero, facendolo dipendere esclusivamente dall'esistenza del legame biologico.

#### **4. La tutela dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale**

L'ultima dimensione oggetto d'esame è stata quella relativa alla tutela dell'identità di genere degli individui *gender-variant* che si è realizzata – parzialmente – solo in tempi molto recenti.

Nel diritto internazionale, la categoria del genere è stata costruita in origine in maniera dicotomica e, almeno in una prima fase, anche gerarchica. Maschile e femminile sono state considerate a lungo le uniche forme in cui il genere potesse declinarsi e la donna è stata rappresentata, almeno in alcuni settori, tra cui il diritto umanitario, come oggetto di protezione e, dunque, come categoria subordinata. L'adozione della Carta delle Nazioni Unite e l'affermazione del divieto di discriminazioni basate sul sesso, ribadito poi in numerosi trattati internazionali, hanno poi sfidato, almeno dal punto di vista formale, l'esistenza di una gerarchia tra i generi. Tuttavia, il binarismo è rimasto un caposaldo incontrastato del diritto internazionale. La CEDAW, se da un lato ha reiterato il dualismo di genere, dall'altro è stato, invece, il primo strumento internazionale ad avviare una riflessione sulla dimensione sociale del genere, quale costruito culturale. Grazie alla teoria giuridica femminista, dalla metà degli anni '90, il linguaggio di "genere" è progressivamente penetrato nel lessico del diritto internazionale e si è affermata la

distinzione tra sesso, come caratteristica biologica, e genere, come insieme di ruoli, attitudini e valori, socialmente costruiti e associati a uomini e donne.

Tuttavia, è stato solo con l'approvazione nel 2007 dei Principi di Yogyakarta sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, che le violazioni dei diritti dei soggetti dall'identità di genere non conforme hanno cominciato ad assumere rilevanza a livello internazionale. Tale documento non vincolante, ha avuto, com'è stato dimostrato, grande influenza nel diritto internazionale soprattutto nell'attività degli organi delle Nazioni Unite e dalla Corte interamericana. Due sono gli aspetti che meritano di essere sottolineati. Il primo è che i Principi hanno riconosciuto che sesso e genere sono categorie che coinvolgono identità multiple e che interessano trasversalmente ogni essere umano. Il secondo è la valorizzazione della non necessaria corrispondenza tra l'apparenza corporea, il sesso assegnato alla nascita e l'identità di genere, da cui discende, come conseguenza, il fatto che qualsiasi modifica dei caratteri sessuali debba essere liberamente scelta e non possa essere frutto di un'imposizione. I Principi sono stati, dunque, promotori di un modello cd. "elettivo", cioè basato sulla preminenza dell'autodeterminazione dell'individuo in relazione alla definizione e registrazione della propria identità di genere. Sugli Stati graverebbe l'obbligo di assumere tutte le misure necessarie per rispettare e riconoscere, dal punto di vista giuridico, l'identità di genere autodefinita da ogni individuo, garantendo l'esistenza di procedure, efficienti e non discriminatorie, in base alle quali tutti i documenti rilasciati riflettano l'identità di genere autodeterminata.

Diversi organi delle Nazioni Unite, dal Relatore speciale sulla tortura al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, dal Comitato dei diritti umani all'Esperto indipendente per l'orientamento sessuale e l'identità di genere si sono allineati con questa posizione e hanno ricostruito l'obbligo degli Stati di non subordinare il processo di riconoscimento legale del genere a requisiti quali interventi chirurgici irreversibili, terapie ormonali, diagnosi mediche o perizie psicologiche, che violano il diritto all'integrità fisica, all'autodeterminazione dell'individuo, ledono la dignità umana e possono configurare persino atti di tortura.

A livello regionale, la Corte europea, invece, sembra ancora legittimare un modello parzialmente ascrittivo dell'identità di genere, che non si basa cioè sulla sola autodeterminazione dell'individuo. Nella sua giurisprudenza sono state individuate diverse fasi che corrispondono comunque ad una progressiva estensione della tutela



dell'identità di genere. Nella prima, si è assistito ad una totale negazione delle richieste dei ricorrenti, tutti transessuali operati, di ottenere che il genere d'elezione fosse trascritto nei registri di stato civile. Dalla fine degli anni '80 ai primi anni '2000, è stato riconosciuto, infatti, un ampio margine di apprezzamento agli Stati, in virtù dell'assenza di un *consensus* europeo in questo settore, in cui il diritto era considerato ancora in una fase di transizione.

La Corte ha reiterato questa posizione anche quando ormai, a metà degli anni '90, le legislazioni degli Stati del Consiglio d'Europa sembravano convergere sul riconoscimento del genere post-operatorio. Ciò può trovare una parziale spiegazione nel fatto che, quando ad essere sottoposta ad esame è una questione sociale particolarmente controversa, anche qualora ci sia un *consensus* emergente in un settore del diritto, questo, per la Corte, non restringe automaticamente il margine di apprezzamento.

Del resto, quando la Corte EDU ha riconosciuto un vero e proprio obbligo degli Stati di garantire il riconoscimento legale del genere nel 2002, il *consensus* europeo non poteva ritenersi mutato in maniera rilevante rispetto ai casi immediatamente antecedenti, né il discostamento dal precedente trovava fondamento nelle particolari circostanze del caso che erano in linea con i precedenti. Per rendere concreti ed effettivi i valori tutelati dalla Convenzione, il ragionamento della Corte ha puntato invece sulla valorizzazione della dignità umana e della libertà dell'individuo. Ha ritenuto che una garanzia effettiva dell'art. 8 non potesse prescindere dal rispetto del principio dell'autonomia personale che ingloba al proprio interno la tutela della sfera privata di ogni individuo, incluso il diritto di stabilire dettagli della propria identità, tra cui l'identità di genere. Tuttavia, il potenziale trasformativo di questo punto di svolta nella giurisprudenza della Corte è stato limitato dal fatto che la stessa ha ritenuto che ricadesse invece nel margine di apprezzamento dello Stato la decisione circa le modalità e i criteri ritenuti più opportuni cui subordinare il riconoscimento del genere d'elezione. In tal modo, molti Stati parti hanno potuto mantenere requisiti stringenti e talvolta lesivi della dignità umana per potervi accedere.

Nella terza e ultima fase individuata, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sull'identità di genere degli individui transgender, ritenendo che, in quanto elemento essenziale dell'identità personale, la sua tutela ricade pienamente nell'ambito di operatività del diritto al rispetto della vita privata indipendentemente dal fatto i soggetti interessati desiderino o meno sottoporsi al trattamento di rettificazione sessuale.

Condizionare il riconoscimento legale del genere alla sterilizzazione o alla modifica dei caratteri sessuali mediante operazione chirurgica è stato giudicato incompatibile con la Convenzione poiché pone l'individuo di fronte ad un "dilemma impossibile". Laddove il sacrificio della fertilità sia posto come preconditione del riconoscimento della propria identità, non può essere ritenuto volontario e consensuale ed è quindi contrario al rispetto della vita privata, dell'integrità fisica, della dignità umana e della libertà personale. L'art. 8 vieta, infatti, la compromissione involontaria delle capacità procreative.

Tuttavia, la Corte ha continuato a manifestare un approccio deferente nei confronti di altri requisiti medici, come le diagnosi psichiatriche e le perizie anche invasive, rafforzando la rappresentazione delle identità trans come patologiche. La Corte ha riconosciuto che affrontare la questione dell'identità di genere inquadrando il transessualismo come un disordine psicologico e una malattia contribuisce alla stigmatizzazione delle persone transgender; tuttavia, ha ritenuto che gli Stati, in questo frangente, godano di un ampio margine di apprezzamento in mancanza di un consenso europeo sul punto, elemento che, invece, non era risultato determinante nella valutazione dell'ampiezza dello stesso riguardo la sterilizzazione. La Corte, dunque, è ancora lontana dall'avallare un modello puramente elettivo. Al contrario, accetta che l'identità trans debba essere valutata nella sua autenticità e determinata da terzi: lo Stato con il supporto di psichiatri.

La Corte interamericana ha riconosciuto, invece, un ampio spettro di identità che sfuggono alla comprensione dualistica del sesso. La Corte ha rinvenuto negli artt. 7 (il diritto alla libertà personale), 11 (il diritto al rispetto della vita privata), 13 (libertà di espressione) e 18 (diritto al nome) della Convenzione il fondamento dell'obbligo degli Stati di riconoscere l'identità legale del genere autodeterminato dagli individui *gender-variant*. L'identità di genere è stata interpretata infatti come una questione di scelta individuale, basata sulla libera e autonoma percezione di ogni individuo e dunque su fattori soggettivi e non su caratteristiche fisiche o morfologiche. In particolar modo, la Corte, adottando un modello puramente elettivo, ha ricostruito l'obbligo degli Stati parti del sistema interamericano di tutela dei diritti umani di prevedere una procedura volta alla rettifica completa degli indicatori di genere sui documenti ufficiali per conformarsi all'identità percepita dal richiedente. Tale procedura deve essere confidenziale, tempestiva, per quanto possibile gratuita e preferibilmente amministrativa. Inoltre, è

richiesto che si basi esclusivamente sul consenso libero e informato del richiedente senza che siano previsti requisiti che, basandosi sul presupposto che avere un'identità che differisce dal sesso registrato alla nascita sia una patologia, contribuiscano a perpetrare i pregiudizi e gli stereotipi associati alla costruzione binaria dei generi maschile e femminile. La Corte ha assunto dunque una posizione all'avanguardia rispetto alla protezione finora accordata dal diritto internazionale dei diritti umani al riconoscimento legale del genere, allontanandosi persino dal modello psichiatrico del riconoscimento del genere e operando una completa depatologizzazione delle identità trans.

Per quanto riguarda la tutela della dimensione relazionale dell'orientamento sessuale, ossia della protezione della vita familiare di coppie *same-sex*, la Corte europea ritenendo tale aspetto centrale nella definizione dell'identità personale ha stabilito l'obbligo degli Stati di stabilire un quadro normativo che consenta il riconoscimento giuridico dell'unione, rimanendo nella discrezionalità degli Stati la scelta circa l'istituto e i diritti che ne derivano. L'assenza di *consensus* europeo in materia e la sensibilità della questione hanno infatti portato l'organo ad escludere che derivi dalla Convenzione l'obbligo di prevedere il matrimonio egualitario. A questa diversa conclusione è giunta invece la Corte interamericana attraverso un'interpretazione particolarmente estensiva della relativo testo convenzionale.

## **5. Tecniche interpretative**

Come è emerso nella ricostruzione, nei sistemi regionali di tutela dei diritti umani mancavano disposizioni *ad hoc* dedicate alla tutela dell'identità individuale o collettiva nelle diverse dimensioni che sono state oggetto di analisi. Questa lacuna normativa non ha però impedito una protezione crescente e, in fin dei conti, tutto sommato efficace, grazie all'interpretazione estensiva delle rispettive Convenzioni, tanto da far ritenere non necessaria l'eventuale introduzione di nuove disposizioni espressamente dedicate alla protezione dell'identità. L'attività ermeneutica delle due Corti considerate ha però presentato delle differenze significative che vanno evidenziare.

Per quanto riguarda il sistema interamericano, la Corte di San Josè ha fatto costante ricorso al principio *pro homine* e, attraverso un sistema di *cross-fertilization*, ha esteso il contenuto delle disposizioni della Convenzione alla luce di un ampio quadro di strumenti di *hard* e *soft law*. In particolar modo in relazione alla tutela dell'identità culturale, tali

tecniche interpretative le hanno consentito di tenere in considerazione altri strumenti internazionali riguardanti i popoli indigeni e, persino, il diritto consuetudinario indigeno, dando vita ad una compenetrazione tra ordinamenti normativi eterogenei. Il diritto all'identità culturale, che non a caso è stato definito come un "diritto matrice", ha costituito dunque uno strumento interpretativo alla luce del quale ricostruire gli obblighi degli Stati nei confronti dei popoli indigeni. In questo modo, la Corte ha realizzato un approccio interculturale che parte dal riconoscimento delle diversità culturali dei popoli indigeni e reinterpreta il catalogo di diritti incluso nella Convenzione attraverso questa particolare lente, al fine di garantire non solo la sopravvivenza di tali gruppi come popoli e la tutela della loro identità culturale, ma anche di favorire il dialogo tra culture distinte e il pluralismo che consente l'interazione tra gruppi diversi, posti su un piano di effettiva parità.

Anche il costante utilizzo dell'interpretazione sistemica *ex* articolo 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e del divieto di interpretazione restrittiva ai sensi dell'articolo 29, lett. b), della Convenzione americana hanno permesso alla Corte di interpretare la Convenzione alla luce della legislazione nazionale degli Stati di volta in volta convenuti in giudizio e delle norme pattizie cui gli Stati parti erano vincolati, arrivando ad estendere il suo ambito di applicazione originario e a ricavare, in via interpretativa, diritti ai quali la Convenzione non fa espreso riferimento, come, ad esempio, l'identità di genere. Ed è stata proprio l'applicazione degli strumenti interamericani, utilizzando come quadro interpretativo rilevante il «*corpus juris* of international human rights law», che ha favorito la protezione dell'identità, attraverso quella che è stata definita un'ermeneutica aperta della Corte, capace di estendere la portata dei diritti tutelati dalla Convenzione.

Per quanto riguarda la Corte europea dei diritti umani, lo studio svolto permette di concludere che, nella tutela dell'identità individuale e collettiva, centrali sono state le considerazioni della Corte sulle possibili ricadute in termini di rispetto del pluralismo. La tutela dell'identità ha, infatti, conosciuto espansioni o compressioni a seconda del fatto che fosse funzionale o, al contrario, in contrasto con i valori sui quali si fonda la Convenzione e che definiscono l'ordine pubblico convenzionale. Si è assistito dunque ad una tensione tra tutela dell'identità individuale e collettiva dei ricorrenti e salvaguardia

dell'identità della Convenzione stessa e degli ordinamenti della maggioranza degli Stati parti.

Così, ad esempio, nella giurisprudenza sull'identità culturale ed etnica delle minoranze e degli individui appartenenti a gruppi minoritari il valore del pluralismo, ossia del confronto fra differenti gruppi, considerato caposaldo del sistema democratico – l'unico modello politico ritenuto compatibile con la Convenzione –, è l'elemento che la Corte ha utilizzato per limitare la libertà degli Stati nella definizione di politiche nazionali che potevano avere un impatto sulle minoranze, i loro membri e gli enti rappresentativi dei gruppi minoritari. Il principio guida che ha orientato la Corte di Strasburgo è stato proprio la valorizzazione e il rispetto del pluralismo, riconosciuto quale valore fondante la Convenzione, costruita sul riconoscimento e il rispetto per le differenti identità, culturali, religiose ed etniche, delle minoranze. Per la Corte, vi è una correlazione diretta tra democrazia e pluralismo che, a sua volta, impone il riconoscimento della partecipazione delle minoranze alla vita pubblica. Soltanto favorendo le condizioni che rendono possibile, in una società democratica, l'espressione delle diverse identità nazionali ed etniche, l'adozione di politiche che garantiscano una reale e piena uguaglianza per l'intera popolazione, nonché le condizioni necessarie per lo sviluppo di tutte le diverse tradizioni culturali è possibile costruire, per la Corte, l'interazione armoniosa dei diversi gruppi, necessaria per il raggiungimento della coesione sociale, nel rispetto per «diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities».

L'unica eccezione è rappresentata dalla protezione dell'identità delle minoranze religiose nella giurisprudenza sui simboli religiosi. In questo caso, infatti, si è imposta alla Corte la necessità di difendere un altro valore identitario degli Stati convenuti in giudizio, ma anche della maggioranza delle Parti contraenti la CEDU, quello della laicità e della neutralità dello Stato e, più in generale, dell'identità secolare europea. La nozione di pluralismo, dunque, è stata interpretata diversamente dalla Corte in relazione all'art. 9 sulla libertà religiosa. In questi casi, è proprio il rispetto del pluralismo che legittima la compressione del pluralismo religioso, le cui manifestazioni vengono, nei fatti, eliminate.

Fatta salva quest'eccezione, il valore del pluralismo in questa giurisprudenza viene usato a tutela dell'identità e comporta una restrizione del margine di apprezzamento degli Stati. Al contrario, nella giurisprudenza sull'identità biologica (ma anche in quella sull'identità di genere e l'orientamento sessuale), è stato proprio il pluralismo, sotto la

veste del necessario confronto democratico fra differenti opinioni su temi aventi un forte risvolto etico, ad essere utilizzato dalla Corte per autorizzare gli Stati a limitare la protezione da garantire ad alcune dimensioni dell'identità. Infatti, la Corte ha usato la dottrina del margine di apprezzamento – cioè la libertà degli Stati di decidere come regolare una certa materia, attraverso processi democratici nazionali partecipati e plurali, nei quali tutte le differenti opinioni si confrontano – per limitare la protezione offerta all'identità in cause riguardanti questioni eticamente e moralmente molto sensibili.

Vi sono stati casi, però, nei quali l'identità in sé e per sé è stata reputata così centrale da non poter essere sacrificata. L'obbligo degli Stati al rispetto della vita privata è divenuto lo strumento principale attraverso il quale vi è stata un'espansione della protezione dell'identità a livello regionale europeo. Se alcuni aspetti del diritto al rispetto della propria vita privata possono essere considerati periferici, mentre altri ne costituiscono l'«inner core», il diritto all'identità, condizione essenziale per il diritto all'autonomia e allo sviluppo, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha finito per costituire il nucleo duro del diritto al rispetto della vita privata. Ciò ha portato in diversi casi riguardanti l'identità biologica ad una riduzione del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati e alla conduzione di uno scrutinio particolarmente rigoroso per soppesare gli interessi confliggenti che possono interferire con lo stesso.

In questi casi, la Corte ha rinunciato a difendere il metodo del confronto democratico e, quindi, anche al pluralismo quale base per produrre, negli ordinamenti delle parti contraenti, atti normativi partecipati, laddove, attraverso la tecnica del *consensus*, ha condannato gli Stati per la mancata adozione di una determinata normativa a protezione dell'identità dei ricorrenti, che invece è vigente in altri Stati parti. In tali controversie, dunque, l'esigenza di tutelare l'identità ha spinto la Corte ad adottare una tecnica di lavoro, il *consensus*, che da una parte, nel singolo caso, ha condotto ad una maggiore tutela dei diritti individuali e dell'identità, ma, dall'altra, non è pienamente in linea con il metodo democratico di produzione delle leggi e finisce per sacrificare i valori stessi sui quali si fonda l'ordine pubblico convenzionale.

## **6. Quale concezione di identità?**

Rispetto alla teoria essenzialista e post-strutturalista – richiamate nell'introduzione – che hanno dominato il dibattito filosofico-giuridico in tema di identità, le azioni legali

che hanno avuto luogo davanti ai tribunali internazionali hanno portato all'emersione di un tipo di protezione, almeno in parte, divergente e che riflette la tendenza delle Corti regionali ad elaborare una nozione di identità più vicina all'una o all'altra concezione. È rilevante indagare, a conclusione di questa ricerca, come i tribunali internazionali abbiano articolato la nozione di identità nelle sue diverse declinazioni poiché il rischio è che queste, in alcuni casi, possano sostenere una sorta di "vocabolario dell'identità" che potrebbe imbrigliare i futuri ricorrenti in categorie dai confini rigidamente fissati o escluderli dalla protezione, qualora non presentino le caratteristiche ritenute centrali o immutabili di una determinata identità.

Tra la Corte interamericana e la Corte europea dei diritti umani, la Corte di San José è apparsa, in questo studio, l'organo maggiormente in grado di proteggere identità mutevoli e plurali come definite dalla teoria post-strutturalista, grazie alla valorizzazione della libertà di autodefinizione individuale. Ciò è emerso in relazione sia all'identità culturale che all'identità di genere. Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha infatti abbracciato una visione dinamica della cultura, ritenendo che si costruisca gradualmente e modelli le strutture sociali, la spiritualità e l'esistenza dei popoli indigeni. È riuscita a tutelare, dunque, l'identità valorizzando le differenze culturali intrinseche dei popoli indigeni, senza cadere in una visione stereotipata dell'identità di tali gruppi, ma, al contrario, reinterpretando il catalogo dei diritti convenzionali alla luce della visione del mondo ctonia. Anche per quanto riguarda l'identità di genere, le categorie del sesso e genere sono state entrambe spogliate del determinismo biologico, la Corte ha riconosciuto la contingenza del sistema binario e ha aperto alla protezione di identità, come quella intersessuale, tradizionalmente escluse dalla protezione perché non riconducibili alle categorie del maschile o del femminile.

La Corte interamericana, dunque, su più fronti ha valorizzato la primazia dell'autodeterminazione individuale ed affermato l'obbligo degli Stati di garantire che siano i singoli individui a definire legittimamente e in maniera completamente autonoma gli attributi che li identificano e che costituiscono l'essenza della loro personalità come soggetti di diritto. Gli aspetti più rilevanti e intimi dell'identità di un individuo sono strettamente correlati alla dignità della persona e fanno parte, per la Corte, del cosiddetto "progetto di vita" individuale. Quest'ultimo è connesso, a sua volta, all'autonomia personale e al pieno sviluppo della personalità. Lo sviluppo dell'identità e del piano di

vita autodeterminati appaiono dunque centrali nell'interpretazione, ad opera del tribunale, delle disposizioni della Convenzione. Il concetto di "progetto di vita" è, infatti, nell'ermeneutica della Corte, affine a quello di realizzazione personale, che a sua volta si basa sulle opzioni che un individuo può avere per condurre la propria vita. L'eliminazione o la limitazione di tali opzioni è considerato dalla Corte la perdita di un bene prezioso che la stessa non può ignorare.

Ciò fa sì che l'organo, quando ha avuto a che fare con aspetti riguardanti l'identità del singolo o l'identità collettiva dei popoli indigeni, ha effettuato sempre una valutazione multidimensionale della situazione dei ricorrenti, imponendo agli Stati di garantire agli individui la possibilità di esprimere la propria personalità e rivendicare la propria identità e di vivere secondo le proprie concezioni e convinzioni intime in ogni momento, senza alcuna coercizione. La Corte è rifuggita sempre da visioni essenzialiste e stereotipate dei ricorrenti, ha ignorato e respinto, per sua stessa ammissione, «qualsiasi concezione di natura astratta relativa alla persona umana» a favore di un approccio pragmatico e complesso che tiene conto dell'identità autodeterminata e auto-percepita dei ricorrenti e delle loro particolarità culturali.

D'altro canto, l'analisi condotta sulla giurisprudenza della Corte europea ha evidenziato come la l'organo abbia risentito fortemente, almeno in una prima fase, di una concezione essenzialista dell'identità, in tutte le dimensioni considerate, poi superata progressivamente e solo parzialmente. Un ragionamento di tipo essenzialista era chiaramente in atto nelle prime sentenze riguardanti il velo islamico e l'identità etnica dei membri della minoranza rom. Nei primi casi esaminati, infatti, il simbolo religioso veniva considerato di per sé inconciliabile con i principi di uguaglianza di genere e non discriminazione, mentre lo stile di vita dei ricorrenti rom era ridotto ad un unico tratto reputato rilevante: il nomadismo. Una singola e determinata pratica culturale era interpretata come caratteristica necessariamente distintiva e nucleo immutabile dell'identità del gruppo di appartenenza.

Ciò si era tradotto in una rappresentazione problematica delle donne musulmane e dell'identità rom e in una tutela parziale dell'identità culturale dei ricorrenti, laddove non aderivano alle caratteristiche fissate dalla Corte. In particolare, nella giurisprudenza sulla libertà di manifestare il credo religioso, le ricorrenti erano rimaste sullo sfondo nelle valutazioni del tribunale circa la compatibilità con la Convenzione delle restrizioni statali,



mentre il velo, in quanto simbolo identitario capace di costituire una minaccia al principio di laicità, era stato posto al centro del discorso. Inoltre, l'estromissione di fatto della loro posizione specifica, aveva fatto sì che nel bilanciamento non venissero prese in considerazione le particolari circostanze del caso, tra cui l'assenza di una finalità di proselitismo o il pregiudizio cagionato dal divieto dell'uso del simbolo religioso. Il risultato era stata la rinuncia ad effettuare un bilanciamento effettivo, basato sulle circostanze specifiche del caso concreto a favore di quello che è stato definito in dottrina un *categorical balancing test*.

Nella giurisprudenza sul diritto a conoscere le proprie origini, l'identità è stata rappresentata come un'essenza, una verità iscritta nell'individuo e la relazione tra identità, verità ed essenza biologica è divenuto uno dei temi ricorrenti nelle sentenze della Corte, una tendenza, questa, presente, come visto, anche nei casi riguardanti l'identità di genere. Le informazioni sulle proprie origini, infatti, hanno implicazioni rilevanti circa la formazione della propria identità personale e, consentono, per la Corte, di scoprire la "verità biologica" sulla propria personalità. La Corte ha usato, in questi casi, il termine identità in quella che è stata definita «a fully biologicistic way», ritenendo la paternità biologica il nucleo centrale nella formazione dell'identità, un fattore che determina l'individuo come essere umano. Il tribunale ha sottolineato che il diritto non può che riconoscere la verità biologica. La salvaguardia esclusiva dei legami genetici nella giurisprudenza della Corte EDU sulla maternità surrogata e il continuo ricorso, da parte della Corte, al concetto di *biological truth* rischia però di ignorare il rilievo che possono avere i rapporti non genetici, ad esempio quelli con i genitori intenzionali, e che non riconoscerli viola l'interesse superiore del minore, minandone l'identità.

Anche nella giurisprudenza sull'identità di genere, la Corte europea, almeno in una prima fase, si è fatta interprete del pensiero essenzialista, finendo per convalidare la visione del sesso propria del determinismo biologico. La Corte indirettamente ha ribadito e legittimato l'idea del fondamento biologico del sesso concepito come verità organica che risiede nel corpo, non passibile di modifica. Ciò che rilevava per la determinazione a fini giuridici del genere di un soggetto erano le qualità biologiche la cui individuazione poteva avvenire esclusivamente al momento della nascita e che non potevano essere realmente mutate, neppure nel caso in cui si ricorresse a strumenti medici e chirurgici. È stato totalmente compresso lo spazio per l'autodeterminazione individuale. La visione

essenzialista del genere è stata poi progressivamente superata attraverso il riconoscimento dell'obbligo degli Stati al riconoscimento legale del genere che, com'è stato stabilito nei casi più recenti, non può essere più subordinato ad una normalizzazione dei corpi trans. Stabilire il contrasto con la Convenzione della sterilizzazione o dell'intervento chirurgico obbligatorio ha decretato il venir meno della possibilità per gli Stati del Consiglio d'Europa di imporre per legge la congruenza attesa tra identità di genere e organi sessuali. Tuttavia, la Corte, come già ricordato, è ancora lontana dal legittimare un modello che sia basato esclusivamente sulla autodeterminazione individuale e continua ad operare una parziale patologizzazione delle identità trans.

# BIBLIOGRAFIA

## MONOGRAFIE:

Abtahi H., P. Webb, *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, London, 2008.

Aci Monfosca E., *Le minoranze nazionali contemplate dagli atti internazionali*, Vallecchi, Firenze, 1929.

Alston P., *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, 1994.

Ambrus M., *Enforcement Mechanisms of the Racial Equality Directive and Minority Protection: Theory and Four Case Studies*, Eleven, 2010.

Ammaturo F.R., *European Sexual Citizenship, Human Rights, Bodies and Identities*, Palgrave Macmillan, Londra, 2017.

Anaya A.J., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2004.

Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2001.

Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2002.

Bagley H., *General Principles and Problems in the Protection of Minorities: A Political Study*, Georg Geneve, Imprimeries populaires, 1950.

Bainham A., *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Hart, 1999.

Balogh A., *La protection internationale des minorités*, Les éditions internationales, Parigi, 1930.

Barth F., *Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Difference*, Little Brown, Boston, 1969.

Bartole S., P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012.

Behrens P., R. Henham, *Elements of Genocide*, Routledge, 2013.

Besson S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

Blauwhoff R., *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study of Children's Rights to Know their Genetics Origins*, Intersentia, Cambridge, 2009.

Bokatola I.O., *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruylant, 1992.

B. I. Bonafè, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Butler J., *Bodies that Matter: on the Discursive Limits of Sex*, Routledge, New York, 1993.

Butler J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 2007.

Butler J., *Undoing Gender*, Routledge, New York, 2004.

- Cannizzaro E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000.
- Capotorti F. Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, par. 97
- Cassese A., *Il controllo internazionale, Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1971.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Cassese A., Micaela Frulli (a cura di), *Diritto internazionale*, Il Mulino, 2021.
- Castellino J., *International Law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2000.
- Cavaglieri A., *L'intervento nella sua definizione giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1913.
- Chaumont M., *La concurrence des victimes: génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte, 1997.
- Claude I.L., *National Minorities-An International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955.
- Clavero B., *Genocide or Ethnocide, 1933-2007, How to make, unmake, and remake law with words*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- Cook R., S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- Currah P., R. M. Juang, Shannon Price Minter, *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, 2006.
- de Azcarate P., *League of Nations and National Minorities-An Experiment*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1945.
- De Torres U. *The Inter-American Court of Human-Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- De Visscher C., *The Stabilization of Europe*, University of Chicago Press, Chicago 1924.
- Dei Sabelli L., *Nazioni e minoranze etniche*, Zanichelli, Bologna, 1929.
- Del Vecchio A., *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, Bari, 2009.
- Dely A., *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to be Heard*, Brill, Leiden, 2018.
- Detrick S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, M. Nijhof, Leiden, 1999.
- Detrick S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1992.
- Doe N., *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Duparc F., *La protection des minorités de race, de langue et de religion. Étude de droit des gens*, Dalloz, Parigi, 1922.
- Eisenberg A., *Reasons of Identity: A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*, Oxford University Press, 2009.
- Elver H., *The Headscarf Controversy. Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, 2012.

- Ermacora F., 'The Protection of Minorities before the United Nations', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 182, 1983.
- Fabbricotti A., *La protezione delle minoranze nel diritto internazionale, Attualità del tema tra corsi e ricorsi storici*, Gruppo editoriale Tab, Roma, 2022.
- Feinberg N., 'La pétition en droit international', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1932.
- Feinberg N., La jurisdiction et la jurisprudence de la Court permanente de Justice internationale en matière de mandats et de minorités, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 59, 1937.
- Fenet A., G. Soulier, *Minorités, État et société*, in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, Parigi, 1989.
- Ferri M., *Dalla Partecipazione all'identità, L'evoluzione della tutela internazionale dei diritti culturali*, Vita e Pensiero, 2015.
- Fink C. *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Focarelli C., *La persona umana nel diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- Foucault M., *Herculine Barbin, Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century French Hermaphrodite*, Vintage Book Edition, 2010.
- Foucault M., *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977 by Michel Foucault*, Colin Gordon, 1980.
- Gerards J.H., *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Martinus Nijhoff, 2005.
- Glaser S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970.
- Gonzales G., *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris Economica, 1997.
- Gonzalez-Salzberg D. e L. Hodson, *Research Methods for International Human Rights Law: Beyond the Traditional Paradigm*, Routledge, 2021.
- Gonzalez-Salzberg D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights, A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2021.
- Hall D.E., *Queer Theories*, Palgrave, 2002.
- Harris D., M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009.
- Hennebel L., H. Tigroudja, *The American Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Henrard K., *Devising an Adequate System of Minority Protection, Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, The Hague Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- Heri C., *Responsive Human Rights, Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Hart, Oxford, 2021.
- Hobza A., 'Questions de droit international concernant les religions', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1924.

- Hodgkin R., P. Newell, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 2002.
- Hunter Miller D., *The Drafting of the Covenant*, New York, Putnam's Sons, 1928.
- Hurst M., *Key Treaties for the Great Powers, 1814-1914*, David and Charles, Exeter, 1972.
- Hutton C., *The tyranny of ordinary meaning: Corbett v Corbett and the invention of legal sex*, Springer, 2019.
- Israel F.L., *Major Peace Treaties of Modern History, 1648-1967*, New York, Chelsea House Publishers, 1967.
- Jackson Preece J., *National Minorities and the European Nation-States System*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Jagose A., *Queer Theory: An Introduction*, New York University Press, 1997.
- Jenkins R., *Rethinking Identity*, Sage publications, Los Angeles, 2008.
- Joseph S., *The International Covenant on Civil and Political Rights - Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Keller H., A. Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Kennedy D., *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2005.
- Kilkelly U., *Children's Rights: Law, Policy and Practice*, Tottel Publication, Haywards Heath, 2008.
- Kosofsky Sedgwick E., *Epistemology of the Closet*, Penguin Books, Londra, 1990.
- Künzli J., W. Kalin, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- La Rosa R., *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Lador Lederer J., *International Group Protection, Aims and Methods in Human Rights*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1968.
- Lannung H., *The Rights of Minorities, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne, Mélanges offerts à Polys Modinos*, Parigi, Pédone, 1968.
- Laponce J.A., *The Protection of Minorities*, University of California Press, Berkley, 1960.
- Lauterpacht H., *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945.
- LeBlanc L.J., *The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995.
- Legg A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Lemkin R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.

- Lemkin R., *Total Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*, edito da Danna-Lee Freze, Yale University Press, 2013.
- Lenzerini F., *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Leotta C.D., *Il genocidio nel diritto penale internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.
- Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Macartney C.A., *National States and National Minorities*, Oxford University Press, Londra, 1934.
- MacDonald A., *The Rights of the Child: Law and Practice*, Jordan Publishing, London, 2011.
- MacKinnon C.A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1988.
- Marcelli F., *I diritti dei popoli indigeni*, Aracne, Roma, 2009.
- Marshall J., *Personal Freedom Through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol 98, Martinus Nijhoff, 2009.
- Massad J., *Desiring Arabs*, University of Chicago Press, 2008.
- Medina C., *The American Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016.
- Meijknecht A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 2001.
- Modeen T., *The International Protection of National Minorities in Europe*, Abo Akademi, 1969.
- Möller K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Monteiro de Matos M., *Indigenous Land Rights in the Inter-American System, Substantive and Procedural Law*, Brill, Leiden, 2021.
- Nardocci C., *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, 2016.
- Nelkin D., S. Lindee, *The DNA Mystique. The Gene as a Cultural Icon*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004.
- Nović E., *The Concept of Cultural Genocide, An International Law Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Nowak M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, Engel, Arlington, 2005.
- O'Donovan K., *Sexual Division in Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1985.
- Oppenheim L., *International Law. A treatise, Vol. I, Peace*, edito da H. Lauterpacht, Longmans, Londra, 1955.
- Palmisano A.L., P. Pustorino, *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni Iila, Roma, 2008.
- Parekh B., *A New Politics of Identity. Political Principles for an Interdependent World*, New York, 2008.

- Pentassuglia G., *Minorités en droit international*, Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasburgo, 2004, p. 78.
- Peratoner A., *Le minoranze nazionali 1919-1939: la mobilitazione della società civile internazionale*, Studium, Roma, 2008.
- Pisillo Mazzeschi R., *Diritto internazionale dei diritti umani*, Teoria e Prassi, Giappichelli Editore, 2020.
- Postan E., *Embodied Narratives, Protecting Identity Interest through Ethical Governance of Bioinformation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- Potter B., 'L'intervention en droit international', in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 32, 1930.
- Rainey B., E. Wicks, C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Reydellet R., *La protection des minorités. État du problème. Ses possibilités d'évolution*, Librairie technique et économique, Parigi, 1938.
- Ringelheim J., *Diversité culturelle et droits de l'homme: La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, EUI, 2006.
- Rougier A., *La théorie de l'intervention d'humanité*, (edizione originale 1910), Hachette/BnF, 2016.
- Rousseau C., *Droit international public*, Recueil Sirey, Parigi, 1953.
- Ruggiu I., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.
- Russel R., J. Muther, *A History of the United Nations Charter, The Role of the United States, 1940-1945*, Brookings Institution, Washington, 1958.
- Salas R., *Ética Intercultural: (re)lecturas del pensamiento latino-americano*, Santiago, UCSH, 2003.
- Salas R., J. J. Faundes, *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*, Lima Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018.
- Samson C.J., *Indigenous Peoples Rights: Anthropology and the Right to Culture*, Routledge, 2009.
- Schabas W., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
- Schabas W.A., *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Sharpe A., *Foucault's Monsters and the Challenge of the Law*, Routledge-Cavendish, 2016.
- Sharpe A., *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2002.
- Simone P., *La tutela internazionale delle minoranze nella sua evoluzione storica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002.
- Stamatopoulou E., *Cultural Rights in International Law - Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2007.
- Stone J., *International Guarantees of Minority Rights, Procedures of the Council of the League of Nation in Theory and in Practice*, Londra, Oxford University Press 1932.



Stoyanova V., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford Academic, Oxford, Oxford, 2023.

Stryker S., S. Whittle, *The Transgender Studies Reader*, Routledge, 2006.

Sullivan N., *A Critical Introduction to Queer Theory*, New York University Press, 2003.

Tancredi A., *La secessione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2001.

Taylor P.M., *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge University Press, 2020.

Thornberry P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002.

Thornberry P., *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1991.

Toscano M., *Le minoranze di razza, lingua e religione nel diritto internazionale*, Torino, CEDAM, 1931.

Toscano M., *Natura e fondamento giuridico delle decisioni del Consiglio della Società delle Nazioni in materia di procedure delle minoranze*, Studi Pavia, 1932.

Van Drooghenbroeck S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001.

Verdoodt J. *Influence des structures ethniques et linguistiques des pays membres des Nations Unies sur la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1969.

Villari L., *La protezione delle minoranze*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1925.

Warner M., *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, 2000.

Webster C., *The Congress of Vienna: 1814-1815*, G. Bell & Sons Ltd., Londra, 1950.

Wilchins R., *Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender*, Riverdale Avenue Books, 1997.

Yourow H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

Yourow H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

## **CONTRIBUTI IN OPERE COLLETTANEE:**

Aarbakke V., 'The Identity Question Regarding the Macedonian Nation and Minorities: The Conflicting Views of its Neighbours and the Implications for North Macedonia's Path Towards the EU', in B. Ferreira Costa (a cura di), *Challenges and Barriers to the European Union Expansion to the Balkan Region*, IGI Global, 2021.

Adrian M., 'The Principled Slope: Religious Freedom and the European Court of Human Rights', in E. Fokas, & J. T. Richardson (a cura di), *The European Court of Human Rights and Minority Religions: Messages Generated and Messages Received*, Abingdon, Routledge, 2018.

Alston P., 'The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights', in Micheal Freeman (a cura di), *Children's Rights: Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Anagnostou D., 'The Strasbourg Court, Democracy and the Protection of Marginalised Individuals and Minorities', in D. Anagnostou and E. Psychogiopoulou (a cura di), *The European Court of Human Rights*

*and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

Andorno R., 'Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics', in *Journal of Medical Philosophy*, Vol. 34, 2009.

Andorno R., 'The Relevance of Human Rights for Dealing with the Challenges Posed by Genetics', in A. von Arnould (a cura di), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020.

Antkowiak T. 'Social, Economic and Cultural Rights, The Inter-American Court at a Crossroads', in O. Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

Ast F., 'Indirect Discrimination as a Means of Protecting Pluralism: Challenges and Limits', in F. Ast (a cura di), *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralist Society*, Council of Europe Publishing, 2009.

Besson S., 'La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme', in L. Burgorgue-Larsen (a cura di), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2014.

Borelli S., 'Of Veils, Crosses and Turbans: The European Court of Human Rights and the Protection of Cultural Diversity in Europe', in S. Borelli and F. Lenzerini (a cura di), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Boussard H., 'Individual Human Rights in Genetic Research: Blurring the Line between Collective and Individual Interests', in Therese Murphy (a cura di), *New Technologies and Human Rights*, Oxford University Press, 2009.

Brems E., 'Human Rights as a Framework for Negotiating/Protecting Cultural Differences – An Exploration of the Case Law of the European Court of Human Rights', in M.C. Foblets, J.F. Gaudreault-DeBiens, A. Dundes Renteln (a cura di), *Cultural Diversity and the Law*, 2010.

Brett R., 'The International Covenant on Civil and Political Rights and Minorities', in J. Cator and J. Niessen (a cura di), *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, Churches' Commission for Migrants in Europe, Strasbourg, 1994.

Bribosia E., I. Rorive, 'Islamic Perspectives and the Human Rights Debate on Face Veil Bans', in Eva Brems (a cura di), *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge University Press, 2014.

Brölmann C., 'The PCIJ and International Rights of Groups and Individuals', in C. Tams, M. Fitzmaurice (a cura di), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Martinus Nijhoff: Leiden/Boston, 2013.

Burbergs M., 'How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights are born: Article 8 ECHR', in E. Brems & J. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Butler J., 'Critically Queer,' in S. Phelan (a cura di), *Playing with Fire, Queer Politics, Queer Theories*, Routledge, 1997.

Butler J., 'Imitation and Gender Insubordination', in H. Abelove, M. Barale, D. M. Halperin, (a cura di), *The Lesbian and Gay Studies Reader*, Routledge, 1993.

Butler J., 'Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory', in K. Conboy, N. Medina, S. Stanbury (a cura di), *Writing on the Body: Female Embodiment and Feminist Theory*, Columbia University Press, 1988.

Cançado Trindade A., 'The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights', in Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin (a cura di), *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney*, Martinus Neijhoff, Leiden, 2009.

Cançado Trindade A.A., 'The Inter-American System of Protection of Human Rights: The Developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)', in F. Gómez Isa and K. de Feyter (a cura di), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, University of Deusto, 2006.

Cannoot P., 'The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System, Lessons from the Belgian Gender Recognition Act', E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (a cura di), in *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Intersentia, 2021.

Capotorti F., 'La tutela delle minoranze nel diritto internazionale', in Università della Tuscia (a cura di), *Dalla tolleranza alla solidarietà*, FrancoAngeli, 1990.

Carozza P.G., 'Human Dignity', in D. Shelton (a cura di), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013.

Castellino J., 'International Law and Self-Determination: Peoples, Indigenous Peoples, and Minorities', in C. Walter, K. Abushov (a cura di), *Self-Determination and Succession in International Law*, Oxford University Press, 2014.

Chalk F., 'Redefining Genocide', in G. J. Andreopoulos (a cura di), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, University of Pennsylvania Press, 1994.

Chalk F., K. Jonassohn, 'The conceptual framework', in F. Chalk and K. Jonassohn (a cura di), *The History and Sociology of Genocide*, New Haven and London, Yale University Press, 1990.

Citroni G., 'Corte europea e Corte interamericana: due corti regionali dei diritti umani a confronto', in I T. Scovazzi, I. Papanicolopulu, S. Urbinati (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*, Giappichelli, Torino 2010.

Conetti G., 'La Dichiarazione Universale e la protezione delle minoranze', in *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, SIOI, 1999.

Crippa L., 'The American Declaration on the Rights of indigenous Peoples: The Law-making, Adoption and Implementation Processes', in D. Newman (a cura di), *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*, Elgar, 2022.

Danforth L.M., 'The Macedonian Minority in Northern Greece', in J. S. Forward (a cura di), *Endangered Peoples of Europe: Struggles to Survive and Thrive*, Greenwood Press, 2001.

De Pauw M., 'The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretive Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality', in O. Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

De Sena P., L. Acconciamesa, 'Balancing Test', in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021.

de Varennes F., 'Using the European Court of Human Rights to Protect the Rights of Minorities', in M. Weller, A. Morawa (a cura di), *Minority Issues Handbook. Mechanisms for the Implementation of Minority Rights*, Council of Europe Publishing, 2004.

- De Zayas A., 'The International Judicial Protection of Peoples and Minorities', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- Dembour M.B., 'Why Should Biological Sex Be Decisive? Transsexualism Before the European Court of Human Rights', in A. Shaw, and S. Ardener (a cura di), *Changing Sex and Bending Gender*, Berghahn Books, New York, 2005.
- Dembour M.-B., 'The Cases that Were Not to Be: Explaining the Dearth of Case Law on Freedom of Religion in Strasbourg', in I. Pardo (a cura di), *Morals of Legitimacy: Between Agency and the System*, Oxford, Berghahn, 2000.
- Doek J., 'Article 8: The Right to Preservation of Identity', in A. Alen et al (a cura di), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006.
- Dovidio J. F., M. Hewstone, P. Glick, V. Esses, 'Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview', in J. F. Dovidio, M. Hewstone, P. Glick, V. M. Esses (a cura di), *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage, 2010.
- Ducoulombier P., 'The Protection of Sexual Minorities', in F. Ippolito, S. Iglesias Sánchez (a cura di), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Bloomsbury.
- Eide A., 'Good Governance, Human Rights, and the Rights of Minorities and Indigenous Peoples', in H. Otto and G. Alfredsson, R. Clapp (a cura di), *Human Rights and Good Governance – Building Bridges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/New York, 2002.
- Evans C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; A. Scolnicov, 'Does Constitutionalisation Lead to Secularisation?', in I. Katznelson, G. Stedman Jones (a cura di), *Religion and the Political Imagination*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Fellmeth A.X., 'Choice of Gender Identity in International Human Rights Law', in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane, S. Wiessner (a cura di) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011.
- Fodella A., 'La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni,' in L. Pineschi (ed), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzia e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Francioni F. 'Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The International Legal Framework', in Francesco Francioni (a cura di), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Fronza E., 'Il crimine di genocidio', in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2020.
- Frulli M., 'Distruzione dei beni culturali e crimine di genocidio: l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia', in P. Benvenuti e R. Sapienza (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Giuffrè editore, 2007.
- Frulli M., 'International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage: A Multifaceted Challenge,' in F. Francioni, A. F. Vrdoljak (a cura di), *Oxford Handbook on Cultural Heritage*, Oxford University Press, 2020.
- Frulli M., 'Le Nazioni Unite e la codificazione del diritto internazionale penale', in A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione Europea*, Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- Gilbert J., 'Perspectives on Cultural Genocide: From Criminal Law to Cultural Diversity', in *Arcs of Global Justice, Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford University Press, 2016.

Gongora Maas J., 'Pasado, Presente -¿y Futuro?- de los Derechos Economicos, Sociales, Culturales y Ambientales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: a Proposito del Caso Lagos del Campo vs. Perú', in E. Ferrer Mac-Grégor, M. Morales Antoniazzi, R. Flores Pantoja (a cura di), *Inclusion, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana: El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos*, Querétaro, 2018.

Gonzalez-Salzberg D.A., 'A Queer Approach to the Advisory Opinion 24/17 on LGBT Rights', in A. Gonzalez-Salzberg (a cura di), *Research Methods for International Human Rights Law, Beyond the Traditional Paradigm*, Routledge, 2019.

Halperin David M., 'The Normalization of Queer Theory', in Gust A. Yep, Karen E. Lovaas e John P. Elia (a cura di), *Queer Theory and Communication: From Disciplining Queers to Queering the Discipline(s)*, The Haworth Press, 2003.

Hannum H., 'The Concept and Definition of Minorities', in M. Weller (a cura di), *Universal Minority Rights: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Harris-Short S., J. Tobin, 'Article 30- Cultural, Linguistic and Religious Rights of Minorities and Indigenous Children', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, 2019.

Heinämäki L., 'Rethinking the Status of Indigenous Peoples in International Environmental Decision-Making: Pondering the Role of Arctic Indigenous Peoples and the Challenge of Climate Change', in T. Koivurova, E. Carina, H. Keskitalo, N. Bankes (a cura di), *Climate Governance, Environment and Policy*, Springer, 2009.

Heintze H.-J., 'Article 3', in M. Weller (a cura di), *The Rights of Minorities in Europe: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, 2005.

Henrard K., 'How the ECtHR's Use of European Consensus Considerations Allows Legitimacy Concerns to Delimit its Mandate', in P. Kapotas and V. P. Tzevelekos (a cura di), *Building Consensus on European Consensus*, Cambridge University Press, 2019.

Henrard K., 'Minority Protection Mechanisms as Means to Prevent and Settle Disputes Over Sovereignty', in M. Jovanovic and K. Henrard (a cura di), *Sovereignty and Diversity*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.

Henrard K., 'A Patchwork of "Successful" and "Missed" Synergies in the Jurisprudence of the ECHR', in K. Henrard, R. Dunbar (a cura di), *Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Hofmann R., 'Implementation of the FCNM: Substantive Challenges', in A. Verstichel (a cura di), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?* Intersentia, 2008.

Hofmann R., 'The Future of Minority Issues in the Council of Europe and the Organization for Security and Cooperation in Europe', in M. Weller, D. Blacklock and K. Nobbs (a cura di), *The Protection of Minorities in the Wider Europe* Palgrave MacMillan, New York, 2008.

Holtmaat R., 'The CEDAW: A Holistic Approach to Women's Equality and Freedom', in A. Hellum, H. Sinding Aasen (a cura di), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, 2013.

Horn F., 'Recent Attempts to Elaborate Standards on Minority Rights', in O. Bring and S. Mahmoudi (a cura di), *Current International Law Issues – Nordic Perspectives: Essays in Honour of Jerzy Sztucki*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994.

- Irvin-Erickson D., 'Raphael Lemkin: Culture and cultural genocide', in J. S. Bachman (a cura di), *Cultural Genocide, Law, Politics, and Global Manifestations*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2019.
- Jessberger, 'The Definition and the Elements of the Crime of Genocide', in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009.
- Jonassohn K., 'What Is Genocide?', in H. Fein (a cura di) *Genocide Watch*, Yale University Press, 1991.
- Koenig M., 'The Governance of Religious Diversity at the European Court of Human Rights', in Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Kurban D., 'Protecting Marginalised Individuals and Minorities in the ECHR: Litigation and Jurisprudence in Turkey', in D. Anagnostou and E. Psychogiopoulou (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010).
- Laundy J., Tobin J., 'Article 29: The Aims of Education', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, 2019.
- Lenzerini F., 'Suppressing and Remediating Offences against Culture', in A. F. Vrdoljak (a cura di), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, 2013.
- Lerner N., 'The Evolution of Minority Rights in International Law', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- Letsas G., 'The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy', in A. Føllesdal, Birgit Peters, Geir Uffstein (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013.
- Limantè A., 'Vulnerable Groups in the Case Law of the European Court of Human Rights, in A. Limantè (a cura di), *Legal Protection of Vulnerable Groups in Lithuania, Latvia, Estonia and Poland*, Springer, 2022.
- Magi L., 'Integrazione culturale a Strasburgo: Analisi di un fenomeno complesso alla luce della querelle sui simboli religiosi,' in Ginevra Cerrina Feroni e Veronica Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie nell'integrazione multiculturale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2018.
- Malik M., 'The "Other" Citizens: Religion in a Multicultural Europe', in C. Ungureanu, L. Zucca (a cura di), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, 2012.
- Martínez-Torrón J., 'Religious Pluralism. The Case of the European Court of Human Right', in F. Requejo, C. Ungureanu (a cura di), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and Post-Secularism*, London-New York, Routledge, 2014.
- Meerschaut K., S. Gutwirth. 'Legal Pluralism and Islam in the Scales of the European Court of Human Rights: The Limits of Categorical Balancing', in E. Brems (a cura di), *Conflict between Fundamental Rights*, The Hague, Intersentia, 2012.
- Monaco R., 'Minorités nationales et protection internationale des droits de l'homme', in R. Cassin (a cura di), *Amicorum Discipulorumque Liber*, A. Pedone, Parigi, 1969.
- Morales M., 'El estado abierto como objetivo del ius constitucionale commune. Aproximacion desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', in Armin von Bogdandy, FIX- Hector Fixfiero, Mariela Morales (a cura di), *Ius constitucionale comune en America Latina*, Rasgos, potencialidades y desafios, UNAM, MPI, IIDC, 2014.

- Nersessian D., 'The Current Status of Cultural Genocide Under International Law', in J. S. Bachman (a cura di), *Cultural Genocide, Law, Politics, and Global Manifestations*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2019.
- Nijman J.E., 'Minorities and Majorities', in B. Fassbender and A. Peters (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Nowak M., 'The Evolution of Minority Rights in International Law', in C. Brölmann, R. Lefeber, M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Nijhoff, 1993.
- Olivares A., 'El Derecho a la identidad cultural', in G. Aguilar (a cura di), *Nuevos derechos para una nueva Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- Otto D., 'International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism', in V. Munro e M. Davies (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2018.
- Otto D., 'Women's Rights', in Moeckli, Shah and Sivakumaran (a cura di), *International Human Rights Law*, 2013.
- Parry C., 'The Consolidated Treaty Series with Index 1648-1919', in J. P. Grant, J. C. Barker (a cura di), *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Pentassuglia G., 'Protecting Minority Groups through Human Rights Court', in A. F. Vrdoljk (a cura di), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press 2013.
- Peroni L., 'Minorities before the European Court of Human Rights: Democratic Pluralism Unfolded', in J. Boulden (a cura di), *International Approaches to governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Pocar F., 'Note sulla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo in materia di minoranze', in S. Bartole, L. Pegoraro (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Cedam, Padova, 1998.
- Pritchard S., 'The International Covenant on Civil and Political Rights and Indigenous Peoples', in S. Pritchard (a cura di), *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Zed Books, The Federation Press, London, 1998.
- Ramírez S., 'La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporánea', in J. J. Faundes (a cura di), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Universidad Autónoma de Chile, 2019.
- Ringelheim J., 'Chapman Redux: The European Court of Human Rights and Roma Traditional Lifestyle', in E. Brems (a cura di), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2012.
- Roberts K., 'Striving for Definition: The Law of Persecution from its Origins to the ICTY', in H. Abtahi, G. Boas (a cura di), *The Dynamic of International Criminal Justice*, BRILL, 2006.
- Ruggiero R., 'Article 3: The Best Interest of the Child', in Z. Vaghri, J. Zermatten (a cura di), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. Children's Well-Being: Indicators and Research*, Springer, New York, 2022.
- Saccucci A., 'Art. 34', in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.
- Saul L., 'The Implementation of the Genocide Convention at the National Level', in P. Gaeta (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, 2009.

- Schabas W., 'Developments relating to minorities in the law of genocide', in K. Henrard, R. Dunbar (a cura di), *Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Scheinin M., 'The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land', in T. S. Orlin, A. Rosas and M. Scheinin (a cura di), *The Jurisprudence of Human Rights: A Comparative Interpretive Approach*, Abo Akademi University, Institute for Human Rights, 2000.
- Scheinin M., 'The United International Covenant on Civil and Political Rights: Article 27 and other provision', in R. Dunbar (a cura di), *Minority Protection: European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2009.
- Schreiber H., 'Cultural Genocide-Culturicide: An Unfinished or Rejected Project of International Law?', in G. Michalowska e H. Schreiber (a cura di), *Culture(s) in International Relations*, Peter Lang Verlag, 2017.
- Sierpowski S., 'Minorities in the System of the League of Nations', in P. Smith et al. (a cura di), *Ethnic Groups in International Relations*, New York University Press: New York, 1990.
- Sinou D., 'Article 27', in E. Decaux (a cura di), *Le pacte international relative aux droit civils at politiques: commentaire article par article*, Economica, Parigi, 2011.
- Smet S., 'Freedom of Religion v. Freedom from Religion: Putting Religious Dictates of Conscience (Back) on the Map', in J. Temperman (a cura di), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden, Brill, 2012.
- Stanton G., 'Why the World Need an International Convention on Crimes Against Humanity', in L. N. Sadat (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.
- Theilen J., 'Pre-existing Rights and Future Articulations: Temporal Rhetoric in the Struggle for Trans Rights', in A. von Arnould, K. von der Decken, M. Susi (a cura di), *The Cambridge Handbook of New Human Rights, Recognition, Novelty Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020.
- Theilen J.T., 'The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe', in G. Schreiber (a cura di), *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven*, De Gruyter, Berlino, 2016.
- Thornberry P., 'Treatment of Minority and Indigenous Issues in the European Convention on Human Rights', in G. Alfredsson and M. Stavropoulou (a cura di), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes - Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- Tobin J., 'Article 8 – The Right to Preservation of a Child's Identity', in J. Tobin (a cura di), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- Toivanen R., 'Beyond legal categories of indigeneity and minority-ness: The case of Roma and falling in-between', in R. Medda-Windischer, C. Boulter, T. H. Malloy *Extending the Protection to Migrant Populations in Europe: Old and New Minorities*. Routledge, 2019. Collocazione Giusta?
- Tomuschat C., 'Protection of Minorities under art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights', in R. Bernhardt (a cura di), *Festschrift für Hermann Mosler: V. Ikerrecht als Rechtsordnung—Internationale Gerichtsbarkeit—Menschenrecht*, Springer Verlag, Berlin, 1983.
- Tomuschat C., 'Status of Minorities under Article 27 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights', in S. Chandra (a cura di), *Minorities in National and International Laws*, Deep & Deep Publications, 1985.
- Veatch R., 'Minorities and the League of Nations', in W. de Gruyter (a cura di), *The League of Nations in Retrospect*, New York, 1983.



Vezzani S., 'Protection of Traditional Knowledge of Agricultural Interest in International Law', in A. Di Blasé, V. Vadi (a cura di), *The Fundamental Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma Tre Press, 2020.

Vezzani S., 'La tutela delle conoscenze tradizionali di interesse agricolo nel diritto internazionale', in G. Strambi, A. Germanò (a cura di), *La valorizzazione del patrimonio culturale immateriale di interesse agricolo*, Giuffè, 2015.

Vezzani S., 'Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche e genetiche: ripartizione giusta ed equa dei vantaggi o "biorazza"?'', in N. Boschiero (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Giappichelli, 2006.

Vrdoljak A.F., 'Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law', in K. Koufa (a cura di), *Multiculturalism and International Law*, XXXV Thesaurus Acroasium, 2007.

Walsh C., 'Interculturalidad crítica y educación intercultural', in J. Viaña, L. Tapia, C. Walsh (a cura di), *Construyendo Interculturalidad Crítica*, CAB, La Paz, 2010.

Werner M., 'Individual and Collective Dignity', in M. Duewelle, J. Braarvig, R. Brownsword, D. Mieth (a cura di) *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2014.

Wolfrum R., 'The Emergence of "New Minorities" as a Result of Migration', in C. Brölmann, R. Lefeber and M. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

Zahar A., 'Commentary on the Judgment of the ICTY Appeals Chamber in the Case of Prosecutor v. Radislav Krstić,' in A. Klip and G. Sluiter (a cura di), *International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, Intersentia, 2010.

Zanghì C., 'Minoranze etnico-linguistiche: Diritto internazionale', in *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Roma 1990.

### **ARTICOLI SU RIVISTA:**

Abrusci E., 'A tale of convergence? Discrimination based on sexual orientation in regional human rights bodies and the Human Rights committee', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 35(3), 2017.

Albanese F., 'Ethnic and Linguistic Minorities in Europe', in *Yearbook of European Law*, Vol. 11, 1991.

Alexander Morawa, 'Minority Languages and Public Administration: A Comment on Issues Raised in Diergaardt et al. v. Namibia', in *ECMI Working Paper 16*, 2002.

Alexy R., 'On Balancing and Subsumption; A Structural Comparison', in *Ratio Juris*, Vol 16, 2003.

Allan S., 'Access to Information about Donors by Donor-Conceived Individuals: A Human Rights Analysis', in *Journal of Law and Medicine*, Vol. 20, 2013.

Ambos L., 'What does "intent to destroy" in genocide mean?', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 91(876), 2009.

Andorno R., 'Biomedicine and International Human Rights Law: In Search of a Global Consensus', in *Bulletin of the World Health Organization*, 2002.

Andorno R., A. E. Yamin, 'The Right to Design Babies? Human Rights and Bioethics', in *OpenGlobal Rights*, 2019.

Antkowiak T.M., 'Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court', in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35(1), 2013.

- Arlettaz F., 'La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos', in *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, 2011.
- Arrubia E.I., 'The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation', in *International Journal of Law, Policy and The Family*, Vol. 33, 2019.
- Bammgärtel M., 'Facing the Challenge of Migratory Vulnerability in the European Court of Human Rights', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 1, 2020.
- Banks N., 'International Human Rights Law and Natural Resources Projects Within the Traditional Territories of Indigenous Peoples', in *Alberta Law Review*, Vol. 47, 2010.
- Baratta A., 'Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016.
- Bassetti M., 'Human Rights Bodies' Adjudication of trans People's Rights', in *European Journal of Legal Studies*, 2020.
- Bennett Woodhouse B., 'Are You My Mother?': Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions', in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Vol. 2, 1995.
- Benvenisti E., 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards', in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999 at 851-52.
- Berlant L. e M. Warner, 'Sex in Public', in *Critical Inquiry*, Vol. 24, n. 2, 1998.
- Berman N., "'But the Alternative Is Despair": European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law', in *Harvard Law Review*, 1993, p. 1792-1903.
- Berry S., 'Democracy and the Preservation of Minority Identity: Fragmentation within the European Human Rights Framework', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 24, 2017.
- Berry S., 'SAS v. France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?', in *EJIL: Talk!* del 2 luglio 2014.
- Besson S., 'Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 21, 2007.
- Bille Larsen P., J. Gilbert, 'Indigenous Rights and ILO Convention 169: Learning from the Past and Challenging the Future', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24(2-3), 2020.
- Billing M., 'The Language of Critical Discourse Analysis: The Case of Nominalization', in *Discourse and Society*, 19, 2008.
- Bjorge E., 'Sexuality Rights under the European Convention on Human Rights', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 29, 2011.
- Bleiberg B.D., 'Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey', in *Cornell Law Review*, Vol. 91, 2005.
- Boast P., 'Maori Fisheries 1986-1998: A Reflection', in *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 30, 1999.
- Boyden J, A. Pankhurst, Y. Tafere, 'Harmful Traditional Practices and Child Protection', in *Young Lives Working Paper*, Vol. 93, 2013.

- Bracken L., 'Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-Border Surrogacy: Inconsistency in the Strasbourg Approach?', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol.39(3), 2017.
- Bracken L., 'Surrogacy and the Genetic Link', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 32, 2020.
- Bratza N., 'The Christine Goodwin Case. The Long Road to Transsexual Rights in the United Kingdom', in *Human Rights Law Journal*, Vol. 34, 2014.
- Brems E., 'Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings', in *Journal of Law and Policy*, 2014.
- Brock D., "Human Cloning and our Sense of Self", in *Science*, Vol. 296, 2002.
- Brown D., 'Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles', in *Michigan Journal of International Law*, 2010.
- Bruegel J., 'A Neglected Field: The Protection of Minorities', in *Revue de droits de l'homme*, 1971.
- Buergethal T., 'The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997.
- Bulmer M., J. Solomos, 'Introduction: re-thinking ethnic and racial studies', in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 21, 1988.
- Burgogue-Larsen L., 'El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos', in *Estudios Constitucionales*, Vol, 12, 2014.
- Busatta L., S. Penasa, 'Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins', in *BioLaw Journal*, Vol. 1, 2021.
- Butcher T., 'A 'Synchronized Attack': On Raphael Lemkin's Holistic Conception of Genocide', in *Journal of Genocide Research*, vol. 15, No. 3, 2013.
- Buzinkai D. I., 'Poland and the League of Nations, 1934-1939: A Political Analysis', in *The Polish Review*, Vol. 10, 1965.
- C. Simmonds, 'An Unbalanced Scale: Anonymous Birth and The European Court of Human Rights', in *Cambridge Law Journal*, Vol. 72(2), 2013, pp. 3263-6.
- Caballero Ochoa J. L. J., 'Las Perspectivas del Derecho Fundamental de Libertad Religiosa en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos', in *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, Vol .2, 2004.
- Callus T., 'Tempered Hope? A Qualified Right to Know One's Genetic Origin: *Odievre v France*', in *Modern Law Review*, 2003.
- Calo Z., 'Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights', in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26, 2010.
- Campbell A., H. Lardy, 'Transsexuals-The ECHR in Transition', in *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 54, 2003.
- Campbell M.S., 'The Right of Indigenous Peoples to Political Participation and the Case of *Yatama v. Nicaragua*', in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24, 2007.
- Campiglio C., 'Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)', in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014.

- Cannoot P., 'The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, 2019.
- Cannoot P., M. Decoster, 'The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis', in *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, Vol. 26, 2020.
- Capotorti F., 'The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human Rights', in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 2, 1976.
- Cardinali C., 'Azul Rojas Marín e altri c. Perù: the first Inter-American Court of Human Rights case on Torture and Discrimination against the LGBTI Community', in *DPCE Online*, Vol. 22, 2022.
- Cariolou L., 'Recent Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Protection of Minorities', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2008.
- Caron D., R. Smith, 'Goodwin v. United Kingdom. App. No. 28957/95 and I. v. United Kingdom. App. No. 25680/94' in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.
- Cecchini S., 'Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale', in *BioLaw Journal*, Vol. 2, 2019.
- Celorio Rosa M., 'The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women', in *15 CUNY Law Review*, 2012.
- Cerda J.S., 'The draft Convention on the Rights of the Child: New rights', in *Human Rights Quarterly*, 1992.
- Cerulli F. 'Antropocentrismo v. Ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani', in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 1, 2023.
- Charlesworth H., C. Chinkin, S. Wright, 'Feminist Approaches to International Law', in *The American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991.
- Chelini-Pont B., E. Tawil, 'Brèves remarques sur l'arrêt Leyla Sahin', in *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 2, 2006.
- Clarke J., 'Identity and Form', in *California Law Review*, Vol. 103, 2015.
- Contesse J., 'Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law', in *North Carolina Journal of International Law*, 2019.
- Cooper D., F. Renz, 'If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?', in *Journal of Law and Society*, Vol. 43, n. 4, 2016.
- Cossman B., 'Gender Performance, Sexual Subjects and International Law', in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 15, 2002.
- Cowan S., 'Looking Back (To)wards the Body: Medicalization and the GRA', in *Social & Legal Studies*, Vol. 18, 2009.
- Cowden M., 'No Harm, No Foul: A Child's Right to Know Their Genetic Parents', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 26, 2012.
- Craig E., 'Who are the Minorities? The Role of the Right to Self-Identify within the European Minority Rights Framework', in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol 15, No 2, 2016.

- Craig E., 'Who are the Minorities? The Role of the Right to Self-Identify within the European Minority Rights Framework', in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Vol. 15, No 2, 2016.
- Crema L., 'Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)', in *European Journal of International Law*, 2010.
- Danchin P., 'Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights', in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2011.
- Darwinet E., 'Face-Veil Bans and anti-mask laws', in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2012.
- Davenport A., 'Right to Private Life, Right to Marry Transsexuals Inability to Alter Birth Certificate', in *Journal of Civil Liberties*, Vol. 3(3), 1998.
- Davies A., 'Transsexuals and the European Convention on Human Rights', in *Nottingham Law Journal*, Vol. 7, 1998.
- de Andrade N., 'Human Genetic Manipulation and the Right to Identity: The Contradictions of Human Rights Law in Regulating the Human Genome', in *Journal of Law, Technology and Society*, 2010.
- de Campos T.C., C. Milo, 'Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins: An Ethical and Legal Challenge', in *International Journal of Law, Policy and The Family*, Vol. 32, 2018.
- De Montigny Y., 'ONU et la Protection Internationale des Minorities Depuis 1945', *Le. RJT ns*, 13, 1978.
- De Nova R., 'Protezione internazionale delle minoranze e diritti dell'uomo', in *Diritto internazionale*, 1986.
- De Oliveira Mazzuoli V., D. Ribeiro, 'Indigenous Rights Before the Inter-American Court of Human Rights: A Call for a Pro Individual Interpretation', in *The Transnational Human Rights Review*, Vol. 2, 2015.
- de Schutter O., 'Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law', in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol 57, 2006.
- de Sousa Santos B., 'Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico', in *Sociologia del diritto*, Vol. 3, 1990.
- De Vido S., 'Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea', in *EUROJUS*, vol. 1, 2023.
- De Vido S. Baldin, 'Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità', in *DPCE online*, Vol. 2, 2019.
- De Vido S., 'Human and Non-Human Beings: Towards the Affirmation of the Rights of Nature and of a Right to a Healthy Environment', in *Etica e Politica*, vol. XXIV, 2022.
- dei Sabelli L., 'La Polonia e la protezione internazionale delle minoranze', in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 1, 1943.
- Delgrange X., M. El Berhoumi, 'Pour vivre ensemble, vivons dévisagés: le voile intégrale sous le regard des juges constitutionnels belge et français', in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014.
- Delphy C., 'Rethinking Sex and Gender', in *Women's Studies International Forum*, Vol. 16, Issue 1, 1993.

- Di Stasi A., 'The Inter- American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: Towards a 'Cross Fertilizations'?', in *Ordine internazionale e diritti umani* 2014.
- Dinstein Y., 'Collective Human Rights of Peoples and Minorities', in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, 1976.
- Dragan A., 'New Minorities in the States Parties to the Framework Convention: The Importance of Self-Identification and Recognition', in *Journal of International and European Law*, 2018.
- Dreyfus T., 'The Half-Invention of Gender Identity in International Human Rights Law: From Cedaw to the Yogyakarta Principles', in *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 37, 2012.
- Duffy S., 'Contested Subjects of Human Rights: Trans- and Gender-variant Subjects of International Human Rights Law', in *The Modern Law Review*, Vol. 84, 2021.
- Dunlap B., 'Protecting the Space To Be Unveiled. Why France's Full Veil Ban Does Not Violate the European Convention on Human Rights', in *Fordham International Law Journal*, 2012.
- Dunne P., 'Legal Gender Recognition in Europe: Sterilization, Diagnosis and Medical Examination Requirements', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 39, n. 40, 2017.
- Dunne P., 'Transgender Sterilization Requirements in Europe', in *Medical Law Review*, Vol. 25(4).
- Dzehtsiaro K., 'European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights', in *German Law Journal*, Vol. 12.10, 2011.
- Edge P.W., 'The European Court of Human Rights and religious rights', in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998.
- Eekelaar J., 'The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, 1994, p. 56.
- Erdman J.N., 'The Deficiency of Consensus in Human Rights Protection: A Case Study of Goodwin v. United Kingdom and I. v. United Kingdom', in *Journal of Law and Equality*, Vol. 2, 2003.
- Evans C., 'Individual and Group Religious Freedom in the European Court of Human Rights: Cracks in the Intellectual Architecture', in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26 (1), 2010.
- Evans C., 'The "Islamic Scarf" in the European Court of Human Rights', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, 2006.
- Farget D., 'Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 19, 2012.
- Faundes J.J., 'El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación', in *Revista Brasileira de Política Públicas*, Vol. 2, 2019.
- Fenrick W.J., 'The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY', in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 32, 2001.
- Fenton-Glynn C., 'International Surrogacy before the European Court of Human Rights', *Journal of Private International Law*, Vol. 13, 2017.
- Feraci O., 'Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano', in *Osservatorio sulle Fonti*, 2019.

- Feraci O., 'Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022.
- Feria Tinta M., 'Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter- American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notion', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007.
- Ferrari S., 'The New Wine and the Old Cask: Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe', in *Ratio Juris*, Vol. 10, 1997.
- Ferri M., 'How to Strengthen Protection of (Religious) Minorities and Cultural Diversity under EU Law: Some Lessons from Human Rights Protection System', in *Religions*, Vol. 12, 2021.
- Ferri M., 'The Dogan et al. V. Turkey Case: A Missed Opportunity to Recognise Positive Obligation as Regards the Freedom of Religion', in *European Papers*, 2017. Pagotto T., 'La minoranza alevita e la discriminazione religiosa: la Grande Camera condanna la Turchia per violazione degli Artt. 9 e 14 CEDU' in *DPCEOnline*, Vol. 3, 2017.
- Ferri M., 'The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights: an appraisal in the light of states' positive obligations', in *Religion, State & Society*, Vol. 5, 2017.
- Finlay H., 'Transsexuals, Sex Change Operations and the Chromosome Test: Corbett v. Corbett Not Followed', in *University of Western Australia Law Review*, Vol. 19, 1989.
- Fokas E., 'The legal status of religious minorities: Exploring the impact of the European Court of Human Rights' in *Social Compass*, Vol. 65(1), 2018.
- Fraser N., 'Rethinking Recognition', in *New Left Review*, Vol. 3, 2000.
- Freeman M., 'The New Birth Right?: Identity and the Child of the Reproductive Revolution', in *International Journal of Children's Rights*, Vol. 3, 1996.
- Frulli M., 'Advancing the Protection of Cultural Property Through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2005.
- Fulchiron H., 'La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international', in *Journal du droit international*, 2012.
- Furtado C.F., 'Guess Who's Coming to Dinner? Protection of National Minorities in Eastern and Central Europe under the Council of Europe', in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 34, 2002.
- Gallagher K., 'International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The Second Srebrenica Trial: Prosecutor Vidoje Blagojević and Dragan Jokić', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005.
- Garcia Ramirez S. 'Joint Separate Opinion of Judges A.A. Cancado Trindade, M. Pacheco Gomez and A. Abreu Burelli', in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 19, 2002.
- Gervasi M., 'The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016.
- Gilbert G., 'The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, 2002.
- Gillier G., 'Gender as a Hyperconstruct in (Rare) Regional Human Rights Case-Law', in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 12(2), 2020.

Giraud E., 'Le droit des nationalités: sa valeur, son application', in *Revue générale de droit international public*, 1924.

Göcke K., 'The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee. The Concept of Free, Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol 14, 2010.

Goldschmidt J., 'Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective', in *ERA Forum*, Vol. 8(1), 2007.

Golombok S., C. Murray, V. Jadvá, 'Non-Genetic and Non-Gestational Parenthood: Consequences for Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of Mothers, Fathers and Children at Age 3', in *Human Reproduction*, 2006.

Golubovic D., 'Freedom of Association in the Case Law of the European Court of Human Rights', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, 2013.

Gonzales G., 'Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne', in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015.

Gonzalez-Salzburg D., 'An improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of AP, Garçon and Not v France', in *The Modern Law Review*, Vol. 81, 2018.

Gonzalez-Salzburg D.A., 'The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights', in *American University International Law Review*, Vol. 29, 2019.

Gragson T.L., 'Land Rights and Indigenous Peoples: The Role of the Inter-American Commission on Human Rights', in *The Latin American Anthropology Review*, Vol. 4, 1992.

Greer S., 'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate', in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63(2), 2004.

Gross A.M., 'Sex, Love, and Marriage: Questioning Gender and Sexuality Rights in International Law', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, n.1, 2008.

Gülalp H., 'Secularism in Europe, As Refracted through the Prism of the European Court of Human Rights: Comparative Analysis of State-Church Relations and the State Regulation of Religion', in *European Public Law*, 2009.

Güler A.D., 'The Protection of Minorities in the Council of Europe: Possibilities to Use the European Convention on Human Rights for Minority Issues', in *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017.

Hamzic V., 'The Case of 'Queer Muslims': Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law and Muslim Legal and Social Ethos', in *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n. 2, 2002.

Harris A., 'Non-binary Gender Concepts and the Evolving Legal Treatment of UK Transsexed Individuals: A Practical Consideration of the Possibilities of Butler', in *Journal of International Women's Studies*, Vol. 13, Issue 6.

Haver L., 'The United Nation Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities', in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982.



Helfer L., 'Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights', in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, n. 1, 1993.

Helfer L.R., A. M. Slaughter, 'Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication', in *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1997.

Henderson H., 'Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine', *Revista IIDH*, Vol. 39, 2008.

Hennebel L., 'La protection de "l'intégrité spirituelle" des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005', in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 66, 2006.

Henrard K., 'The Council of Europe at the Rescue of a Paradigmatic Case of Failed Integration: About Roma, the Multidimensional Nature of Integration and How Promising Principles Can Meet Flawed Application in Practice', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2010.

Henrard K., 'The European Court of Human Rights, Ethnic and Religious Minorities and the Two Dimensions of the Right to Equal Treatment: Jurisprudence at Different Speeds?', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 34:3, 2016.

Hernandez-Truyol E., 'Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!', in *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, 2011.

Herrera Castillo C, H. Bocanegra Acosta, 'Ciudadanías multiculturales y pluralismo cultural: perspectivas jurídicas y sociales sobre el concepto de ciudadanía', in *Revista Republicana*, Vol. 20, 2016.

Heyking A., 'The International Protection of Minorities - The Achille's Heel of the League of Nations', in *Grotius Society*, Vol.23, 1928.

Hilpold P., 'Standard-Setting in the Field of Minority Rights', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 17, 2007.

Hilpold P., 'The League of Nations and the Protection of Minorities – Rediscovering a Great Experiment', in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 2013.

Hodgson D., 'The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 7, 1993.

Hofmann R., 'Minority Rights: Individual or Group Rights? A Comparative View on European Legal Systems', in *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997.

Holder C., 'Culture as an Activity and Human Right: An Important Advance for Indigenous Peoples and International Law', in *Alternatives*, Vol. 33, 2008.

Holzer L., 'Legal gender recognition in times of change at the European Court of Human Rights' in *ERA Forum*, Vol. 23, 2022.

Horsey K., 'Challenging Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 24, 2010.

Humphrey J.P., 'The United Nations Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, 1968.

Huston J., 'Human Rights Enforcement Issues of the United Nations Conference on International Organisations', in *Iowa Law Review*, Vol. 53, 1967.

- Hutton C., 'Legal Sex, self-classification and gender self-determination', in *Law and Humanities*, Vol. 11, Issue 1, 2017.
- Iovane M., 'The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 14, 2007.
- Janneke G., 'Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Review*, Vol. 18.3, 2018.
- Kapur R., 'Post-colonial Erotic Disruption: Legal Narratives of Culture, Sex, and Nation in India', in *Colombia Journal of Gender and Law*, Vol. 10, n. 2, 2001.
- Kapur R., 'The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics', in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002.
- Katyal S., 'Exporting Identity', in *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 14, 2002.
- Keller L.M., 'The Impact of States Parties' Reservations to the Conventions to the Elimination of All Forms of Discrimination against Women', in *Michigan State Law Review*, Vol. 309, 2014.
- Keprose L.R., 'Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory', in *Law and Sexuality*, Vol. 9, 1999.
- Kibbee D., 'Minority Language Rights: Historical and Comparative Perspectives', in *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2008.
- Kingston L., 'The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples', in *Journal of Human Rights*, Vol. 14, Issue 1, 2015.
- Klebes H., 'The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities', in *Human Rights Law Journal*, Vol. 16, 1995.
- Klein E., David Kretzmer, 'The UN Human Rights Committee: The General Comments-The Evolution of an Autonomous Monitoring Instrument', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 58, 2015.
- Krekora-Zajac D., 'Civil Liability for Damages Related to Germline and Embryo Editing against the Legal Admissibility of Gene Editing', in *Palgrave Communications*, Vol. 6, 2020.
- Kreimer O., 'Collective Rights of Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System', in *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 94, 2000.
- Kreß C., 'The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide', in *The European Journal of International Law*, Vol. 18, no. 4, 2007.
- Kunz J., 'The Future of International Law for Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, Vol. 39, 1945.
- Kunz J., 'The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities', in *American Journal of International Law*, 1954.
- Kymlicka W., 'National Cultural Autonomy and International Minority Rights Norms', in *Ethnopolitics*, Vol. 6, 2007.
- Langlaude S., 'Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR', in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006.
- Langley K., 'Self-Determination in a Gender Fundamentalist State: Toward Legal Liberation of Transgender Identities', in *Texas Journal on Civil Liberties and Civil Rights*, Vol. 12, 2006, p. 125.

- Lee S., 'Legal Feminism and the UN's Gender Mainstreaming Policy: Still Searching for the Blind Spot' in *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, 2013.
- Lenti L., 'Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge', *Quaderni costituzionali*, 2015.
- Lenzerini F., 'Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples', in *European Journal of International Law*, Vol. 22, 2011.
- Lerner N., 'How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance', in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions*, Vol. 13, 2005.
- Lewis T., 'What not to wear: Religious rights, the European Court, and the margin of appreciation', in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007.
- Lima L.C., 'The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments', in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020.
- Lixinski L., 'Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law', in *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010.
- Loenen T., 'Rethinking Sex Equality as a Human Right', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12, 1994.
- Lopes Pegna O., 'Mater (non) semper certa est! L'impatto sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea', in *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 2021.
- Lopez Escarcena S., 'La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana', in *Ius et Praxi*, Vol. 21(1), 2015.
- Lopez M., 'El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia: instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos', in *IRG*, 2011.
- López- Murcia J.D., G. Maldonado-Colmenares, 'La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia', in *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14, 2009.
- Loucaides L., 'Personality and Privacy under the European Convention of Human Rights', in *British Yearbook of International Law*, Vol. 61, 1990.
- Luban D., 'A Theory of Crimes Against Humanity', in *Yale Journal of International Law*, Vol 19, 2009.
- Lyman Bruun L., 'Beyond the 1948 Convention – Emerging Principles of Genocide in Customary International Law', in *Maryland Journal of International Law and Trade*, Vol. 17, 1993.
- Lyons D., 'Domestic Implementation of the Donor-Conceived Child's Right to Identity in Light of the Requirements of the UN Convention on the Rights of the Child', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 32, 2018
- Maciolek N., 'Defining Privacy and the European Court of Human Rights: Assessing the Court's Application of Article 8 (1) ECHR', in *UCL Jurisprudence Review*, Vol. 15, 2009.
- Macklem P., 'Minority rights in international law', in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6(3-4), 2008.

- Madariaga Cuneo I.M., 'ILO Convention 169 in the Inter-American Human Rights System: Consultation and Consent', in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24(2-3), 2020.
- Magi L., 'Same-Sex Couples before the Inter-American System of Human Right', in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013.
- Mandelstam A.N., 'La Société des Nations et les puissances devant le problème arménien', in *Revue générale de droit international public*, 1922.
- Manson J.K., 'United Kingdom v Europe: Current Attitudes to Transsexualism', in *Edinburgh Law Review*, Vol. 2, 1998.
- Marella M.R., 'Queer Eye for Straight Guy. Sulle possibilità di una analisi giuridica queer', in *Politica del diritto*, Vol. 3, 2017.
- Margaria A., 'Parenthood and Cross-border Surrogacy: What Is "New"? The ECtHR's First Advisory Opinion', in *Medical Law Review*, 2019.
- Maria Realte C. 'Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite', in *DPCE on line*, Vol. 2, 2017.
- Marin C., Liz Vallejos Roa, 'Multiculturalism y pueblos indígenas: análisis de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a territorios indígenas', in *Revista De Derecho Político*, Vol. 114, 2022.
- Marko J., 'Effective Participation of National Minorities in Public Affairs in Light of National Case Law', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 16, 2009.
- Marks S., 'The European Convention on Human Rights and Its "Democratic Society"', in *British Yearbook of International Law*, Vol. 66, 1996.
- Marshall J., 'S.A.S: v France: Burqa Bans and the Control and Empowerment of Identities', in *Human Rights Law Review*, 2015.
- Marshall J., 'Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008.
- Martínez-Torrón J., 'The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law', in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1. 2012.
- März J., 'Challenges Posed by Transnational Commercial Surrogacy: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *European Journal of Health Law*, Vol. 28, 2021.
- März J., 'What makes a parent in surrogacy cases? Reflections on the Fjølvisdóttir et al. v. Iceland decision of the European Court of Human Rights', in *Medical Law International*, Vol. 21, 2021
- McGill J., 'SOGI- SO What: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations', in *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3, n. 1. 2014.
- McGoldrick D., 'A Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee', in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, 2016.
- Medda R. -Windischer, 'New Minorities, Old Instruments? A Common but Differentiated System of Minority Protection', in *International Community Law Review*, Vol. 13, 2011.
- Medda-Windischer R., 'Old and New Minorities: Diversity Governance and Social Cohesion from the Perspective of Minority Rights', in *Acta Universitatis Sapientiae: European and Regional Studies*, Vol. 11, 2017.

- Medda-Windischer R., 'The European Court of Human Rights and Minority Rights', in *Journal of European Integration*, Vol. 25, manca anno.
- Mertus J., 'The Rejection of Human Rights Framings: The Case of LGBT Advocacy in the US', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, Issue 4, 2007.
- Miller A., 'Sexuality, Violence Against Women, and Human Rights: Women Make Demands and Ladies Get Protection', in *Health and Human Rights*, Vol. 7, 2004.
- Mjöll Arnardóttir O., 'Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights, Innovation or Business as Usual?', in *Oslo Law Review*, Vol. 4, Issue 3, 2017.
- Morawa A., 'The "Common European Approach", "International Trends", and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom,' in *German Law Journal*, Vol. 3, 2002, par. 27.
- Moron-Puech B., 'L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées', in *La Revue des droits de l'homme*, 3 2017.
- Morsink J., 'Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, N. 4, pp. 1009-1060, The Johns Hopkins University Press, November 1999
- Moser A., 'Gender mainstreaming since Beijing: a review of success and limitations in international institutions.', in *Gender & Development*, Vol. 13(2), 2013.
- Mulligan A., 'Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy', in *Medical Law Review*, Vol. 26(3), 2018.
- Nardocci C., 'Esiste un diritto individuale alla propria etnia? A Margine della Corte europea dei diritti dell'uomo, Tasev c. North Macedonia', in *Quaderni costituzionali*, 2019.
- Nardocci C., 'Light on Article 14 between Discrimination by Association & Self Identification Right. The Individual within the Group & the Group before the State in ECtHR's *Molla Sali v. Greece*: a Successful Balance?', in *Federalismi.it*, 2019.
- Navarro M., 'Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural: caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH', in *Revista Internacional de la Protección Social*, 2020.
- Negishi Y., 'The Pro Homine Principle's Role in Regulation the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control', in *European Journal of International Law*, Vol. 28(2), 2017.
- Negri S., 'Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?', in *Transnational Dispute Management*, Vol. 10, issue 5, 2013.
- Nersessian D., 'Rethinking Cultural Genocide Under International Law', in *Human Rights Dialogue*, No. 12, 2005.
- Nersessian D., 'The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals', in *Texas International Law Journal*, vol. 37, no.2, Spring 2002.
- Neuman G., 'Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights' in *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008.
- Neuman Wipfler A.J., 'Identity Crisis: The limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents', in *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 39, 2016.

- Nieuwenhuis A., 'The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights', in *European Constitutional Law Review*, Vol. 3, 2007.
- Nigro R., 'Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico', in *Diritti umani e diritto internazionale* 2008.
- Niveau G., U. Marinette, T. Harding, 'Human Rights Aspects of Transsexualism', in *Health & Human Rights*, Vol. 4, 1999.
- Nović E., 'Physical-biological or socio-cultural 'destruction' in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations', in *Journal of Genocide Research*, Vol 17, Issue 1, 2017.
- O' Donnell T.A., 'The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', in *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, 1993.
- O'Brien W., 'Can International Human Rights Law Accommodate Bodily Diversity?', in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 1.
- O'Callaghan P., 'Article 8 ECHR as a General Personality Right? A Commentary on Axel Springer AG v Germany [2012] ECHR 227', in *Journal of European Tort Law*, Vol.6.1, 2015.
- O'Connell R., 'Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR', in *Legal Studies Issues*, Vol. 29, 2009.
- O'Donovan K., 'A Right to Know One's Genetic Parentage?', in *International Journal of Law Policy and the Family*, Vol. 2, 1998.
- O'Flaherty M. e J. Fisher, 'Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles', in *Human Rights Law Review*, Vol. 8, n. 2, 2008.
- O'Keefe R., 'Protection of Cultural Property Under International Criminal Law', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11(2), 2010.
- Otto D., 'Holding Up Half the Sky but for Whose Benefit? A Critical Analysis of the Fourth World Conference on Women', in *Australian Feminist Law Journal*, Vol. 6, 1996.
- Otto D., 'Lost in Translation: Re-scripting the Sexed Subjects of International Human Rights Law', in *International Law and its Others*, Oxford University Press, 2006.
- Otto D., 'Queering Gender Identity in International Law', in *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33, n. 4, 2015.
- Pap A., 'Legal Right to Free Choice of Ethno-Racial Identity?' in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 46, 2016.
- Parks J.A., T.F. Murphy, 'So Not Mothers: Responsibility for Surrogate Orphans', in *Journal of Medical Ethics*, Vol. 44, 2018.
- Parolari P., 'Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso SAS c Francia', in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol.1, 2015.
- Pasqualucci J.M., 'International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', in *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, no. 1, 2009.
- Pasqualucci J.M., 'The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System', in *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006.

- Pasqualucci J.M., 'The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System', in *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31(1), 2008.
- Pennings G., 'Reproductive tourism as moral pluralism in motion', in *Journal of Medical Ethics*, 2002.
- Pentassuglia G., 'Minority Issues as a Challenge in the European Court of Human Rights: A Comparison with the Case Law of the United Nations Human Rights Committee', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2003.
- Pentassuglia G., 'Minority Issues as a Challenge in the European Court of Human Rights: A Comparison with the Case Law of the United Nations Human Rights Committee', in *German Yearbook of International Law*, Vol. 43, 2003.
- Pentassuglia G., 'Minority Protection in International Law: From Standard-Setting to Implementation', in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 68, 1999.
- Pentassuglia G., 'The Strasbourg Court and Minority Groups: Shooting in the Dark or a New Interpretive Ethos?', in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 199, 2012.
- Pentassuglia G., 'Evolving Protection of Minority Groups: Global Challenges and the Role of International Jurisprudence', in *International Community Law Review*, Vol. 11, 2009.
- Peroni L., 'Religion and Culture in the discourse of the European Court of Human Rights: the risk of stereotyping and naturalizing,' in *International Journal of Law in Context*, Vol. 10(2), 2014.
- Peroni L., A. Timmer, 'Vulnerable groups: The promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention law', in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, 2013.
- Perrone Campos P., 'Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um 'giro hermenêutico ecocêntrico'', in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 11, 2020.
- Phillips A., 'What's Wrong with Essentialism?', in *Scandinavian Journal of Social Theory*, Vol. 20, 2010.
- Pino G., 'Diritti fondamentali e principio di proporzionalità', in *Ragion Pratica*, Vol. 34, 2014.
- Pocar F., 'Persecution as a Crime under International Criminal Law', in *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 2, 2010.
- Polgari E., 'European consensus: A conservative and a dynamic force in European human rights jurisprudence' in *International Constitutional Law Journal*, Vol. 12(1), 2018.
- Poli L., 'Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale', in *Rivista di Biodiritto*, Vol. 3, 2015.
- Poli L., 'Artificial Reproductive Technologies and the Right to the Truth about Genetic and Biographic Origins', in *International Journal of Technology Policy and Law*, Vol. 3, 2017.
- Poli L., 'Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019.
- Poli L., 'Human germline genome editing and human rights law: A "brave new world" is not here to come', in *BioLaw Journal*, 2021.
- Posenato N., 'La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali', in *DPCE Online*, Vol. 1, 2018.

Powell C., 'What do genocides kill? A relational conception of genocide', in *Journal of Genocide Research*, Vol. 9, Issue 4, December 2007.

Pustorino P., 'Questioni in materia di tutela internazionale delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo', in *Studi sull'integrazione europea*, Vol. 1, 2006.

Quer G. M., 'Pluralismo e diritti delle minoranze. Il sistema del Millet', in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 18, 2010.

Rachovitsa A., 'Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties', in *Human Rights Law Review*, 2016.

Rains R.E., 'Legal Recognition of Gender Change for Transsexual Persons in the United Kingdom: The Human Rights Act 1998 and Compatibility with European Human Rights Law', in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 33, 2004.

Rao R., 'Assisted Reproductive Technology and the Threat to the Traditional Family', in *Hastings Law Journal*, 1996.

Raz J., 'Multiculturalism', in *Ratio Juris*, 1998.

Ricca M., 'Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale', in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. 2, 2010.

Richardson J., 'Religion, Constitutional Courts, and Democracy in Former Communist Countries', in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, 2006.

Ringelheim J., 'Ethnic Categories and European Human Rights Law', in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 34, 2011.

Ringelheim J., 'Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?', in *German Law Journal*, Vol. 3, 2002.

Ringelheim J., 'Minority protection, data collection and the right to privacy', in *European Yearbook of Minority Issues*, Vol. 6, 2006/7.

Rivera I., 'La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del "best interest of the child": un percorso ermeneutico non sempre coerente' in *Sociologia del diritto*, 2020.

Rodley N.S., 'Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments', *Human Rights Quarterly*, 1995.

Ronen Y., 'Redefining the Child's Right to Identity', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 18, 2004.

Rorive I., 'Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer', in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, 2009.

Rose N., *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty First Century*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

Roseman M.e A. Miller, 'Normalizing Sex and Its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law', in *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 34, 2011.

Rosenblum D., 'Trapped in Sing-Sing: Transgendered Prisoners Caught in the Gender Binarism', in *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 6, 2000.



- Rosenblum D., 'Unisex CEDAW, or What's Wrong With Women's Rights', in *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, 2011.
- Rossi J., V. Abramovich, 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', in *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017.
- Rosting H., 'Protection of Minorities by the League of Nations', in *American Journal of International Law*, 1923.
- Rudolf B., 'European Court of Human Rights: Legal Status of Postoperative Transsexuals', in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, 2003.
- Ruiz Chiriboga O., 'The Right to Cultural Identity of Indigenous Peoples and National Minorities: A Look from the Inter-American System', in *International Journal of Human Rights*, 2006.
- Jackson S., 'Gender, Sexuality and Heterosexuality, The complexity (and limits) of heteronormativity', in *Feminist Theory*, Vol. 7, n. 1, 2006.
- Salerno F., 'Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale', in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992.
- Salvadeo L., 'Il divieto per i dipendenti del pubblico impiego di esibire simboli religiosi in Francia all'esame dei giudici di Strasburgo', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016.
- Sandland R., 'Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights', in *Feminist Legal Studies*, Vol. 11, 2003.
- Sarzo M., 'La nuova procedura consultiva prevista dal protocollo n. 16 alla luce del primo parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità', in *Rivista di diritto internazionale*, 2019.
- Sawari H., J. Aslani and K. Aslani, 'The Protection of National Minorities within the Council of Europe: An Analytical Review', in *International Journal of Humanities*, Vol. 21, 2014.
- Schabas W.A., 'Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide', in *United Nations Audio-visual Library of International Law*, 2008.
- Schabas W.A., 'Whiter genocide? The International Court of Justice finally pronounces', in *Journal of Genocide Research*, Vol. 9(22), 2007.
- Schmid C., 'The Minority Protection System of the League of Nations and the Central and Eastern European States', in *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 7, 2007.
- Scott R., S. Wilkinson, 'Germline Genetic Modification and Identity: The Mitochondrial and Nuclear Genomes', in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, 2017.
- Sereni A.P., 'Il diritto internazionale delle minoranze', in *Rivista di diritto internazionale*, 1929.
- Sereni A.P., 'Problemi nuovi del diritto internazionale delle minoranze', in *Rivista di diritto internazionale*, 1931.
- Sharpe A., 'From Functionality to Aesthetics: The Architecture of Transgender Jurisprudence', in *Murdoch University Electronic Law Journal*, Vol. 8, 2001.
- Sheldon S., 'From Absent Objects to Blame to Fathers who Want to Take Responsibility: Reforming Birth Registration Law', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2009.
- Shelton D., 'The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe', in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003.

- Shelton D., 'The U.N. Human Rights Committee's Decisions', in *Human Rights Dialogue*, Series 2, 2005.
- Simmonds C., 'An Unbalanced Scale: Anonymous Birth and The European Court of Human Rights', in *Cambridge Law Journal*, Vol. 72(2), 2013.
- Sindres L., 'Le tourisme procréatif et le droit international privé', in *Journal du droit international*, 2015.
- Singh B., 'Responses of Liberal-Democratic Societies to Claims from Ethnic Minorities to Community Rights', in *Educational Studies*, Vol. 16, 1993.
- Sinha M.K., 'Decision of the International Court of Justice Involving Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro', in *ISIL YearBook of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. 6, 2006.
- Sivonen L., 'Gender Identity Discrimination in European Judicial Discourse', in *The Equal Rights Review*, Vol. 7, 2011.
- Smekal H., K. Šipulová, 'DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push Through Systemic Change', in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32(3), 2014.
- Sørlie A., 'Legal Gender Meets Reality: A Socio-Legal Children's Perspective', in A. Hellum (edito da), *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, Routledge, 2017.
- Sottiaux S., S. Rummens, 'Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association', in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10.1, 2012.
- Stamatopoulou I., 'Monitoring Cultural Human Rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Rights', in *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012.
- Starita M., 'La sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?', in *Diritti Umani e diritto internazionale*, Vol. 1, 2015.
- Stavros S., 'Cultural Rights for National Minorities: Covering the Deficit in the Protection Provided by the European Convention on Human Rights', in *IALS Bulletin*, Vol. 25, 1997.
- Steiner E., 'Odievre v. France – desperately seeking mother – anonymous births in the European Court of Human Rights', in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, 2003.
- Stewart G.A., 'Interpreting the Child's Right to Identity in the UN Convention on the Rights of the Child', in *Family Law Quarterly*, Vol. 26, 1992.
- Storrow R., 'Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage', in *Hastings Law Journal*, 2002.
- Storrow R., 'Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory', in *Hastings Law Journal*, 2006.
- Stoyanova V., 'Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete', in *Human Rights Law Review*, Volume 23, 2023.
- Straus S., 'Contested Meanings and Conflicting Imperatives: A Conceptual Analysis of Genocide', in *Journal of Genocide Research*, Vol. 3, 2001366.
- Talavera Fernández P., 'Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos', in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 5(28), 2011.

Talpade Mohanty C., 'Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses', in *Feminist Review*, N. 30, 1988.

Tavani C., 'The Protection of Cultural Identity of Minorities in International Law: Individual versus Collective Rights', in *European Yearbook of Minority Issues*, 2010.

Theil S., 'Is the 'living instrument' approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law?', in *European Public Law*, Vol. 23, 2017.

Theilen J. T., 'Beyond the Gender Binary: Rethinking the Right to Legal Gender Recognition', in *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2018.

Thornberry P., 'Is There a Phoenix in the Ashes? International Law and Minority Rights', in *Texas International Law Journal*, 1980.

Thornberry P., 'Self-Determination, Minorities, Human Rights—A Review of International Instruments', in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989.

Timmer A., 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', in *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011.

Tobin J., 'Donor Conceived Individuals and Access to Information about their Genetic Origins: The Relevance and Role of Rights', in *Melbourne Legal Studies Research Paper*, Vol. 591, 2002.

Tobin J., 'The International Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Children's Health: What Does It Mean and Require of States?', in *Human Rights Law Review*, Vol 9, Issue 3, 2009.

Tobin J., R. McNair, 'Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23(1), 2009.

Tobin J., 'To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?', *Melbourne Legal Studies*, Research Paper No. 689, 2015.

Tonolo S., 'Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore', in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014.

Tonolo S., 'Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo', in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015.

Tonolo S., 'L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore', in *Rivista di diritto internazionale*, 2017.

Tonolo S., 'Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione', in *GenIUS*, 2019

Toro M., 'El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', in *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, 2010.

Tournaye C., 'Genocidal Intent before the ICTY', in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 2, 2003.

Triffterer O., 'Genocide: Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such', in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001.

Triger Z., 'Introducing the Political Family: A New Road for Critical Family Law', in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012.

- Trimmings K., P. Beaumont, 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level', in *Journal of Private International Law*, 2011.
- Truscan I., 'Considerations of Vulnerability: From Principles to Action in the Case Law of the European Court of Human Rights', in *Nordic Journal of Law and Justice*, Vol. 36, n. 3, 2013.
- Tulkens F., 'The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism vs. Pluralism', in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, 2009.
- Turkmenbag I., R. Dingwall, T. Murphy, 'The Removal of Donor Anonymity in the UK: The Silencing of Claims by Would- be Parents', in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 22, 2008.
- Vakulenko A., 'Islamic Headscarves' and the European Convention on Human Rights: an Intersectional Perspective', in *Social & Legal Studies*, 2007.
- van Beers B., 'Rewriting the Human Genome, Rewriting Human Rights Law? Human Rights, Human Dignity, and Human Germline Modification in the CRISPR Era', in *Journal of Law and the Biosciences*, 2022.
- Van Bueren G., 'Children's Access to Adoption Records: State Discretion or an Enforceable International Right', in *Modern Law Review*, Vol. 58, 1995.
- van der Schyff G., 'The concept of democracy as an element of the European Convention', in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 28, 2005.
- Van Schaack B., 'The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot', in *Yale Law Journal* Vol. 106, 1997.
- Varvastian S., 'UK's Legalisation of Mitochondrial Donation in IVF Treatment: A Challenge to the International Community or a Promotion of Life-saving Medical Innovation to Be Followed by Others?', in *European Journal of Health Law*, Vol. 22, 2015.
- Verhoeven J. 'Le crime de génocide, originalité et ambiguïté', in *Revue belge de droit international*, 1991.
- Villareal A., 'El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado', in *International Law-Revista Colombiana de derecho internacional*, Vol. 5, 2005.
- Voss M.J., 'Contesting sexual orientation and gender identity at the UN Human Rights Council', in *Human Rights Review*, Vol. 19, 2018.
- Stocking G., *Race, Culture, and Evolution: Essays in the History of Anthropology*, University of Chicago Press, 1982.
- Wade K., 'The Regulation of Surrogacy: a Children's Rights Perspective', in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 29, 2017.
- Wade K., 'Reconceptualizing the Interest in Knowing One's Origins: A Case for Mandatory Disclosure', in *Medical Law Review*, Vol. 28(4), 2020.
- Walker K., 'Moving Gaily Forward - Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe', in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, n. 1, 2001.
- Wallbank J., 'The Role of Rights and Utility in Instituting a Child's Right to Know her Genetic History', in *Social and Legal Studies*, Vol. 13, 2004.
- Warner M., 'Introduction: Fear of a Queer Planet', in *Social Text*, Vol. 9, n. 4, 1991.

Weisbrod C., 'Minorities and Diversities: The Remarkable Experiment of the League of Nations', in *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 2, 1992.

Weiss J.T., 'The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity', in *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issue*, Vol. 10, 2001.

Werck V., 'The Minority Problem and Modern International Law', in *World Justice*, Vol. 7, 1965.

Wheatley S., 'Deliberative Democracy and Minorities', in *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003.

Wolfrum R., 'The Protection of Indigenous Peoples in International Law', in *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 59, 1999.

Wright J., 'Minority Groups, Autonomy, and Self-Determination', in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999.

Yotova R., 'Regulating Genome Editing under International Human Rights Law', in *International and Comparative Law Journal*, 2020.

Yupsanis A., 'Article 27 of the ICCPR Revisited- The right to Culture as a Normative Source for Minority /Indigenous Participatory Claims in the Case Law of the Human Rights Committee', in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 26, 2013.

Yupsanis A., 'Freedom of Association and Minority Diversity in Democratic Society: Aspects of the European Court of Human Rights' Case Law', in *Spanish Journal of International Law*, Vol. 26, 2022.

## **GIURISPUDENZA:**

### **CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO:**

Corte EDU, *Buckley c. Regno Unito*, 1996-IV, 26 settembre 1976.

Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 7 dicembre 1976.

Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, 25 aprile 1978

Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, 9 ottobre 1979.

Corte EDU, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorso n. 7601/76; 7806/77, 13 agosto 1981.

Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, 22 ottobre 1981.

Corte EDU, *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983, Serie A n. 61.

Corte EDU, *X e Y c. Belgio*, ricorso n. 8962/80, 13 maggio 1982.

Corte EDU, *Rasmussen c. Danimarca*, ricorso n. 8777/79, 28 novembre 1984.

Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, ricorso n. 8978/80, 26 marzo 1985.

Corte EDU, *Rees v. The United Kingdom*, ricorso n. 9532/81, 17 ottobre 1986.

Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, 7 luglio 1989.

Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, 27 settembre 1990.

Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 1370/88, 16 dicembre 1992.

Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 260-A, 25 maggio 1993.

Corte EDU, *Kroon c. Paesi Bassi*, ricorso n. 18535/91, 27 ottobre 1994;

Corte EDU, *Könkämä e 38 altri villagi Sami c. Svezia*, ricorso n. 27033/95, 25 novembre 1996.

Corte EDU, *Chiesa cattolica canea c. Grecia*, ricorso n. 25528/94, 16 Dicembre 1997.

Corte EDU, *Partito comunista unito della Turchia e altri c. Turchia*, ricorso n. 133/1996/752/951, 30 gennaio 1998.

Corte EDU, *Halvar c. Svezia*, ricorso n. 34776/97, marzo 1998.

Corte EDU, *Partito socialista ed altri c. Turchia*, ricorso n. 20/1997/804/1007, 25 Maggio 1998.

Corte EDU, *Sidiropoulos e altri c. Grecia*, ricorso n. 57/1997/841/1047, 10 Luglio 1998.

Corte EDU, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorso n. 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 luglio 1998.

Corte EDU, *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, 26 ottobre 1988.

Corte EDU, *Botta c. Italia*, ricorso n. 153/1996/772/973, 24 febbraio 1998.

Corte EDU, *Partito Democrazia e Libertà (ÖZDEP) c. Turchia*, ricorso n. 23885/94, 8 Dicembre 1999.

Corte EDU, *Serif c. Grecia*, ricorso n. 39178/97, 14 dicembre 1999.  
 Corte EDU, *Noack c. Germania*, ricorso n. 46346/99, 25 Maggio 2000.  
 Corte EDU, *Cha'are Shalom e Tsedek c. Francia*, ricorso n. 27417/95, 27 giugno 2000.  
 Corte EDU, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ricorso n. 30985/98, 26 Ottobre 2000.  
 Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito (GC)*, ricorso n. 27238/95, 18 gennaio 2001.  
 Corte EDU, *Beard c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94, 18 gennaio 2001.  
 Corte EDU, *Coster c. Regno Unito*, ricorso n. 24882/94, 18 gennaio 2001.  
 Corte EDU, *Jane Smith c. Regno Unito*, ricorso n. 25154/94, 18 gennaio 2001.  
 Corte EDU, *Lee c. Regno Unito*, ricorso n. 25289/94, 18 gennaio 2001.  
 Corte EDU, *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n. 44599/98, 6 febbraio 2001.  
 Corte EDU, *Dahlab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, 15 febbraio 2001.  
 Corte EDU, *Harrison c. Regno Unito*, ricorso n. 32263/96, 3 maggio 2001.  
 Corte EDU, *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, 10 Maggio 2001.  
 Corte EDU, *Organizzazione macedone Ilinden c. Bulgaria*, ricorsi n. 29221/95 e 29225/95, 2 ottobre 2001.  
 Corte EDU, *Stankov e l'Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, ricorsi n. 29221/95 e 29225/95, 2 ottobre 2001 mi sembra già citata sopra  
 Corte EDU, *Associazione Rhino e altri c. Svizzera*, ricorso n. 48848/07, 11 ottobre 2001.  
 Corte EDU, *Chiesa metropolitana di Bessarabia et al c. Moldavia*, ricorso n. 45701/99, 13 dicembre 2001.  
 Corte EDU, *Mikulic c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, 7 Febbraio 2002.  
 Corte EDU, *Yazar e altri c. Turchia*, ricorsi n. 22723/93, 22724/93 e 22725/93, 9 Aprile 2002.  
 Corte EDU, *Pretty v. The United Kingdom*, ricorso n. 2346/02, 29 aprile 2002.  
 Corte EDU, *I. c. Regno Unito*, ricorso n. 25680/94, 11 luglio 2002.  
 Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, 11 luglio 2002.  
 Corte EDU, *M.G. c. Regno Unito*, ricorso n. 39393/98, 24 settembre 2002.  
 Corte EDU, *Hatton e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, 2003.  
 Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, ricorso n. 42326/98, 13 febbraio 2003.  
 Corte EDU, *Van Kück v. Germany*, ricorso n. 35968/97, 12 giugno 2003  
 Corte EDU, *Gorzelik et al c. Polonia*, ricorso n. 44158/98, 17 febbraio 2004.  
 Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, ricorso n. 66746/01, 27 maggio 2004  
 Corte EDU, *Supremo sacro consiglio della Comunità musulmana c. Bulgaria*, ricorso n. 39023/97, 16 dicembre 2004.  
 Corte EDU, *Noack c. Germania*, inammissibilità, 25 maggio 2005.  
 Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, ricorsi n. 43577/98 e 43579/98, 6 luglio 2005.  
 Corte EDU, *Moldovan e altri c. Romania*, ricorso n. 64320/01, 12 luglio 2005.  
 Corte EDU, *Moldovan e altri c. Romania (n. 2)*, ricorso n. 41138/98 e 64320/01, 12 luglio 2005.  
 Corte EDU, *Organizzazione macedone unita Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*, ricorso n. 44079/98, 20 ottobre 2005.  
 Corte EDU, *Organizzazione macedone unita Ilinden-PIRIN e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 59489/00, 20 ottobre 2005.  
 Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 10 novembre 2005.  
 Corte EDU, *Ivanov e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 46336/99, 24 novembre 2005.  
 Corte EDU, *Timishev c. Russia*, ricorsi n. 55762/00 e 55974/00, 13 dicembre 2005.  
 Corte EDU, *Bekos e Koutropoulos c. Grecia*, ricorso n. 15250/02, 13 dicembre 2005.  
 Corte EDU, *Mizzi c. Malta*, ricorso n. 26111/02, 12 gennaio 2006.  
 Corte EDU, *Organizzazione macedone unita Ilinden e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 59491/00, 19 gennaio 2006.  
 Corte EDU, *Ouranio Toxo c. Grecia*, ricorso n. 74989/01, 20 gennaio 2006.  
 Corte EDU, *Kurtulmus c. Turchia*, ricorso n. 6550/01, 24 gennaio 2006.  
 Corte EDU, *Köse and others c. Turchia*, ricorso n. 26625/02, febbraio 2006.  
 Corte EDU, *Mortensen c. Danimarca*, ricorso n. 1338/03, 15 maggio 2006.  
 Corte EDU, *Jäggi c. Svizzera*, ricorso n. 56757/00, 13 luglio 2006.  
 Corte EDU, *Esercito della Salvezza di Mosca c. Russia*, ricorso n. 72881/01, 5 gennaio 2007.  
 Corte EDU, *Karaduman c. Turchia*, ricorso n. 41296/04, 3 aprile 2007.  
 Corte EDU, *Chiesa di Scientology di Mosca c. Russia*, ricorso n. 18147/02, 5 aprile 2007.  
 Corte EDU, *Bączkowski e altri c. Polonia*, ricorso n. 1543/06, 3 maggio 2007.  
 Corte EDU, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, 28 giugno 2007.  
 Corte EDU, *Jevremovic c. Serbia*, ricorso n. 3150/05, 17 luglio 2007.  
 Corte EDU, *L. c. Lituania*, ricorso n. 27527/03, 11 settembre 2007

Corte EDU, *D.H e altri c Repubblica ceca* (GC), ricorso n. 57325/00, 13 novembre 2007.

Corte EDU, *Phinikaridou c. Cipro*, ricorso n. 238/90, 20 dicembre 2007.

Corte EDU, *Bekir Ousta e altri c. Grecia*, ricorso n. 35151/05, 11 gennaio 2008.

Corte EDU, *Stoica c. Romania*, ricorso n. 42722/02, 3 marzo 2008.

Corte EDU, *Associazione turca di Xanthi e altri c. Grecia*, ricorso n. 26698/05, 27 marzo 2008.

Corte EDU, *Sampanis e altri c Grecia*, ricorso n. 32526/05, 5 giugno 2008.

Corte EDU, *Dogru c. Francia*, ricorso n. 27058/05, 4 dicembre 2008.

Corte EDU, *Kervaci c. Francia* ricorso n. 31645/04, 4 dicembre 2008.

Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30566/04, 4 dicembre 2008.

Corte EDU, *Sacro sinodo della Chiesa bulgara ortodossa e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 35677/04, 22 gennaio 2009.

Corte EDU, *Turan Cakir c. Belgio*, ricorso n. 44256/06, 10 marzo 2009.

Corte EDU, *Schlumpf c. Svizzera*, ricorso 29002/06, 5 giugno 2009.

Corte EDU, *Kimlya e altri c. Russia*, ricorsi n. 76836/01 e 32782/03, 23 giugno 2009.

Corte EDU, *Bayrak c. Francia*, ricorso n. 14308/08, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Gamaleddyn c. Francia*, ricorso n. 18527/08, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Aktas c. Francia*, ricorso n. 43563/08, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Ghazal c. Francia*, ricorso n. 29134/08, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *J. Singh c. Francia*, ricorso n. 25463/08, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna*, ricorso n. 2580/04 e 25817/04, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Etxeberria e altri c. Spagna*, ricorsi n. 35579/03, 35613/03, 35634/03, 30 giugno 2009.

Corte EDU, *Tebieti Mühafize Cemiyeti e Israfilov c. Azerbaijan*, ricorso n. 37083/038 ottobre 2009.

Corte EDU, *Muñoz Díaz c Spagna*, ricorso n. 49151/07, 8 dicembre 2009.

Corte EDU, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, ricorsi n. 27996/06 e 34836/06, 22 dicembre 2009.

Corte EDU, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, ricorso n. 41135/98, 23 febbraio 2010.

Corte EDU, *Oršuš and Others c Croazia*, ricorso n. 15766/03, 16 marzo 2010.

Corte EDU, *Villaggio Sami Handölsdalen e altri c. Svezia*, ricorso n. 39013/04, 30 marzo 2010.

Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, 1° aprile 2010.

Corte EDU, *Ciuboratu c. Moldavia*, ricorso n. 27138/04, 27 aprile 2010.

Corte EDU, *Alajos Kiss c Ungheria*, ricorso n. 38832/06, 20 maggio 2010.

Corte EDU, *Testimoni di Geova e altri c. Russia*, ricorso n. 302/02, 10 giugno 2010.

Corte EDU, *Grönmark c. Finlandia*, ricorso n. 17038/04, 6 luglio 2010

Corte EDU, *Backlund c. Finlandia*, ricorso n. 36498/05, 6 luglio 2010.

Corte EDU, *Ciubotaru c. Moldavia*, ricorso n. 27138/04, 27 luglio 2010.

Corte EDU, *Chavdarov c. Bulgaria*, ricorso n. 3465/03, 21 novembre 2010.

Corte EDU, *Hadep e Demir c. Turchia*, ricorso n. 28003/03, 14 dicembre 2010.

Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, 21 gennaio 2011.

Corte EDU, *Soare e altri c. Romania*, ricorso n. 24329/02, 3 marzo 2011.

Corte EDU, *Kiyutin c Russia*, ricorso n. 2700/10, 10 marzo 2011.

Corte EDU, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, 3 maggio 2011.

Corte EDU, *Kruskovic c. Croazia*, ricorso n. 46185/08, 21 giugno 2011.

Corte EDU *Organizzazione macedone unita Ilinden e Ivanov c. Bulgaria (no. 2)*, ricorso n. 37586/04, 18 ottobre 2011.

Corte EDU, *S.H. e Altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00, 3 novembre 2011.

Corte EDU: *V.C. c Slovacchia*, ricorso n 18968/07, 8 novembre 2011.

Corte EDU, *AMM c. Romania*, ricorso n. 2151/10, 14 febbraio 2012.

Corte EDU, *Kautzor c. Germania*, ricorso n. 23338/09 22 marzo 2012.

Corte EDU, *Ahrens c. Germania*, ricorso n. 45071/09, 22 marzo 2012.

Corte EDU, *Piechowiec c. Polonia*, ricorso n. 20071/07, 17 aprile 2012.

Corte EDU, *Yordanova et al c. Bulgaria*, ricorso n. 25446/06, 24 aprile 2012.

Corte EDU, *Aksu c. Turchia*, ricorso n. 4149/04, 23 maggio 2012.

Corte EDU, *B.S. c. Spagna*, ricorso n. 47159/08, 24 luglio 2012.

Corte EDU, *Makhashevy c. Russia*, ricorso n. 20546/07, 31 luglio 2012.

Corte EDU, *Fedorchenko e Lozenko c. Ucraina*, ricorso n. 387/08, 20 settembre 2012.

Corte EDU, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09, 25 settembre 2012.

Corte EDU, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria*, ricorso n. 70945/11, 27 settembre 2012.

Corte EDU, *G.B. e R.B. c. la Repubblica di Moldavia*, ricorso no. 16761/09, 18 dicembre 2012.

Corte EDU, *Eweida e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, 15 gennaio 2013.

Corte EDU, *Laakso c. Finlandia*, ricorso n. 7361/05, 15 gennaio 2013.

Corte EDU, *Horváth and Kiss c. Ungheria*, ricorso n. 11146/11, 29 gennaio 2013.

Corte EDU, *Röman c. Finlandia*, ricorso n. 13072/05, 29 gennaio 2013.

Corte EDU, *Krisztián Barnabás Tóth c. Ungheria*, ricorso n. 48494/06, 12 febbraio 2013.

Corte EDU, *M.C. and A.C. v. Romania*, ricorso n. 12060/12, 12 aprile 2013.

Corte EDU, *Lavida e altri c. Grecia*, ricorso n. 7973/10, 30 maggio 2013.

Corte EDU, *Winterstein et al c. Francia*, ricorso n. 27013/07, 17 ottobre 2013.

Corte EDU, *A.L. c. Polonia*, ricorso n. 28609/08, 8 febbraio 2014.

Corte EDU, *Abdu c. Bulgaria*, ricorso n. 26827/08, 11 marzo 2014.

Corte EDU, *I.S. c. Germania*, ricorso n. 31021/08, 5 giugno 2014.

Corte EDU, *Centro biblico della Repubblica Chuvash c. Russia*, ricorso n. 33203/08, 12 giugno 2014.

Corte EDU, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 26 giugno 2014.

Corte EDU, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 26 giugno 2014.

Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, ricorso n. 43835/11, 1° luglio 2014.

Corte EDU, *Antayev e altri c. Russia*, ricorso n. 37966/08, 3 luglio 2014.

Corte EDU, *Marinis c. Grecia*, ricorso n. 3004/10, 9 ottobre 2014.

Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, 27 gennaio 2015.

Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia*, ricorso n. 14793/08, 15 marzo 2015.

Corte EDU, *Identoba and Others v Georgia*, ricorso n. 73235/12, 12 maggio 2015.

Corte EDU, *Casa della Civilizzazione macedone c. Grecia*, ricorso n. 1295/10, 9 luglio 2015.

Corte EDU, *Ebrahimian c. Francia*, ricorso n. 64846/11, 26 novembre 2015.

Corte EDU, *Soares de Melo c. Portogallo*, ricorso n. 72850/14, 16 febbraio 2016.

Corte EDU, *Dogan e altri c. Turchia*, ricorso n. 62649/10, 26 aprile 2016.

Corte EDU, *Mandet c. Francia*, ricorso n. 30955/12, 14 giugno 2016.

Corte EDU, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, 21 luglio 2016.

Corte EDU, *Mozer c. Repubblica di Moldavia e Russia*, ricorso n. 11138/10, 21 ottobre 2016.

Corte EDU, *L.D. e P.K. c. Bulgaria*, ricorsi n. 7949/11 e 45522/13, 8 dicembre 2016.

Corte EDU, *Király e Dömötör c. Ungheria*, ricorso n. 10851/13, 17 gennaio 2017.

Corte EDU, *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13, 19 gennaio 2017.

Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, 24 gennaio 2017.

Corte EDU, *R.L. e altri c. Danimarca*, ricorso n. 52629/11, 7 marzo 2017.

Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, ricorso n. 79885/12, 52471/13, 52596/13, 6 aprile 2017.

Corte EDU, *Metodiev and Others v. Bulgaria*, App no. 58088/08, 15 giugno 2017.

Corte EDU, *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, ricorso n. 37798/13 11 luglio 2017.

Corte EDU, *Dakir c. Belgio*, ricorso n. 4619/12, 11 luglio 2017.

Corte EDU, *V.K. v. Russia*, ricorso 9139/08, 18 settembre 2017.

Corte EDU, *Silva e Mondim Correira c. Portogallo*, ricorso n. 72105/14 e 20415/15, 3 ottobre 2017.

Corte EDU, *Lebois c. Bulgaria*, ricorso n. 67482/14, 19 ottobre 2017.

Corte EDU, *Hamidovic c. Bosnia Erzegovina*, ricorso n. 57792/15, 2017.

Corte EDU, *Organizzazione macedone unita Ilinden c. Bulgaria*, ricorso n. 29496/16, 11 gennaio 2018.

Corte EDU, *D.R. c. Lituania*, ricorso n. 691/15, 26 giugno 2018.

Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia*, ricorso n. 20452/14, 19 dicembre 2018

Corte EDU, *X c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 29683/16, 17 gennaio 2019.

Corte EDU, *Burlyta e altri c. Ucraina*, ricorso n. no. 3289/10, 6 febbraio 2019.

Corte EDU, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001, del 10 aprile 2019.

Corte EDU, *Tasev c. Macedonia del Nord*, ricorso n. 9285/13, 15 maggio 2019.

Corte EDU, *Zhdanov e altri c. Russia*, ricorso n. 12200/08, 16 luglio 2019.

Corte EDU, *Çapın c. Turchia*, ricorso n. 44690/09, 15 ottobre 2019.

Corte EDU, *Cința c. Romania*, ricorso 3891/19, 18 febbraio 2020.

Corte EDU, *Club macedone per la Tolleranza etnica ein Buglaria e Radonov c. Bulgaria*, ricorso n. 67197/2013, 28 maggio 2020.

Corte EDU, *Boljević c. Serbia*, ricorso n. 47443/14, 16 giugno 2020.

Corte EDU, *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, 16 luglio 2020.

Corte EDU, *Klaus Müller c. Germania*, ricorso n. 24173/18, 19 novembre 2020.



Corte EDU, *X e Y. c. Romania*, ricorsi n. 2145/16 e 20607/16, 19 gennaio 2021.  
Corte EDU, *Budinova e Chaprazov c. Bulgaria*, ricorso n. 12567/13, 4 marzo 2021.  
Corte EDU, *Vavrička e altri c. Repubblica ceca*, ricorsi n. 47621/13 e altri 5, 8 aprile 2021.  
Corte EDU, *Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, 18 maggio 2021.  
Corte EDU, *M. A. c. Danimarca*, ricorso n. 6697/18, 9 luglio 2021.  
Corte EDU, *Lavanchy c. Svizzera*, ricorso n. 69997/17, 19 ottobre 2021.  
Corte EDU, *A.M. c. Norvegia*, ricorso n. 30254/18, 24 marzo 2022.  
Corte EDU, *Taganrog LRO e altri c. Russia*, ricorso n. 32401/10, 7 giugno 2022.

### **CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI (IACHR):**

IACHR, *Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)*, 1985.  
IACHR, *Advisory Opinion OC-10/89, Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, 14 luglio 1989.  
IACHR, *Street Children (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala*, Merits, Judgment, Series C No. 63, 19 novembre 1999.  
IACHR *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Merits, Judgment, Series C No. 70, 25 novembre 2000.  
IACHR, *Ivcher Bronstei v Peru*, Merits, Reparations and Cost, Judgment, 6 febbraio 2001.  
IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 79, 31 agosto 2001.  
IACHR, *Advisory Opinion OC-18/03, Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, 17 Settembre 2003.  
IACHR, *Moiwana Community v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 124, 15 giugno 2005.  
IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 125, 17 giugno 2005.  
IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Moiwana Community v Suriname*, Interpretation of the Judgment of Merits, Reparations, and Costs, 8 febbraio 2006.  
IACHR, *Yakye Axe Indigenous Community*, cit.; *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 146, 29 marzo 2006.  
IACHR, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Series C No. 146, 29 maggio 2006.  
IACHR, *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs Judgment, Series C No. 172, 28 novembre 2007.  
IACHR, *Chitay Nech et al v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No 212, 25 maggio 2010.  
IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs. Judgment, Series C No. 214, 24 agosto 2010.  
IACHR, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, Merito, Merits, Reparations and Costs, sentenza del 24 febbraio 2012, Serie C n. 238.  
IACHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Merits and Reparations, Judgment, Series C No. 245, 27 giugno 2012.  
IACHR, *Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 270, 20 novembre 2013.  
IACHR, *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 284, 14 ottobre 2014.  
IACHR, *Community Garifuna Triunfo de la Cruz and its members v. Honduras*, Merits, Reparations, and Costs Judgment, Series C No. 305, 8 ottobre 2015.  
IACHR, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 309, 25 novembre 2015.  
IACHR, *Advisory Opinion OC- 22/16, Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter- American Human Rights System*, Series A No. 22, 26 febbraio 2016.  
IACHR, *Duque c. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, 26 febbraio 2016.  
IACHR, *I.V. v. Bolivia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No 329, 30 novembre 2016.

IACHR, *Lagos del Campo v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 340, 31 agosto 2017.

IACHR, *Advisory Opinion OC-23/17, The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, 15 novembre 2017.

IACHR, *Trabajadores Cesados de Petroper e altri v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 375, 23 novembre 2017.

IACHR, *Poblete Vilches et al. v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 349, 8 marzo 2018.

IACHR, *Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 59, 3 agosto 2018.

IACHR, *Muelle Flores v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C No. 375, 6 marzo 2019.

IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*, Merits, Reparations, and Costs. Judgment, Series C No. 400, 6 febbraio 2020.

IACHR, *Azul Rojas Marín e altri c. Perù*, Merits, Reparations and Costs, 12 marzo 2020, Serie C n. 402.

IACHR, *Benites Cabrera et al. v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Series C No. 465, 4 ottobre 2022.

### **CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE:**

CPGI, *Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland*, opinione consultiva, Ser. B No. 6, 1923.

CPGI, *Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland*, opinione consultiva, Ser. B N. 6, 1923.

CPGI, *Question concerning the Acquisition of Polish Nationality*, opinione consultiva, Ser. B N. 7, 1923.

CPGI, *Rights of Minorities in Upper Slesia*, sentenza, Serie A N. 15, 1928.

CPGI, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, opinione consultiva, Ser. B N. 15, 1928.

CPGI, *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Greco-Bulgarian Communities)*, opinione consultiva, Ser. B. N. 17, 1930.

CPGI, *Access to German Minority Schools in Upper Silesia*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 40, 1931.

CPGI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 44, 1933.

CPGI, *Minority Schools in Albania*, opinione consultiva, Ser. A/B N. 64, 1935.

### **CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA:**

CIG, *The Reservation to the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15, ICGJ 227 (ICJ 1951), 28 maggio 1951.

CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase*, 5 febbraio 1970.

CIG, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 febbraio 2007.

CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, ICJ Reports 2015.

### **TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX-JUGOSLAVIA:**

ICTY, *Prosecutor v Nikolić*, Review of Indictment Pursuant to Rule 61, IT-94-2-R61, 20 ottobre 1995.

ICTY, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Judgment, Trial Chamber, IT-95-10-T, 14 dicembre 1999.

ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Judgment, IT-95-16-T, Trial Chamber, 14 gennaio 2000.

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Judgment, IT-95-14-T, Trial Chamber, 3 marzo 2000.

ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Judgment, IT-95-14/2-A, Trial Chamber, 26 febbraio 2001.

ICTY, *The Prosecutor v Krstić*, Judgment, IT-98-33-T, 2 Agosto 2001.

ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 aprile 2004.

ICTY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, Judgment, IT-02-60-T, Trial Chamber I, Section A, 17 gennaio 2005.

ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Appeals Chamber, IT-97-24-A, Judgment, 22 Marzo 2006.  
ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgment, IT-00-39-T, Trial Chamber I, 27 settembre 2006.  
ICTY, *Prosecutor v. Šainović et al.*, Judgement, IT-05-87-T, Trial Chamber, 26 febbraio 2009.  
ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Judgement, Volume 3 of 6, IT-04-74-T, Trial Chamber, 29 maggio 2013.  
ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Judgment, IT-95-5/18-T, Trial Chamber, 24 marzo 2016.

**TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER IL RUANDA:**

ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Chamber I, ICTR-96-4-T, 2 settembre 1998.  
ICTR, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, Trial Chamber, ICTR-95-1-T, Judgment, 21 maggio 1999.  
ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment and Sentence, ICTR-96-3-T, 6 dicembre 1999.  
ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Judgment, ICTR-96-13-T, 27 gennaio 2000.  
ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Trial Chamber, ICTR-95-1A-T, Judgment, 7 giugno 2001  
ICTR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment and Sentence, ICTR-97-20-T, Trial Chamber III, 15 maggio 2003.  
ICTR, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Judgment and Sentence, ICTR-98-44-T, Trial Chamber II, 1 dicembre 2003.  
ICTR, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Judgment and Sentence, ICTR-99-54A-T, Trial Chamber II, 23 gennaio 2004.