

Rivista: *DIRITTI UMANI E DIRITTO INTERNAZIONALE*
3 fascicoli all'anno Franco Angeli Editore

Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani*

Massimo Starita

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La teoria della democrazia deliberativa: tre elementi problematici. – 3. La democrazia deliberativa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: *a)* inesistenza nella CEDU di un diritto soggettivo a procedimenti di formazione delle decisioni pubbliche di tipo deliberativo. – 4. *Segue: b)* protezione, attraverso l'art. 1 del Protocollo n. 12, del diritto a non essere discriminati nell'accesso a fori di discussione pubblica. – 5. *Segue: c)* tecniche di tutela dei *pre-supposti* della deliberazione. – 6. *Segue: d)* tecniche di tutela dei *risultati* del processo deliberativo. – 6.1. La trasparenza e l'apertura dei procedimenti legislativi e amministrativi alla partecipazione della società civile. – 6.2. L'osservazione continua delle tendenze in atto nella società. – 6.3. Il carattere non negoziato delle scelte legislative. – 7. Indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza riguardo al problema dei rapporti tra democrazia deliberativa e democrazia rappresentativa; tra democrazia deliberativa e diritti di partecipazione politica e tra democrazia deliberativa e *judicial review*.

1

1. – Considerazioni preliminari

In queste pagine ci occuperemo dei rapporti tra la teoria della democrazia deli-

* Il presente lavoro costituisce una versione rielaborata della relazione presentata dall'Autore al convegno "Democracy, Human Rights and International Law", svoltosi a Catania il 18 dicembre 2009. Esso inoltre è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 "Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione", Responsabile nazionale prof. Ennio Triggiani (Prot. 2007ETKBLF).

Diritti umani e diritto internazionale, 4 (2010) pp. 245-278

berativa (d'ora in poi DD) e la Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in poi CEDU o Convenzione). Proveremo a stabilire quale ruolo possa essere attribuito in sede di interpretazione ed applicazione delle norme convenzionali alla concezione deliberativa della democrazia, e cioè ad un modello teorico che, elaborato a partire dagli inizi degli anni '80, è poi divenuto rapidamente il modello prevalente nella letteratura sulla democrazia. Si tratterà, in altri termini, di capire se la Corte europea dei diritti umani (d'ora in poi Corte) possa aprirsi in qualche modo, o se magari si sia già aperta, alle suggestioni di tale teoria.

Prima di entrare nel vivo dei problemi che ci siamo posti, ed al fine di apprezzare l'interesse che essi possono presentare nell'ambito del più ampio tema dei rapporti tra democrazia e Convenzione, è opportuno ricordare che nella giurisprudenza della Corte non si è sviluppata una concezione unitaria di 'democrazia'. Il termine è stato infatti impiegato in almeno due significati, di cui uno *sostanziale* e l'altro *procedurale*. Dal primo punto di vista, è democratica secondo la Corte quella società che riconosce e garantisce i diritti fondamentali; sotto il secondo profilo, è democratico quello Stato in cui le decisioni della collettività sono prese sulla base del principio di maggioranza da un corpo legislativo composto di rappresentanti del popolo, eletti attraverso elezioni libere ed eque, ad intervalli regolari. La caratteristica fondamentale della democrazia in queste due concezioni è dunque diversa: in quella procedurale essa ha a che fare con "chi è autorizzato a prendere decisioni collettive e con quali *procedure*" (per usare le parole di Bobbio¹); in quella sostanziale, invece, democrazia è sinonimo di costituzionalismo e sta ad indicare *cosa* può essere legittimamente deciso e cosa no, nel senso che non potrà essere considerato democratico uno Stato in cui è permesso rimettere in discussione i diritti fondamentali attraverso decisioni adottate sulla base dei principi di maggioranza e del suffragio universale. Anche i valori protetti da queste due accezioni del termine 'democrazia' sono diversi. Nel suo significato procedurale il valore è costituito dal procedimento che conduce all'adozione delle decisioni pubbliche più importanti. In questa concezione, tale procedimento è di per sé un bene degno di protezione e si ricollega al principio dell'autonomia *politica* dei cittadini, che pretende che coloro che sono destinatari del diritto partecipino con pari opportunità ai suoi processi formativi. Considerata da un punto di vista sostanziale, invece, la democrazia protegge il valore dell'autonomia *individuale* dei cittadini, e quindi il rispetto dei diritti e delle libertà protetti nella Convenzione.

La concezione sostanziale della democrazia è la prima ad essersi consolidata nella giurisprudenza di Strasburgo. Essa è venuta in rilievo, infatti, sin dai primi anni di vita della Corte, nelle pronunce relative agli articoli 6, par. 1; 8, par. 2; 9, par. 2; 10, par. 2 e 11, par. 2; tutte disposizioni che ammettono interferenze nei diritti garantiti di fronte ad alcune ben individuate esigenze di tipo collettivo, ma

¹ N. BOBBIO, "Il futuro della democrazia", in *Nuova civiltà delle macchine* 1984, p. 11 e ss., ora in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, p. 4.

solo a condizione che tali esigenze siano compatibili con le caratteristiche di una 'società democratica'. È noto che quest'ultima espressione significa, secondo la Corte, che beni e valori quali l'ordine pubblico, la morale pubblica, il benessere economico del paese, e altri ancora, non sono destinati a prevalere sistematicamente sui diritti, ma che al contrario gli Stati contraenti sono chiamati a trovare un ragionevole equilibrio tra interessi pubblicistici e interessi di tipo individuale, in modo da evitare sproporzionate invasioni nella sfera dei diritti fondamentali². La nozione di 'società democratica' accolta dalla Corte nelle pronunce relative a casi di compressione dei diritti limitabili corrisponde insomma a quella di una società ispirata ai principi del costituzionalismo politico, una società cioè fondata sul rispetto dei diritti fondamentali, nella quale sono sì ammissibili interferenze nel godimento dei diritti stessi, ma solo a condizione che sia rispettato un nesso di proporzionalità³.

È facile notare inoltre che nella giurisprudenza della Corte relativa ai diritti limitabili il concetto di società democratica si è ulteriormente sviluppato in senso valoriale. Il peso dei diritti nel bilanciamento con gli interessi pubblicistici risulta rafforzato, infatti, da una visione forte che la Corte ha manifestato del liberalismo politico, racchiusa nella formula – utilizzata in molte importanti pronunce relative alle interferenze statali con la libertà d'espressione – "*pluralism, tolerance and broadmindedness*"⁴.

Una concezione di 'società democratica' fortemente valutativa si è poi estesa a tutto il campo d'applicazione della Convenzione. Molti diritti protetti sono stati

² Per una diversa interpretazione del testo degli artt. 8-11, secondo par., v. J. D'ASPROMONT, *L'Etat non démocratique en droit international. Etude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, 2008, p. 34. Secondo questo Autore, la CEDU "se contente d'ériger la démocratie en une condition du respect des droits de l'homme et non l'inverse. C'est d'ailleurs ce que confirment les clauses limitatives de la Convention selon lesquelles des atteintes à certains droits sont licites aussi longtemps qu'elles sont nécessaires dans une société démocratique". V. però la nota 165, in cui l'Autore rileva che "ces clauses reposent sans doute aussi sur la présupposition qu'un Etat démocratique ne va pas abusivement recourir aux limitations à ces droits".

³ Sul legame tra il concetto di 'società democratica' richiamato nelle clausole d'interferenza della CEDU e il principio di proporzionalità v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, pp. 67-70. Per una delle prime affermazioni di carattere generale del "particolare valore" che gli Stati devono riconoscere al rispetto dei diritti umani nella ricerca di un "giusto equilibrio" con l'interesse generale della comunità in sede di regolamentazione dei diritti, v. Corte europea dei diritti umani, *Certi aspetti del regime linguistico in Belgio*, ricorsi n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentenza del 23 luglio 1968, par. 1, lett. IB5 delle considerazioni in diritto.

⁴ V. ad esempio Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 49. È stato opportunamente notato che "these foundational features of the Court's conception of democratic society reinforce the special weight to be given to individual rights when assessing the legitimacy of an interference with a particular right", D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, 2009, p. 352.

considerati dalla Corte come incarnanti dei ‘valori fondamentali’ di una società democratica (nella giurisprudenza si trovano espressioni analoghe quali ‘principi fondamentali’, ‘fondamenti essenziali’, e così via). Ciò è avvenuto non solo per i diritti idonei a tutelare direttamente l’aspirazione del singolo a partecipare alla vita politica (come la libertà di espressione o la libertà di associazione), ma anche per altri diritti, come il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposto a tortura o trattamenti disumani o degradanti, il divieto di schiavitù e lavoro forzato, il diritto al giudice, la libertà di religione e il principio di non discriminazione⁵.

Si può affermare, in altri termini, che nella giurisprudenza della Corte l’esigenza di rispettare i diritti fondamentali costituisce una ‘precondizione’ della democrazia, e non è azzardato mettere in relazione questo modo di vedere i rapporti tra democrazia e CEDU con una linea teorica che riconosce l’esistenza di uno stretto legame tra diritti e democrazia, definito in termini di co-originarietà⁶.

Quanto invece alla concezione procedurale della democrazia, ad essa fa espressamente rinvio l’art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU, che impegna le Alte Parti contraenti “ad organizzare ad intervalli ragionevoli, elezioni libere a scrutinio segreto, in condizioni da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo”. Tuttavia, la sua effettiva garanzia nel sistema di tutela dei diritti delineato dalla Convenzione e dai suoi Protocolli ha stentato ad affermarsi, per la diffusa opinione che tale disposizione fosse fonte esclusivamente di obblighi interstatali. La principale ragione di questo modo di vedere è da rintracciare nella particolare formulazione della disposizione: alla solenne proclamazione in essa contenuta, infatti, non sono espressamente ricollegate precise ‘contropartite’ in termini di diritti individuali.

Solo un lento processo evolutivo ha condotto prima la Commissione, e poi la

⁵ Si tratta di una tendenza ben nota alla dottrina. V. in particolare le osservazioni di F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Parigi, 2008, p. 221. V. ad es. le seguenti pronunce della Corte: sul diritto alla vita, *McCann e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 18984/91, sentenza del 27 settembre 1995, par. 147; sul diritto a non essere sottoposto a tortura o trattamenti disumani o degradanti, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 88; sul divieto di schiavitù e lavoro forzato, *Siliadin c. Francia*, ricorso n. 73316/01, sentenza del 26 luglio 2005, par. 112; sul diritto al giudice, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975, par. 35; sulla libertà di religione, sentenza del 13 febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, ricorsi nn. 41349/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, par. 90; sul principio di non discriminazione, vedi la sentenza citata da ultimo, par. 119.

⁶ Vedi J. RAWLS, *Political Liberalism*, 2nd ed., New York, 1996, pp. 310-324; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto*, Frankfurt am Main, 1992, ed. it., Milano, 1996, pp. 143-157, in particolare p. 147. Sulla tendenza più generale volta a ricomprendere entro il concetto di democrazia “tutti i principali valori politici: giustizia sociale, eguaglianza, rispetto per la persona, autonomia, diritti” vedi A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Bari, 2003, p. 10. Come nota l’Autrice, il termine ‘democrazia’ ha assunto questa connotazione commendatoria nel dibattito politico quotidiano come nell’ambito della filosofia politica accademica.

Corte, a ricavare da tale disposizione diritti degli individui in materia elettorale. In maniera estremamente sintetica, i passaggi fondamentali di tale processo possono essere così riassunti: a partire dal 1961, l'art. 3 del primo Protocollo è stato inteso dalla Commissione come fonte di un diritto individuale di carattere istituzionale *ad elezioni*, un diritto cioè ad ottenere da parte dello Stato l'organizzazione di elezioni libere e periodiche ai fini della scelta del corpo legislativo⁷; poi, dal 1967, la Commissione ha ritenuto che da tale disposizione potesse ricavarsi un diritto individuale ad elezioni (legislative) improntate al principio del suffragio universale, per quanto quest'ultimo principio non vi sia espressamente formulato⁸; quindi, a partire dal 1974 la Commissione ha letto nella stessa disposizione il riconoscimento di diritti di elettorato attivo e passivo ai fini della scelta del corpo legislativo⁹. Infine, a partire dalla sentenza *Mathieu-Mohin e Clerfayt contro Belgio* del 2 marzo 1987, la Corte ha sostanzialmente fatto propri i risultati raggiunti dalla Commissione, dichiarando anch'essa che l'art. 3 del Protocollo addizionale attribuisce agli individui diritti di elettorato¹⁰.

Interessa notare che la Corte si preoccupa, in questa pronuncia, di porre in luce la particolare importanza – lo speciale *valore* – che ha l'art. 3 del Primo Protocollo ai fini della tenuta di tutto il sistema convenzionale. I giudici di Strasburgo sottolineano, infatti, che il rispetto delle libertà fondamentali “riposa – come enunciato nel Preambolo della Convenzione – essenzialmente su di un regime politico veramente democratico”. Posto che la disposizione che si tratta d'interpretare consacra un principio caratteristico di tale regime, la Corte afferma che essa “revêt donc dans le système de la Convention une importance capitale”¹¹.

⁷ Commissione europea dei diritti umani, *X. c. Belgio*, ricorso n. 1028/61, decisione del 18 settembre 1961, in *Annuaire de la Convention* 1961, vol. 4, p. 338. Secondo la Commissione, infatti, l'art. 3 del Protocollo addizionale “does not guarantee the right to vote, to stand for election or to be elected ... but solely the right whereby Contracting States hold free elections at reasonable intervals”.

⁸ Commissione europea dei diritti umani, *X. c. Repubblica Federale di Germania*, ricorso n. 2728/66, decisione del 6 ottobre 1967, in *Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme* 1968, vol. 25, pp. 38-41. Secondo la Commissione “this undertaking of the Contracting Parties to hold free elections implies the recognition of universal suffrage”. Inoltre, come conseguenza di ciò, “the complaint by an individual under Article 25 of the Convention that he was prevented from voting gives rise to an examination by the Commission of the implementation of this obligation”.

⁹ Commissione europea diritti umani, *W., X., Y. e Z. c. Belgio*, ricorsi nn. 6745/74 e 6746/74, decisione del 30 maggio 1975, in *Décisions et Rapports. Commission européenne des droits de l'homme* 1975, vol. 2, p. 110 e ss. La Commissione osserva che tale disposizione “garantit en principe le droit de vote et le droit de se porter candidat lors de l'élection du corps législatif”.

¹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, ricorso n. 9267/81, sentenza del 2 marzo 1987, par. 51.

¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, cit., par. 47. Uno speciale valore ai diritti di partecipazione politica era peraltro già stato attribuito dalla Commissione nella decisione del 7 marzo 1984, *M. c. Regno Unito*, ricorso n. 10316/83, dove si affer-

Come segno della consacrazione definitiva dei valori della democrazia procedurale nel sistema CEDU di protezione dei diritti umani, la Corte ha poi affermato, nella nota pronuncia resa il 30 gennaio 1998 nel caso *Partito comunista unificato di Turchia*, che la democrazia è “l’unico modello politico compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo”¹².

È certo lecito leggere insieme le due concezioni della democrazia sviluppate dalla Corte – quella procedurale e quella sostanziale – e suggerire che dalla giurisprudenza di Strasburgo si possa ricavare una nozione di democrazia ampia, corrispondente per così dire alla loro somma. È possibile, in altri termini, affermare che secondo la Corte una società democratica è quella che presenti contemporaneamente le due seguenti caratteristiche: le decisioni pubbliche sono prese da rappresentanti del popolo scelti attraverso elezioni *free and fair*, e tali decisioni non possono violare i diritti fondamentali¹³.

ma (al punto 1 delle considerazioni in diritto, secondo capoverso): “the right which Article 3 of the First Protocol contains is an individual right, since this is the very foundation of the whole of the Convention system”. La particolare importanza che la Corte (e, come or ora si è visto, già la Commissione, pure se in una decisione isolata) assegna alla disposizione politica del sistema ha condotto autorevoli commentatori ad affermare che “properly speaking, this Article 3 should have preceded the provisions of Section I of the Convention as a further elaboration of the concept of “effective political democracy” referred to in the Preamble and of “democratic society” mentioned in various provisions of the Convention” (P. VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., The Hague/London/Boston, 1998, pp. 655-656). Dello stesso ordine d’idee, altri autori: “Article 3 of the First Protocol underpins the whole structure of the Convention in requiring that laws should be made by a legislature responsible to the people. Free elections are thus a condition of the “effective political democracy” referred in the Preamble, and of the concept of a democratic society which runs through the Convention” (F.G. JACOBS, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4th ed., New York, 2006, p. 388).

¹² La Corte ha giustificato tale affermazione in base ad una lettura complessiva della Convenzione, che in diverse disposizioni stabilisce uno stretto legame tra i valori della democrazia e della tutela dei diritti. In particolare, la Corte ha rammentato che nel Preambolo è scritto che il mantenimento delle libertà fondamentali “si fonda essenzialmente su un regime politico veramente democratico”, mentre il secondo paragrafo degli articoli 8, 9, 10 e 11 prevede che non può esservi interferenza della pubblica autorità nell’esercizio dei diritti garantiti negli articoli medesimi se non in quanto tale ingerenze e restrizioni siano “stabilite per legge” e “necessarie in una società democratica” per la protezione di alcuni valori collettivi. Corte europea dei diritti umani, *Partito comunista unificato di Turchia c. Turchia*, ricorso n. 19392/92, sentenza del 30 gennaio 1998, par. 45.

¹³ In una simile linea di pensiero pare collocarsi ad esempio S. MARKS, “The European Convention on Human Rights and its “Democratic Society””, in *British Yearbook of International Law* 1995, p. 209 e ss., dove si afferma che la concezione di democrazia che la Corte ha elaborato si avvicina ai “conventional postulates of Western liberal democracy” (p. 234). In particolare questa concezione di democrazia ingloba l’idea che “sovereignty belongs to the citizenry, but it is vested in representatives” e l’idea di “legal circumscriptions of state powers” a fini di “protection against abuses”. V. anche A. MOWBRAY, “The Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy”, in *Public Law* 1999, p. 703 e ss.; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford,

Una prospettiva di questo tipo è senz'altro 'rassicurante', perché dà l'idea di una pacifica ed armoniosa convivenza tra il processo politico democratico, da un lato, e i diritti fondamentali, dall'altro. Essa, inoltre, è ricollegabile ad una linea di tendenza filosofica secondo la quale sarebbe inaccettabile qualificare come democratica una decisione collettiva presa sulla base dei principi di maggioranza e del suffragio universale, se coloro che sono chiamati ad eleggere il corpo legislativo non abbiano potuto esercitare il loro suffragio *in modo libero e informato*. I diritti fondamentali, o almeno alcuni diritti fondamentali, svolgerebbero appunto tale funzione: "quale che sia il fondamento filosofico di questi diritti, essi sono il presupposto necessario per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico"¹⁴. In altri termini, i principi di maggioranza e di suffragio universale, da un lato, e il principio del rispetto dei diritti fondamentali, dall'altro, costituirebbero due aspetti dello stesso concetto¹⁵.

Ricondurre ad unità le due principali concezioni della democrazia presenti nella giurisprudenza della Corte è dunque operazione possibile, a condizione peraltro che ciò non conduca a nascondere due grandi problemi che sono oggetto di ampio dibattito tra i teorici contemporanei della democrazia, e con i quali la Corte stessa ha dovuto confrontarsi.

Il *primo* riguarda il fatto che tra i valori protetti da queste due concezioni esistono delle tensioni. Per quanto strettamente legati, i principi procedurali della democrazia e i diritti fondamentali possono cioè entrare in conflitto¹⁶. Nella CEDU, l'esistenza di tali tensioni risulta già dalla formulazione letterale delle disposizioni che ammettono un potere d'interferenza degli Stati contraenti nell'esercizio dei diritti protetti. Rispetto del principio di legalità e necessità in una 'società democratica' sono infatti considerate nei par. 2 degli artt. 8-11 come due condizioni autonome dell'ammissibilità delle interferenze. Si delinea così la possibilità che il legislatore di uno Stato parte, nel rispetto dei principi procedurali democratici, in-

2007, p. 11 (secondo il quale nella CEDU i diritti umani "are meant to express a moral commitment to objective principles of liberal democracy").

¹⁴ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ In questa linea si colloca, tra gli altri Sunstein: "Molti dei diritti che sono fissati dalla Costituzione derivano in realtà dallo stesso principio democratico. La loro protezione contro azioni della maggioranza è fondata su premesse democratiche e non dà luogo a tensioni con l'obiettivo dell'autogoverno attraverso la politica. La strategia dell'impegno preventivo consente al popolo di proteggere i processi democratici contro i loro stessi potenziali eccessi o errori di giudizio, che a volte si accompagnano alla polarizzazione di gruppo. Il diritto alla libertà di parola e il diritto di voto sono gli esempi più familiari. La tutela costituzionale di questi diritti non è in disaccordo con l'impegno all'autogoverno, ma anzi ne costituiscono un'ovvia componente" (C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, Oxford, 2001, trad. it., *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, p. 136).

¹⁶ Sul punto vedi in generale J.C. BAYON, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", in *Constitución y derechos fundamentales*, J. BETÉGON (ed.), Madrid, 2004, p. 67 e ss.

terferisca con il godimento di un diritto in una misura, o secondo modalità tali da risultare successivamente, in sede di controllo da parte della Corte, incompatibili con i requisiti sostanziali di una società democratica, e cioè inammissibili in uno Stato in cui i diritti fondamentali hanno in linea di principio un peso non inferiore rispetto ad esigenze pubblicistiche quali l'ordine pubblico o la morale.

Il fatto che i valori procedurali della democrazia e l'esigenza di rispettare i diritti dell'uomo possano scontrarsi trova d'altra parte conferma nella giurisprudenza della Corte. Non sono poche, infatti, le pronunce in cui quest'ultima si è confrontata con il problema del conflitto tra due o più diritti di partecipazione politica (si pensi al problema dei rapporti tra la libertà di espressione e il diritto a libere elezioni, venuto in rilievo nel noto caso *Bowman*¹⁷) o tra un diritto di partecipazione politica da un lato, e un diritto volto alla tutela della sfera privata dall'altro (si prenda ad esempio l'abbondante giurisprudenza in tema di rapporti tra libertà di informazione e diritto all'onore e alla reputazione, diritto quest'ultimo che rientra nella nozione di 'vita privata' protetta dall'art. 8¹⁸).

Il *secondo* problema che la tesi dell'armonia tra democrazia e diritti lascia aperto attiene invece al concetto stesso di democrazia procedurale. Quando diciamo che diritti e democrazia – intesa come procedimento da utilizzare per prendere decisioni pubbliche – sono indissolubilmente legati, quale tipo di procedimento abbiamo in mente? L'art. 3 del Protocollo addizionale protegge la forma classica che la democrazia in senso procedurale ha assunto nel '900, e cioè la democrazia rappresentativa. Sennonché, come sappiamo, quest'ultima è considerata da più parti in crisi per molteplici ragioni (la manipolazione dell'opinione pubblica da parte dei mass-media, la personalizzazione della politica, il rafforzamento del ruolo del potere esecutivo, la presenza in vari ordinamenti di leggi elettorali che indeboliscono il legame di rappresentanza tra il parlamentare e l'elettorato, ecc.)¹⁹.

A questi due problemi (le tensioni tra la democrazia e i diritti; la crisi della democrazia rappresentativa) tentano di dare risposta alcuni nuovi approcci all'idea di democrazia e, in particolare, la teoria della DD, che raccoglie oggi numerosi consensi²⁰. La tesi centrale di questa teoria è che la legittimazione demo-

¹⁷ Corte europea dei diritti umani, *Bowman c. Regno Unito*, ricorso n. 24839/94, sentenza del 19 febbraio 1998.

¹⁸ Questa giurisprudenza si caratterizza per la distinzione tra la posizione delle persone 'pubbliche' e quella dei semplici privati. V. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *op. cit.*, pp. 479-482; F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 537-542.

¹⁹ Su questi temi, v. *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, L. CHIEFFI (a cura di), Torino, 2006.

²⁰ Non può dimenticarsi, d'altra parte, che essa è divenuta il bersaglio di forti critiche, attinenti sia al suo carattere utopistico (basti pensare a J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, 1999, trad. it., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, dove si afferma causticamente che "i discorsi sulla DD ricordano il libro dei sogni", p. 180), sia al suo carattere 'falsamente' procedurale. Si pensi a tal proposito alle critiche di A. Pintore, secondo la quale le concezioni deliberative della democrazia si rivelerebbero in ultima analisi dei "proceduralismi fasulli", perché inserirebbero "surrettiziamente nelle procedure democratiche

cratica delle scelte politiche non risiede tanto – o non risiede affatto – nel carattere rappresentativo di chi le prende, ma nel processo di deliberazione pubblica, da intendersi come “un processo argomentativo pubblico, uno scambio di argomenti e ragioni favorevoli e contrari alle proposte presentate con l’obiettivo di convincere razionalmente gli altri interlocutori”²¹.

Inoltre, solidale con tale teoria è l’idea che il legislatore deliberativo sia degno di risolvere questioni attinenti ai diritti (questioni che riguardano cioè il loro ambito di applicazione, il loro regime giuridico, la soluzione dei loro conflitti) almeno quanto i giudici, e che quindi, se non altro in linea di principio, il conflitto tra democrazia e diritti possa essere risolto in favore della prima, con la conseguenza che il giudice dei diritti dovrebbe riconsiderare il suo ruolo rispetto al legislatore (anche se, come vedremo, i fautori del DD non sono tutti d’accordo nello svalutare il ruolo dei giudici rispetto al legislatore nella tutela dei diritti)²².

Dovrebbero a questo punto essere chiare le ragioni che spingono a chiedersi se la concezione deliberativa della democrazia abbia influenzato anche la Corte. La tesi che sarà sostenuta nelle pagine che seguono è che, per quanto dalla Convenzione non scaturisca l’obbligo per le Parti contraenti di assicurare modi di formazione delle leggi genuinamente deliberativi, la Corte può svolgere – e negli ultimi anni talvolta ha effettivamente svolto – un ruolo di ‘promotore’ della DD. Ciò è avvenuto in particolare in due modi: da un lato, attraverso un controllo severo delle limitazioni statali alla libertà di espressione quando l’esercizio di questa da parte di singoli o gruppi è idoneo a promuovere il pubblico dibattito su questioni d’interesse generale; dall’altro lato, attraverso il riconoscimento di una posizione privilegiata alle leggi statali che sono il frutto di un processo deliberativo in sede di controllo sulla legittimità di limiti o regolamentazioni dei diritti fondamentali. Sosterrò inoltre che dalla giurisprudenza della Corte possono anche trarsi alcune indicazioni interessanti attinenti a tre elementi sui quali vi è disaccordo tra i teorici della DD: i rapporti intercorrenti tra DD e democrazia rappresentativa (d’ora in poi DR); il rilievo che assume nell’ambito della teoria il principio dell’eguale partecipazione dei cittadini alla vita politica; il ruolo del giudice in un sistema normativo che si ispiri almeno in parte ai valori della DD.

Il lavoro è suddiviso idealmente in tre parti. Nella prima, che corrisponde al secondo paragrafo, mi propongo di introdurre brevemente la teoria della DD e di mostrare i tre elementi di disaccordo cui ho appena fatto cenno; nella seconda, che corrisponde ai par. 3, 4, 5 e 6, cercherò di descrivere i filoni giurisprudenziali

dei valori sostanziali controversi nascosti sotto nozioni come ragionevolezza, imparzialità mutuo rispetto, dimenticando che la ragion d’essere della democrazia è precisamente quella di trattare i conflitti etico – politici anche intorno a tali valori, i quali non possono perciò essere considerati dei pacifici presupposti” (A. PINTORE, *op. cit.*, p. 46).

²¹ J.L. MARTÍ, *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid/Barcelona, 2006, p. 24.

²² J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., pp. 285-295.

nei quali prende vita il ruolo della Corte come ‘custode’ della deliberazione; proverò, infine, nell’ultimo paragrafo, a mettere in luce le indicazioni che, a mio parere, è lecito ricavare da questa giurisprudenza sui tre aspetti problematici della DD che avrò descritto.

2. – *La teoria della democrazia deliberativa: tre elementi problematici*

I sostenitori della DD criticano i sistemi politici democratici esistenti, essenzialmente sotto il profilo della ‘qualità’ del processo che conduce all’adozione delle decisioni. Tale processo, infatti, avrebbe smarrito la principale virtù di un autentico sistema democratico, quasi la quintessenza, il codice genetico dell’idea di democrazia: e cioè la deliberazione pubblica. Per essere legittime le decisioni politiche fondamentali, non dovrebbero solo essere assunte nella forma della legge, ma dovrebbero altresì costituire l’esito di un processo deliberativo, e cioè di uno scambio dialogico di ragioni.

Secondo le concezioni deliberative della democrazia, tale procedura sarebbe idonea a generare consenso tra i partecipanti, a farli convergere intorno al bene comune. Inoltre, almeno in alcune versioni della teoria della DD, questa procedura sarebbe idonea a far emergere la soluzione corretta, la verità morale²³. Si tratta in ogni caso di un processo razionale, illuminato, volto a stabilire “quando una volontà politica – che in sé non è identica alla ragione – possa per sé nutrire la pre-sunzione della ragione”²⁴.

Se questa è l’idea fondamentale della teoria della DD, si deve riconoscere peraltro che la teoria stessa non costituisce un modello unitario; è piuttosto una famiglia al cui interno sono presenti modelli diversi²⁵. Ci limiteremo a mettere in evidenza tre elementi problematici, tre punti sui quali vi è disaccordo tra questi diversi modelli. Non si tratta dei soli elementi di disaccordo, ma di quelli che interessano far emergere per il rilievo che essi hanno nel discorso che ci apprestiamo a fare sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Un *primo* aspetto sul quale non vi è armonia tra i molti sostenitori della DD riguarda i rapporti tra questa e DR. Se è vero che la DD non è mai stata seriamente

²³ Secondo A. Pintore si può distinguere tra due varianti: quella della *democrazia costruttivista* e quella della *democrazia epistemica* a seconda del peso relativo assunto dalla ricerca del consenso e della verità (A. PINTORE, *op. cit.*, p. 46).

²⁴ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, trad. it., Torino, 1992, p. 86.

²⁵ Secondo Viola “l’espressione democrazia deliberativa è una formula vaga, capace di ospitare teorie in profondo contrasto tra loro” (F. VIOLA, “La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo”, in *Ragion pratica* 2003, n. 20, p. 33 e ss., p. 39). Le tensioni esistenti tra tali diverse concezioni della DD emergono dalla lettura di alcune antologie di articoli e saggi sul tema. V. ad es. *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, J. BOHMAN e W. REHG (eds.), Cambridge/London, 1997. È utile anche la lettura di J. BOHMAN, “Survey Article : The Coming of Age of Deliberative Democracy”, in *The Journal of Political Philosophy* 1998, vol. 6, n. 4, p. 400 e ss.

concepita in termini alternativi alla DR (se è vero cioè che essa è tendenzialmente immaginata come una forma di perfezionamento della seconda), è altrettanto vero che gli strumenti di raccordo tra le istituzioni classiche della DR e gli ideali della DD possono variare sensibilmente da un autore all'altro²⁶. È possibile distinguere al riguardo tra due opzioni di fondo. Secondo un primo modo di impostare la questione, l'apertura delle strutture statali ai principi deliberativi potrebbe avvenire attraverso l'individuazione di precisi meccanismi tecnico-istituzionali che sarebbero "in grado di favorire la scoperta di buoni argomenti, di corrette giustificazioni dell'agire e, dove possibile, di interessi generalizzabili ... Queste proposte prevedono di incrementare ed arricchire le procedure democratiche esistenti e di migliorare la qualità della vita democratica"²⁷. In questo quadro di analisi è spesso posto l'accento su alcuni strumenti classici di democrazia diretta, rivisti però da una prospettiva deliberativista, come il referendum ed altri tipi di consultazione popolare, e su altrettanto classici strumenti di raccordo tra individui e parlamenti, come i diritti di petizione e d'iniziativa legislativa popolare, anch'essi peraltro rivisitati per tener conto delle esigenze della deliberazione. Alcuni autori hanno d'altra parte elaborato nuove tecniche e istituti, destinati ad essere integrati nel procedimento di produzione delle leggi (ma anche degli atti normativi generali e astratti sub-legislativi nei quali si delineano politiche pubbliche), tra le quali in particolare i sondaggi deliberativi, le giornate deliberative, forum, giurie e consigli di cittadini²⁸.

Un secondo orientamento tende a privilegiare, invece, un approccio quasi *informale* alla questione. La penetrazione della deliberazione pubblica nella società democratica dovrebbe avvenire in modo spontaneo, non formalizzato. Secondo Habermas, in particolare, "la formazione politica della volontà si organizza come un potere legislativo dello Stato; tuttavia essa distruggerebbe nella società civile la base stessa del proprio ragionevole funzionamento se sigillasse le fonti spontanee delle sfere pubbliche autonome oppure, incapsulando se stessa, se si rendesse impermeabile a temi, contributi, informazioni e ragioni liberamente fluttuanti in una sfera prestatale strutturata in senso egualitario"²⁹. Di conseguenza, l'incontro tra DD e DR non è irrigidito in formule tecniche precise, ma risiederebbe nell'agganciarsi "della formazione istituzionalizzata dell'opinione e della volontà

²⁶ V. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*. Relazione al convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive, Firenze, 2-3 aprile 2009, su www.astrid.eu, per la tesi favorevole ad un 'rapporto di contiguità e non di alternatività' tra DD e DR.

²⁷ Così D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, 2006, p. 426.

²⁸ V. soprattutto J. FISHKIN, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, 1991, p. 81; B. AKERMAN, J. FISHKIN, "Deliberative Day", in *Debating Deliberative Democracy*, J. FISHKIN, P. LASLETT (eds.), Oxford, 2003, p. 25; J.L. MARTÍ, *La Repubblica deliberativa*, cit., pp. 307-312. Per una concisa rassegna dei principali meccanismi istituzionali della DD proposte in dottrina v. anche D. HELD, *op. cit.*, p. 425 e ss.

²⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 218.

con quell'*informale* formazione dell'opinione che si realizza entro sfere pubbliche culturalmente mobilitate". In questo quadro di analisi la sovranità popolare è concepita come una "sovranità comunicativamente fluidificata che s'insedia nel potere dei discorsi pubblici scaturenti, per un verso, dalle sfere pubbliche autonome, ma per altro verso, prendono forma concreta nelle deliberazioni dei corpi legislativi"³⁰. Inoltre, i principi del discorso razionale dovrebbero valere anche all'interno del Parlamento, le cui modalità deliberative ed organizzazione dei lavori "dovranno essere regolati alla luce del principio di discorso"³¹. L'idea che gli ideali della deliberazione possono essere fatti valere anche all'interno delle istituzioni classiche della DR è condivisa anche da altri autori. Secondo Martí, ad esempio, il Parlamento e gli altri organi legislativi democratici sono "le istituzioni principali di una repubblica deliberativa"³².

Un *secondo* importante elemento di distinzione è quello relativo al posto dei diritti fondamentali tra i cd. presupposti della deliberazione. Come abbiamo visto, al centro di ogni concezione deliberativa della democrazia è sempre posto un procedimento di discussione razionale pubblica. Tuttavia, un secondo elemento sempre presente in questi modelli è il carattere inclusivo del dibattito. Secondo Cohen "in una deliberazione ideale i partecipanti sono uguali sia dal punto di vista formale che sostanziale"³³. Affermazioni simili sono frequenti in questa letteratura. Inoltre, affinché vi sia discussione razionale, è generalmente ritenuto indispensabile che i cittadini possano formarsi opinioni in modo libero. Ebbene, se si pone l'accento sui principi di inclusione e di libertà, la DD richiederà una tutela forte della sfera pubblica, avrà bisogno cioè che la capacità dei cittadini di partecipare al pubblico dibattito sui temi politici sia adeguatamente promossa. Ciò conduce inevitabilmente a considerare il rispetto di alcuni diritti fondamentali come un presupposto della deliberazione, per quanto non regni tra i deliberativisti un accordo unanime su quali essi siano. Da un lato, alcuni studiosi mettono l'accento sui classici diritti civili, come le libertà di coscienza, di manifestazione del pensiero, di riunione ed associazione. In particolare nella versione di Habermas, autentica deliberazione può esservi solo ove sia attiva un'autentica società civile, costituita "dalla rete delle associazioni, organizzazioni e movimenti che intercettano questioni d'interesse generale e istituzionalizzano discorsi miranti a risol-

³⁰ Ivi, p. 220-221.

³¹ Ivi, p. 203. Sulla deliberazione nei corpi parlamentari v. anche PH. GERARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995, p. 171 e ss.

³² J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., p. 297. Secondo questo A. però la qualità deliberativa dei parlamenti andrebbe promossa anche attraverso riforme istituzionali, volte in particolare a ridurre il ruolo dei partiti politici (p. 296 e ss.).

³³ J. COHEN, "Deliberation and Democratic Legitimacy", in *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, A. HAMLIN, B. PETIT (eds.), Oxford, 1989, p. 17s., 22, riprodotto in "Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics", cit., p. 67 e ss., p. 74; J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., p. 78 (v. inoltre la letteratura riportata alla nota 2 di p. 78).

vere tali questioni”³⁴. E la sfera pubblica si costituisce, secondo Habermas, proprio “sulla base dei diritti fondamentali”, con la conseguenza che il godimento di tali diritti viene configurato come un presupposto indispensabile della deliberazione³⁵.

Da un altro lato, più di uno studioso è portato a porre l’accento sui diritti economici e sociali, posto che condizione indispensabile perché tutti abbiano eguale voce nel processo deliberativo è l’assenza di forti diseguaglianze sostanziali, vale a dire nella distribuzione della ricchezza e delle conoscenze³⁶.

Su questo sfondo si collocano diverse interpretazioni possibili del ruolo che possono svolgere i giudici nel controllo sul rispetto dei diritti umani. Veniamo così ad un *terzo* punto su cui vi è disaccordo tra i sostenitori di concezioni deliberative della democrazia, che riguarda per l’appunto i rapporti tra il diritto prodotto attraverso procedure deliberative democratiche e la *judicial review*.

In modo estremamente schematico, si può affermare che per chi accetta gli ideali della DD, il controllo dei giudici sulle scelte prese mediante procedure di-

³⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 435.

³⁵ Il seguente passaggio di *Fatti e norme* mi pare significativo: “La libertà di riunione e il diritto di fondare società e circoli definiscono, insieme alla libertà d’opinione, lo spettro d’azione delle società volontarie che intervengono nel processo pubblico di formazione dell’opinione, trattano temi d’interesse generale, tutelano per patrocinio gruppi o interessi sottorappresentati (o difficilmente organizzabili), perseguono scopi religiosi e umanitari, formano comunità confessionali, ecc. Libertà di stampa e libertà e libertà radiotelevisiva, così come il diritto alla libera attività pubblicistica, assicurano l’infrastruttura mediale della comunicazione pubblica ... Il sistema politico, che deve prestare attenzione all’influenza dell’opinione pubblica, è intrecciato alla sfera pubblica e alla società civile attraverso l’attività dei partiti e le elezioni generali. Questa interdipendenza viene garantita dal diritto dei partiti a collaborare alla formazione politica della volontà popolare, dal diritto elettorale attivo e passivo dei cittadini nonché dagli altri loro diritti di partecipazione ... Diritti della persona, libertà di religione e di coscienza, libera elezione della residenza, segreto postale e telefonico, inviolabilità del domicilio e tutela della famiglia: sono questi i confini di un’invulnerabile zona d’integrità personale e di autonomia formazione della coscienza e del giudizio” (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 436 e ss.).

³⁶ Secondo Cohen, “In ideal deliberation, parties are both formally and substantially equal ... The participants are substantially equal in that the existing distribution of power and resources does not shape their chances to contribute to deliberation, nor does that distribution play an authoritative role in that deliberation” (J. COHEN, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, in *Deliberative democracy. Essays on Reason and Politics*, cit., p. 67 e ss., p. 74). V. anche J. COHEN, “The Economic Basis of a Deliberative Democracy”, in *Social Philosophy and Policy* 1989, vol. 6, fasc. 2, p. 25 e ss.; J. KNIGHT, J. JOHNSON, “What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?”, in *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, cit., p. 279 e ss. Martí si sofferma in particolare sul diritto all’istruzione. Secondo questo Autore, “es necesario contar con una ciudadanía suficientemente informada y motivada por la cosa pública, que sea capaz de articular públicamente sus preferencias y demandas, y los argumentos necesarios para defenderlas. Esto implica un potente sistema educativo que minimice las desigualdades de recursos económicos y/o de clase” (J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., p. 110). D’altra parte anche Martí ritiene, più in generale, che “la república deliberativa asume la mayoría de instituciones básicas de las democracias avanzadas actuales ... incluso un cierto catálogo de derechos” (ivi, p. 286).

scorsive presenta due facce: da un lato, può garantire il rispetto delle procedure stesse, ma dall'altro finisce inevitabilmente con il restringere i confini della deliberazione pubblica, sottraendole una parte del suo potenziale oggetto di decisione. Ebbene, tra i deliberativisti, alcuni ritengono che i costi della *judicial review* in termini democratici siano maggiori dei benefici, e ne riducono pertanto al massimo il ruolo; altri invece risolvono il dilemma in senso opposto, ammettendo che i giudici possano aiutare il modello della DD a svilupparsi, e proponendo talvolta un ruolo attivo dei giudici in materia di diritti umani.

Secondo la prima corrente di pensiero, il modello della DD dovrebbe tendere ad una restrizione del campo di attività dei giudici, per il particolare rispetto cui essi, carenti di legittimazione democratica, sarebbero tenuti nei riguardi delle scelte del 'virtuoso' legislatore deliberativo³⁷. Questi autori riprendono pertanto l'idea, già formulata in campo non deliberativista, che rappresenta i giudici come un'élite oligarchica, un elemento contro-democratico che minaccerebbe la sovranità popolare. Viene quindi teorizzata la necessità di *self-restraint* da parte delle corti supreme e, più in generale, di tutti i giudici di fronte a scelte deliberative. Essi sarebbero tenuti a rispettare tali scelte, ivi comprese quelle attinenti alla portata ed alla regolamentazione dei diritti fondamentali³⁸. Questi autori non negano l'esigenza, anche in una cornice teorica di stampo deliberativista, che i diritti umani siano rispettati, ma ritengono che di tale esigenza possa farsi carico la stessa autorità democratica attraverso la deliberazione. I diritti finiscono pertanto con il diventare al contempo presupposto e oggetto della deliberazione³⁹.

Secondo un altro modo di vedere, le corti potrebbero invece aiutare la causa deliberativa, assicurando il rispetto dei principi procedurali che regolano l'adozione delle decisioni normative. In questa ottica, l'oggetto del controllo delle corti do-

³⁷ J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., p. 294.

³⁸ *Ibidem* e, dello stesso A., "La democrazia deliberativa e i diritti a garanzia della procedura", in *Ragion Pratica* 2008, fasc. 1, p. 131 e ss., p. 150 dove si legge: "Chi può esercitare legittimamente l'autorità in caso di disaccordo? Che altro fare se non lasciare che la decisione ultima resti nelle mani dei cittadini?". Ed ancora "l'autorità deliberativa democratica non potrà mai essere limitata esternamente. Solo essa stessa può essere padrona dei suoi propri compromessi".

³⁹ Si prenda la seguente affermazione di Cohen: "The participants in the deliberative procedure do not regard themselves as bound by the existing system of rights, except insofar as that system establishes the framework of free deliberation among equals. Instead they regard that system as a potential object to their deliberative judgment" (J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, cit., pp. 74-75. Secondo Martí "dichos derechos no son vistos como escudos de protección de las esferas privadas de los individuos que actúan como "cartas de triunfo" individuales frente a las decisiones de las mayorías democráticas, sino como mecanismos institucionales de protección de las precondiciones y de los principios estructurales de la deliberación democrática, así como un conjunto de valores constitucionales libremente elegidos por la ciudadanía y que se convierten en el objeto de algo así como el patriotismo constitucional de Habermas" (J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., p. 287). Per l'individuazione di meccanismi istituzionali non giurisdizionali di tipo deliberativo volti a favorire il rispetto dei diritti umani, v. ancora J.L. MARTÍ, *La República deliberativa*, cit., pp. 294-295.

vrebbe spostarsi dal contenuto alla procedura. Secondo il costituzionalista americano Sunstein “il risultato del processo legislativo diventa del tutto secondario. L’importante è stabilire se ciò che ha dato origine al risultato sia stata una vera consultazione deliberante, non distorta da alcun potere privato”⁴⁰. In un ordine di idee simile, Habermas afferma che “solo le condizioni procedurali relative alla genesi democratica delle leggi assicurano legittimità al diritto positivo” e “questa concezione proceduralista della costituzione dà una svolta in senso democratico alla questione della legittimità della giustizia costituzionale”⁴¹.

D’altra parte, il concetto di procedura è inteso da questi autori in un significato ampio, tale da coprire anche i cd. presupposti (o le precondizioni) delle procedure deliberative, tra le quali, in particolare, il godimento dei diritti fondamentali indispensabili per assicurare l’eguale e libera partecipazione dei consociati alla deliberazione. Ecco allora che il controllo sulle ‘classificazioni discriminatorie’ esercitato dalla Corte suprema degli Stati Uniti è inteso da Sunstein come un controllo di tipo procedurale. Nel sottoporre a tale tipo di scrutinio i provvedimenti normativi, la Corte si preoccuperebbe infatti di “vedere se i parlamentari si sono sforzati di agire in modo discorsivo”, e cioè di verificare “se per le loro scelte siano stati determinanti ragioni pubblicamente sostenibili, e non interessi privati, non dichiarabili pubblicamente”⁴². In questo contesto anche il controllo sulla razionalità della legge, attraverso le clausole del *due process of law* e della *equal protection*, è interpretato come una forma di tutela del processo deliberativo. La richiesta di razionalità equivale infatti per questi autori ad una richiesta di deliberazione da parte del potere politico⁴³.

Più in generale, un ruolo attivo dei giudici dei diritti umani, secondo Habermas, “non può mai essere dannoso. Anzi, potrebbe darsi normativamente necessaria quando si trattasse d’implementare concretamente forme procedurali e discorsive della formazione politica dell’opinione e della volontà”⁴⁴.

Va infine notato che tra le due tesi appena delineate (quella radicalmente contraria a riconoscere ai giudici un ruolo in materia dei diritti, e quella che tale ruolo invece esalta) si va delineando una posizione intermedia, che parte sì dall’idea che il controllo dei giudici sul rispetto dei diritti sia indispensabile anche in una concezione deliberativa della democrazia, ma avverte peraltro i rischi che dall’accentramento nei giudici del controllo sul rispetto dei diritti deriverebbero per la democraticità del sistema. Questi autori propongono allora di affiancare al sindacato giurisdizionale forme di controllo sul rispetto dei diritti di altro tipo⁴⁵. In particolare, vengono proposte forme

⁴⁰ C.R. SUNSTEIN, “Interest Groups in American Public Law”, in *Stanford Law Review* 1985, pp. 57-58; ID., “Beyond the Republican Revival”, in *Yale Law Journal* 1987-1988, vol. 97, p. 1539 e ss., pp. 1580-1581.

⁴¹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 313.

⁴² Ivi, p. 329; C.R. SUNSTEIN, “Interest Groups in American Public Law”, cit., pp. 58-59.

⁴³ C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1579.

⁴⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 333.

⁴⁵ C.F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, 2007, cap. 8.

di auto - disciplina del legislatore mediante l'istituzione di *self review panels*, si immaginano fori costituzionali della società civile, e si consiglia l'adozione di tecniche istituzionalizzate di dialogo tra potere giudiziario e potere legislativo, in cui l'ultima parola spetta però a quest'ultima⁴⁶.

3. – *La democrazia deliberativa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: a) inesistenza nella CEDU di un diritto soggettivo a procedimenti di formazione delle decisioni pubbliche di tipo deliberativo*

Passiamo ora a trattare del problema dei rapporti tra la CEDU e la teoria della DD. Come anticipato più sopra, la tesi che verrà sostenuta in queste pagine è che la Corte può giocare un ruolo di promotore dei valori che sono alla base delle concezioni deliberative della democrazia, e che nella sua giurisprudenza già si possono scorgere alcune indicazioni in tal senso. Si tratta di capire secondo quali modalità questo ruolo è stato giocato, e di definire la misura entro la quale esso è stato mantenuto.

La prima domanda che possiamo porci è se la CEDU protegga un diritto di tipo 'istituzionale' alla DD, un diritto cioè a che gli Stati contraenti assicurino meccanismi istituzionali di raccordo tra i parlamenti e gli altri organi della DR, da un lato, e l'opinione pubblica, dall'altro.

Come abbiamo ricordato, la Convenzione protegge, all'art. 3 del primo Protocollo, un diritto istituzionale alla DR (e cioè un diritto individuale al regolare svolgimento di elezioni improntate a principi democratico - liberali) ed alcuni diritti strettamente legati al processo elettorale (e cioè i diritti abitualmente definiti come 'politici in senso stretto', tra i quali soprattutto i diritti di elettorato attivo e passivo).

In questo paragrafo vedremo che il sistema non protegge invece (almeno allo stato attuale) analoghi diritti in campo deliberativo, non protegge cioè né un diritto di tipo 'istituzionale', volto ad ottenere l'organizzazione di strumenti e tecniche deliberative, come quelle ricordate nel paragrafo precedente – referendum e consultazioni popolari, forum di cittadini, *deliberation days*, *deliberative polls*, ecc. – né diritti di partecipazione a questi luoghi di deliberazione. In particolare, tale funzione non può essere svolta dall'art. 3 del primo Protocollo, posto che nessuno degli strumenti istituzionali appena indicati rientra nel concetto di 'corpo legislativo' richiamato da tale disposizione, così come interpretato dalla Corte. La mate-

⁴⁶ Ivi, pp. 305-312. Quando parlano di dialogo tra poteri, questi studiosi intendono invero due cose diverse. Da un lato, essi considerano con favore l'attribuzione alle corti costituzionali di poteri consultivi all'interno del procedimento di leggi potenzialmente idonee a interferire con il godimento dei diritti fondamentali; da un altro lato, giudicano con favore quei sistemi (come quello vigente in Canada) in cui è ammesso un controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti, ma in forma decentrata e sempre riconoscendo l'ultima parola al legislatore attraverso procedure deliberative. Vedi sul punto T. KAHANA, "Understanding the Notwithstanding Mechanism", in *University of Toronto Law Journal* 2002, vol. 52, p. 221 e ss.; J. C. BAYÓN, *Democracia y derechos*, cit., p. 74.

ria va peraltro oggi riconsiderata alla luce del più ampio principio di non discriminazione protetto dall'art. 1 del Protocollo n. 12 che, per quanto non possa garantire un diritto di tipo istituzionale, sembra peraltro idoneo ad offrire tutela al diritto a non essere discriminati nell'accesso a quegli strumenti istituzionali democratico – deliberativi che gli Stati contraenti abbiano autonomamente deciso di predisporre nei rispettivi ordinamenti.

Cominciando dal primo aspetto della questione, quello relativo all'art. 3 del primo Protocollo, il discorso deve partire dalla considerazione che il concetto di 'corpo legislativo' in esso contenuto ha subito una certa evoluzione nel tempo, e oggi potrebbe essere sinteticamente definito con la seguente formula: un corpo elettivo, al quale sia assegnato il potere di deliberare atti normativi primari (dotati cioè di forza di legge), o almeno di condizionarne in modo vincolante l'esercizio, qualora il potere stesso sia attribuito ad altro organo. Si tratta, come si vede, di una definizione che poggia su tre elementi, aventi ad oggetto rispettivamente la natura dell'organo, la natura del potere ad esso tipicamente attribuito e la forza formale riconosciuta agli atti da esso prodotti. Ebbene, i meccanismi istituzionali di partecipazione democratico – deliberativa non possiedono i requisiti richiesti dal primo dei tre elementi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte, quello attinente cioè alla natura *elettiva* dell'organo⁴⁷.

⁴⁷ Tanto la Commissione quanto la Corte hanno giustificato tale orientamento ricorrendo, in primo luogo, ad argomenti testuali. La disposizione si riferisce in effetti soltanto alla 'scelta' del corpo legislativo, allontanandosi dalle più ampie proclamazioni contenute negli altri strumenti universali e regionali di tutela dei diritti dell'uomo, che proteggono altresì il diritto di prender parte alla direzione degli affari pubblici, direttamente o attraverso rappresentanti, ed il diritto di eguale accesso alle funzioni pubbliche (vedi l'art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 23 della Convenzione interamericana sui diritti umani e l'art. 13 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli). Oltre a ragioni di natura testuale, non è raro nella giurisprudenza l'uso di argomenti di tipo storico e subiettivistico. Non mancano, più esattamente, pronunce che fanno espresso riferimento ai lavori preparatori del primo Protocollo (v. in particolare le decisioni della Corte europea dei diritti umani, *Goridzra c. Moldova*, ricorso n. 53180/99, sentenza del 2 luglio 2002 al punto 2, lettera (b) delle considerazioni in diritto; e *Salleras Llinares c. Spagna*, ricorso n. 52226/99, sentenza del 12 ottobre 2000, al punto 1 delle considerazioni in diritto. In effetti, un'indagine sui lavori preparatori non può che condurre ad un'interpretazione ristretta dell'art. 3 del primo Protocollo). V. in dottrina sul punto L. CONDORELLI, "I diritti politici nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale* 1971, p. 189 e ss., pp. 190-195; R. GOY, "La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome", in *Revue du droit public et de la science politique* 1986, p. 1278 e ss.; S. MARCUS-HELMONS, "Article 3", in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (éds.), Paris, 1995, p. 1011 e ss., pp. 1011-1013; S. MARKS, *The European Convention*, cit., p. 210; C. PINELLI, "Diritto a libere elezioni", in *Commentario della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), Padova, 2001, p. 845 e ss., pp. 845-847. In particolare sul ruolo del Regno Unito nella decisione di trasferire la norma sulle elezioni dalla Convenzione al Protocollo addizionale v. G. MARSTON, "The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights", in

Tale criterio rende la disposizione convenzionale in primo luogo inidonea a garantire pretese di democrazia diretta, ad assicurare cioè che determinate materie, in ragione della particolare sensibilità politica o etica che esse presentino (o, come si potrebbe dire in campo deliberativista, per il fatto di essere oggetto di dissaccordi generalizzati nella società) siano sottoposte alla diretta deliberazione del corpo elettorale. In una decisione del 1975 la Commissione affermò: “*la Convention ne garantit aucun droit général de consultation populaire*”⁴⁸, e questo punto di vista non è stato ancora superato. La Commissione ha costantemente considerato l’art. 3 del primo Protocollo inapplicabile *ratione materiae* a qualsiasi questione riguardante consultazioni referendarie, comprese quelle inerenti alla partecipazione dell’individuo ai referendum che le Parti contraenti organizzino nei propri territori. Nessun rilievo hanno avuto ai fini dell’ammissibilità dei ricorsi, la natura o l’efficacia della consultazione. In altri termini, sono stati dichiarati inammissibili anche ricorsi relativi a referendum obbligatori e vincolanti nel procedimento d’adozione di atti normativi⁴⁹. Dal canto suo, anche la Corte ha accolto

International and Comparative Law Quarterly 1993, p. 796 e ss.; B. BOWRING, “Negating Pluralist Democracy: The European Court of Human Rights Forgets the Rights of Electors”, in *Kurdish Human Rights Project Legal Review* 2007, p. 67 e ss., pp. 74-78.

⁴⁸ Commissione europea dei diritti umani, *X. c. Repubblica federale tedesca*, ricorso n. 6742/74, decisione del 10 luglio 1975, in *Décisions et Rapports. Commission européenne des droits de l’homme* 1973, vol. 3, p. 81 e ss., par. 3 delle considerazioni in diritto. La decisione riguardava un ricorso individuale in cui si chiedeva in sostanza alla Commissione di riconoscere che l’art. 3 del primo Protocollo vietasse agli Stati contraenti di concludere accordi internazionali senza aver previamente consultato la popolazione materialmente interessata alla disciplina contenuta nel trattato stesso, almeno quando il trattato fosse destinato a regolare questioni di sovranità su territori contesi. Nella specie un cittadino tedesco nato in Boemia riteneva che la Repubblica federale tedesca avrebbe dovuto consultare la popolazione dei Sudeti prima di concludere accordi con la Cecoslovacchia per risolvere le questioni di sovranità sui territori dei Sudeti (e invece un accordo era stato concluso nel 1973).

⁴⁹ Nel 1975, nella prima decisione avente ad oggetto la pretesa violazione da parte di uno Stato contraente del diritto di non discriminazione nell’accesso ad una consultazione referendaria, la Commissione non nega in termini categorici che ricorsi di questo tipo possano rientrare nel campo d’applicazione della norma del primo Protocollo. La Commissione afferma, infatti, che il referendum in questione (si trattava del referendum che si tenne nel Regno Unito sulla questione dell’adesione alla Comunità economica europea) “was of a purely consultative character and there was no legal obligation to organise such a referendum” (Commissione europea dei diritti umani, *X. c. Regno Unito*, ricorso n. 7096/75, decisione del 3 ottobre 1975, in *Décisions et Rapports. Commission européenne des droits de l’homme* 1976, vol. 3, p. 165, punto 2 delle considerazioni in diritto). Sembrava così implicitamente aperta la strada dell’ammissibilità di questioni aventi ad oggetto il voto in referendum che, al contrario di quello che era stato portato all’attenzione dell’organo convenzionale in quella particolare circostanza, fossero obbligatori e vincolanti. La Commissione ha poi adottato una posizione di totale chiusura a partire dalla decisione *Edwin Bader c. Austria*, ricorso n. 26633/95, decisione del 15 maggio 1996, in cui il ricorrente invocava la tutela dell’art. 3 del primo Protocollo relativamente al referendum per l’adesione dell’Austria all’Unione europea tenutosi il 12 giugno 1994 e indetto dal Presidente della Repubblica in base all’art. 44, par. 3 della Costituzione federale, in cui veniva posto il quesito se la legge costituzionale adottata dal Parlamento il 5 maggio prece-

questa tendenza restrittiva, a cominciare dalla decisione resa nel 1999, nel caso *Hilbe c. Liechtenstein*⁵⁰.

Chiediamoci adesso se l'art. 3 del primo Protocollo protegga la partecipazione dei cittadini a meccanismi istituzionali volti ad incrementare il tasso di deliberazione nei processi di formazione delle leggi, diversi però dai referendum e dagli istituti tipici della democrazia diretta. Riguardo a tale questione le considerazioni da svolgere sono più complesse, anche se, come vedremo, l'impressione che si ricava dalla giurisprudenza della Corte non consente di raggiungere risultati favorevoli. In primo luogo, va tenuto presente che la possibilità di protezione era sicuramente da escludersi fino al 1999, fino a quando cioè il potere legislativo è stato inteso dagli organi convenzionali di controllo nel senso di "legislative powers in the strict sense", e cioè esclusivamente come il potere di adottare atti normativi. L'adozione di un concetto ristretto di 'corpo legislativo' comportava infatti, tra le altre cose, l'esclusione dall'ambito d'applicazione *ratione materiae* dell'art. 3 del primo Protocollo di istanze di parteci-

dente, che autorizzava la ratifica del Trattato di adesione, dovesse acquistare forza di legge. Il referendum era quindi obbligatoriamente richiesto dalla Costituzione, e produceva effetti vincolanti nel procedimento di formazione della legge costituzionale (v. il quinto capoverso delle considerazioni in fatto). La Commissione in modo significativamente lapidario afferma che: "the obligations of the High Contracting Parties under this provision are limited to the field of elections concerning the choice of the legislature and do not extend to referenda" (v. il punto 4 delle considerazioni in diritto). Nella medesima direzione v. Commissione europea dei diritti umani, *Esko Nurminen e altri c. Finlandia*, ricorso n. 27881/95, decisione del 26 febbraio 1997, avente ad oggetto il referendum svoltosi in Finlandia il 13 ottobre 1994 relativo all'adesione di questo Paese all'Unione europea. Il referendum, previsto da una legge *ad hoc*, non era formalmente vincolante. Il governo, tuttavia, aveva pubblicamente annunciato che si sarebbe attenuto all'esito della consultazione popolare (v. la decisione citata al quarto capoverso delle considerazioni in fatto).

⁵⁰ Corte europea dei diritti umani, *Hilbe c. Liechtenstein*, ricorso n. 31981/96, decisione del 7 settembre 1999, (quarto capoverso delle considerazioni in diritto). Nello stesso senso, v. le seguenti decisioni: *Borghi c. Italia*, ricorso n. 54767/00, del 20 giugno 2002; *Vito Sante Santoro c. Italia*, ricorso n. 36681/97, del 16 gennaio 2003 (punto 2, lett. (a) delle considerazioni in diritto); *Z. c. Lettonia*, ricorso n. 14755/03, del 26 gennaio 2006 (punto 14 delle considerazioni in diritto); *Radoslaw Niedzwiedz c. Polonia*, ricorso n. 1345/06, del 11 marzo 2008 (secondo capoverso delle considerazioni in diritto). Poche indicazioni si possono trarre, invece, dalla decisione resa nel caso *Hingitaq 53 c. Danimarca*, ricorso n. 18584/04, del 12 gennaio 2006, in cui un gruppo rappresentante gli interessi dei discendenti di una tribù tradizionalmente stanziata nella parte nord-occidentale della Groenlandia – conosciuta come *Inughuit* o anche come tribù *Thule* – che chiedeva di essere riconosciuta come popolazione indigena, si rivolgeva alla Corte affinché fosse accertata essenzialmente la violazione da parte della Danimarca dei suoi diritti di proprietà su un vasto territorio (sul quale tradizionalmente svolgevano le proprie attività di caccia e di pesca), dal quale era stata cacciata in seguito all'installazione di una base militare statunitense. Ai nostri fini, rileva notare che, tra le altre cose, i ricorrenti chiedevano alla Corte di accertare anche la violazione dell'art. 3 del primo Protocollo, in considerazione del fatto che, quando le autorità danesi adottarono i provvedimenti di espulsione e di *relocation*, "they had any political influence at the relevant time". (La Corte si limita a dichiarare che il ricorso è inammissibile ai sensi dell'art. 35, par. 4 della Convenzione per manifesta infondatezza (lettera "B" delle considerazioni in diritto).

pazione a forum o organismi eventualmente istituiti negli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti – in accoglimento di esigenze di democrazia partecipativa e deliberativa – nel processo di adozione di atti normativi.

L'occasione per pronunciarsi su tale questione fu offerta alla Commissione nel 1996 dal ricorso di alcuni cittadini britannici secondo i quali l'elezione di un forum di partiti nord-irlandesi, incaricato di discutere questioni legate al processo di autodeterminazione dell'Irlanda del Nord e di sottoporre eventualmente proposte ai parlamenti irlandese e del Regno Unito, si era svolta secondo modalità incompatibili con l'art. 3 del primo Protocollo. Nella relativa decisione di ammissibilità la Commissione considerò inapplicabile l'art. 3 del primo Protocollo in ragione del fatto che il potere assegnato a questo 'forum' dalla legge non consisteva nell'adozione di norme vincolanti⁵¹.

Tuttavia, il concetto di potere legislativo rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 3 del primo Protocollo, è stato ampliato a partire da una famosa pronuncia del 1999, tanto che oggi si può affermare che 'corpo legislativo', ai sensi di questa norma, non è più solo l'organo incaricato del potere di *adottare* atti normativi dotati di forza di legge, ma anche ogni organo cui sia conferito il potere d'*incidere in modo significativo sull'adozione* di atti di questo tipo da parte di altri organi. La prima formulazione di questo più ampio concetto di potere legislativo si ha con la sentenza *Matthews*, dove la Corte stabilisce che, al fine di determinare se un organo sia parte del 'corpo legislativo' di uno Stato contraente, non è necessario provare che esso detenga poteri legislativi in senso stretto, essendo sufficiente dimostrare che lo stesso svolga un "decisive role to play in the legislative process", ovvero che sia "sufficiently involved" nei procedimenti volti all'adozione di atti normativi⁵². In questa sentenza la Corte sostituisce il rigoroso parametro che la Commissione aveva fino a quel momento elaborato – quello che richiedeva di verificare la sussistenza nell'organo di cui si tratta di *legislative powers in the strict sense*, e cioè del potere di *adottare* atti legislativi – con un criterio più flessibile, costituito dalla dimostrazione che l'organo sia *coinvolto in modo decisivo* nei procedimenti d'adozione degli atti medesimi. Tale più elastico concetto, formulato inizialmente avendo riguardo alla posizione del Parlamento europeo nei procedimenti di formazione degli atti comunitari, tende ad assumere nella più recente giurisprudenza di Strasburgo una portata generale. Esso è stato in particolare applicato nella soluzione di

⁵¹ Commissione europea dei diritti umani, *Kennedy J. Lindsay e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 31699/96, decisione del 17 gennaio 1997. Secondo la Commissione dalla lettura della legge istitutiva del forum emergeva chiaramente che esso non aveva il potere "to promulgate any form of binding norm or decision at all". Inoltre la Commissione "finds nothing in any of the applicants' submission which could indicate that in reality the forum has specific legislative powers. In particular, even if as a result of negotiations in that forum, draft proposals are eventually submitted to the parliaments of Ireland and the United Kingdom, any resultant legislation will be the fruit of those bodies' deliberations and the exercise of their functions, and not of any legislative powers of the forum" (punto 2 delle considerazioni in diritto).

⁵² Corte europea dei diritti umani, *Matthews c. Regno Unito*, ricorso n. 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 45-54.

questioni di applicabilità *ratione materiae* dell'art. 3 del primo Protocollo in alcuni ricorsi aventi ad oggetto pretese violazioni di tale norma relativamente ad elezioni 'presidenziali'⁵³.

È lecito chiedersi allora se questa più estesa nozione di 'corpo legislativo' che la Corte ha elaborato possa costituire lo sfondo sul quale innestare la protezione di diritti di partecipazione a processi deliberativi, quanto meno negli Stati contraenti che tali processi prevedano. Tale possibilità non è da escludersi a priori anche alla luce della considerazione che secondo la Corte l'espressione 'corpo legislativo' deve essere interpretata "en fonction de la structure constitutionnelle de l'Etat en cause"⁵⁴.

Una simile prospettiva, che non trova attualmente riscontro nella giurisprudenza di Strasburgo, potrebbe realizzarsi, d'altra parte, solo se la Corte fosse disponibile a ridimensionare l'importanza del primo criterio che essa ha finora impiegato per stabilire se un certo organismo faccia parte del potere legislativo di uno Stato contraente, criterio che consiste, come si è visto, nella sua natura elettiva. Ciò pare peraltro al momento irrealistico. Se è vero infatti che secondo la Corte l'art. 3 del primo Protocollo è, come tutta la Convenzione del resto, "uno strumento vivente che va interpretato alla luce dell'evoluzione della società"⁵⁵, pare poco ragionevole interpretarlo nel senso d'imporre oggi agli Stati contraenti l'obbligo di introdurre riforme in senso deliberativo nel procedimento di formazione delle leggi, e proteggere la partecipazione degli individui ad istituzioni deliberative, dato il carattere ancora sperimentale ed occasionale che l'impiego di tali istituzioni presenta negli ordinamenti nazionali.

4. – Segue: b) *protezione, attraverso l'art. 1 del Protocollo n. 12, del diritto a non essere discriminati nell'accesso a fori di discussione pubblica*

⁵³ Per quanto la questione dell'applicabilità al Capo dello Stato del concetto di corpo legislativo elaborato dalla Corte nel caso *Matthews* sia ancora controversa, pare d'altra parte emergere nella giurisprudenza una tendenza abbastanza precisa in questo senso. Due sezioni della Corte hanno dichiarato espressamente di ricorrere al concetto elaborato nella sentenza *Matthews*, e cioè la terza sezione (*Ljube Boskoski c. Repubblica iugoslava di Macedonia*, ricorso n. 11676/04, decisione del 2 settembre 2004) e la seconda sezione (*The Georgian Labour Party c. Georgia*, ricorso n. 9103/04, decisione del 22 maggio 2007, e *Luis Filipe da Silva Guerra c. Portogallo* e *Maria Manuela de Sousa Magno c. Portogallo*, ricorsi nn. 26712/06 e 26720/06, decisione del 17 giugno 2008); un'altra sezione ha *di fatto* utilizzato un parametro più largo rispetto al concetto classico che si ritrova nella giurisprudenza della Commissione (tale atteggiamento è stato assunto dalla prima sezione in *Guliyev c. Azerbaijan*, ricorso n. 35584/02, decisione del 27 maggio 2004, punto cinque, terzo capoverso, delle considerazioni in diritto); mentre solo una sezione sembra assestarsi ancora su una posizione più tradizionale (si tratta della quarta sezione, nel caso *Radoslaw Niedzwiedz c. Polonia*, ricorso n. 1345/06, decisione del 11 marzo 2008, secondo capoverso delle considerazioni in diritto).

⁵⁴ Corte europea dei diritti umani, *Matthews c. Regno Unito*, cit., par. 40; *Sejdic e Finci c. Bosnia-Erzegovina*, ricorsi nn. 27996/06 e 34836/06, sentenza del 22 dicembre 2009, par. 40.

⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Matthews c. Regno Unito*, cit., par. 39.

Un discorso parzialmente diverso può invece farsi riguardo al principio di non discriminazione, così come protetto dall'art. 1 del Protocollo n. 12. Ci sembra infatti che tale disposizione possa offrire protezione al diritto a non essere discriminati nell'accesso a istituti e organismi di tipo deliberativo che uno Stato contraente abbia deciso (liberamente) di introdurre nel proprio ordinamento. Dalla lettura del Rapporto esplicativo del Protocollo sembra che gli Stati non abbiano inteso escludere dall'ambito materiale d'applicazione di questo Protocollo casi di discriminazione concernenti diritti, previsti nell'ambito degli ordinamenti degli Stati parti, aventi ad oggetto la partecipazione e la deliberazione democratica. Secondo il Rapporto esplicativo, il Protocollo n. 12 intende proteggere da discriminazioni "nel godimento di diritti specificatamente garantiti ad un individuo in base al diritto nazionale", senza introdurre limiti per quanto riguarda la materia oggetto dei diritti stessi⁵⁶.

Tale possibilità pare confermata del resto dalla prima sentenza resa dalla Corte, riunita in una Grande Camera, sul più ampio principio di non discriminazione protetto dal Protocollo n. 12, sentenza che, per quanto non riguardi direttamente istanze democratico – deliberative, dimostra che diritti di partecipazione democratica non protetti dall'art. 3 del primo Protocollo, ma riconosciuti dagli ordinamenti nazionali, sono tutelati dal dodicesimo Protocollo per quanto attiene alla non discriminazione. Nel caso di specie si trattava di un problema di compatibilità, con tale principio, di alcune limitazioni poste in Bosnia-Erzegovina al diritto di presentarsi candidarsi alle elezioni alla Presidenza dello Stato in base all'origine etnica. Tale materia, come visto più sopra, tende a non rientrare nell'ambito d'applicazione dell'art. 3, primo Protocollo (a meno che non si provi che il Presidente della cui elezione si tratta partecipi nel sistema costituzionale dello Stato in questione all'esercizio del potere legislativo). La Corte ha peraltro stabilito "que ces élections relèvent ou non du champs d'application de l'article 3 du Protocol n. 1, ce grief concerne un droit prévu par la loi, ce qui rende l'article 1 du Protocol n. 12 applicable"⁵⁷.

5. – Segue: c) *tecniche di tutela dei presupposti della deliberazione*

Il fatto che la Convenzione non tuteli allo stato attuale né un diritto individuale di tipo istituzionale alla DD (un diritto cioè a che le scelte politiche si formino mediante un processo deliberativo), né diritti di partecipazione democratico deli-

⁵⁶ V. *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (ETS No. 177), Explanatory Report, par. 22, reperibile al sito www.conventions.coe.int.

⁵⁷ Corte europea dei diritti umani, *Sejdic e Finci c. Bosnia-Erzegovina*, cit., par. 54. Il ricorso riguardava anche limitazioni, sempre su base etnica, del diritto di candidarsi alle elezioni alla Camera dei popoli di Bosnia-Erzegovina. Sotto questo profilo, però, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 14 della CEDU in combinazione con l'art. 3 del primo Protocollo, stante la natura 'legislativa' dell'organo in questione (par. 38-51).

berativi – con l’eccezione del diritto a non essere discriminati nell’accesso agli istituti della DD, che come abbiamo appena notato pare rientrare nel potenziale campo d’applicazione del Protocollo n. 12 – non significa però che nessuna diversa forma di protezione sia stata assicurata dalla Corte di Strasburgo ai valori della DD. Come abbiamo anticipato, per quanto nella giurisprudenza manchi qualsiasi riferimento esplicito ad una concezione deliberativa della democrazia, essa se ne è resa in realtà promotrice mediante il ricorso a due diverse tecniche.

Ci soffermeremo adesso sulla prima, attinente alla tutela dei cd. presupposti della deliberazione, e cioè alla protezione dei canali che permettono la formazione dell’opinione pubblica, e in particolar modo la spontanea comunicazione tra le associazioni, le organizzazioni non governative, i cittadini “attivi”. Si tratta, in altri termini, della società civile, quella che Habermas definisce come la “sfera pubblica strutturata in senso egualitario”.

Ebbene, la Corte ha mostrato, soprattutto negli ultimi anni, una certa sensibilità per la tutela di questa sfera pubblica nel quadro dell’art. 10 della Convenzione. Più precisamente, in alcuni casi recenti, la Corte ha voluto assicurare alla libertà di espressione un livello di tutela particolarmente elevato ritenendo che l’esercizio della libertà stessa da parte di individui o associazioni era diretto alla partecipazione alla vita politica della società, e contribuiva in tal modo al processo di formazione dell’opinione pubblica. Questo elevato livello di tutela è stato assicurato dalla Corte attraverso una riduzione del margine d’apprezzamento statale nella valutazione della necessità di misure d’interferenza con tali forme d’esercizio della libertà d’espressione ed un corrispondente approfondimento del suo potere di controllo.

È appena il caso di ricordare che già da tempo nella giurisprudenza di Strasburgo la libertà di stampa gode di una tutela privilegiata nell’ambito della libertà d’espressione proprio per la funzione pubblica che essa svolge, che consiste, da un lato, nel contribuire alla costruzione di dibattiti d’interesse generale, e nel consentire, dall’altro, un più efficace controllo dell’opinione pubblica sull’esercizio del potere politico (aspetto, quest’ultimo, che la Corte enfatizza, quando definisce la stampa come *public watchdog*)⁵⁸. Tale speciale posizione comporta essenzialmente il riconoscimento da parte della Corte di un “less extensive margin of appreciation when deciding whether there was a pressing social need to interfere with the appli-

⁵⁸ V. in dottrina, tra gli altri, D.J. HARRIS, M. O’BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 465 e ss.; F. SUDRE, *op. cit.*, p. 533 e ss.; A. VAN RIJN, “Freedom of Expression”, in *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), 4th ed., Antwerpen/Oxford, 2006, p. 773 e ss., p. 775, pp. 797-801; V. FERRERES COMELLA, “Freedom of Expression in Political Contexts: Some Reflections on the Case Law of the European Court of Human Rights”, in *Political Rights under Stress in 21st Century Europe*, W. SADUSRSKI (ed.), New York, 2006, p. 84 e ss., p. 86; J.M. LARRALDE, “L’article 10 de la CEDH et la liberté de la presse”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2007, p. 39 e ss.

cant's freedom of expression"⁵⁹. Interessa adesso notare che negli ultimi anni si sta sviluppando una linea interpretativa volta ad estendere la posizione privilegiata di cui gode la stampa a tutti gli individui e i gruppi che si propongono di contribuire al dibattito pubblico. In primo luogo, tale processo di ampliamento della tutela privilegiata tradizionalmente assicurata alla stampa si realizza a vantaggio dei singoli cittadini o delle associazioni le cui osservazioni su temi d'interesse generale siano manifestate a mezzo stampa. Il godimento della posizione privilegiata è cioè assicurato dalla Corte anche a chi, non giornalista, pubblici occasionalmente su un giornale, quando tale pubblicazione s'iscrive in un dibattito pubblico che tocchi questioni d'interesse generale. La posizione di questo soggetto è assimilata a quella del giornalista⁶⁰.

In secondo luogo, il regime fissato per la libertà di stampa va estendendosi nella giurisprudenza ad ogni individuo, associazione o gruppo politico militante, la cui attività si riveli utile ai fini della strutturazione di dibattiti pubblici su temi di interesse generale, a prescindere dal ricorso al mezzo stampa. Così, ad esempio, la Corte nella sentenza *Steel and Morris*, ha riconosciuto una posizione privilegiata ai membri di una piccola associazione ambientalista che svolgevano attività di volantinaggio 'contro' la politica industriale seguita da una grande multinazionale per i danni arrecati all'ambiente e alla salute. Ciò – afferma la Corte – per “far sì che anche piccoli gruppi militanti non ufficiali possano contribuire al dibattito pubblico attraverso la diffusione d'informazioni e d'opinioni su temi d'interesse generale”⁶¹. Nello stesso ordine di idee, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto degna di godere della medesima posizione privilegiata un'associazione privata operante nel campo della lotta alla droga, che cercava di ottenere accesso agli atti di un procedimento di legittimità costituzionale di norme legislative in materia di reati di droga, al fine di informare il pubblico e favorire così la formazione di un dibattito pubblico sulla questione⁶². Ed ancora, analoga posizione riveste secondo la Corte anche un individuo che affigga copie di una lettera aperta ad un uomo politico alle pareti di fermate di tram ed autobus, sempre che tale lettera, prendendo spunto da un problema individuale dell'autore, “sollevi questioni di interesse generale, come la politica degli alloggi in un periodo in cui appartamenti di proprietà dello Stato stanno

⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, *Busuioc c. Moldova*, ricorso n. 61513/00, sentenza del 21 dicembre 2004, par. 65.

⁶⁰ Corte europea dei diritti umani, *Riolo c. Italia*, ricorso n. 42211/07, sentenza del 17 luglio 2008, par. 63-64.

⁶¹ Corte europea dei diritti umani, *Steel and Morris c. Regno Unito*, ricorso n. 68416/01, sentenza del 15 febbraio 2005, par. 89. Su questa pronuncia e sul suo speciale significato sotto il profilo della individuazione dei soggetti del pubblico dibattito protetto dall'art. 10 v., nei lavori di carattere generale sulla CEDU, soprattutto A. VAN RIJN, “Freedom of Expression”, cit., p. 773 e ss., p. 786. V. anche F.G. JACOBS, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4th ed., New York, 2006, p. 329.

⁶² Corte europea dei diritti umani, *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, ricorso n. 37374/05, sentenza del 14 aprile 2009, par. 27.

per essere denazionalizzati”⁶³.

In casi come quelli appena ricordati, ciò che la Corte mira a proteggere è la funzione di preparare dei ‘fori di dibattito pubblico’, luoghi di scambio di informazioni ed opinioni che somigliano molto alle ‘arene deliberative’ di cui parlano i deliberativisti⁶⁴. Se tale funzione caratterizza la stampa in una società democratica, essa secondo i giudici di Strasburgo può essere svolta anche da tali fori o arene, cui partecipano associazioni, gruppi e singoli cittadini ‘attivi’. E lo speciale regime che la Corte ha negli anni costruito nell’ambito della tutela della libertà d’espressione a beneficio della stampa si estenderà allora all’attività di partecipazione politica di tali soggetti.

6. – Segue: d) *tecniche di tutela dei risultati del processo deliberativo*

Il ruolo che la Corte assume di promozione del valore della deliberazione pubblica in materia di diritti umani si presenta anche sotto un secondo aspetto: si tratta, per così dire, della tutela dei ‘risultati’ del processo deliberativo. Negli ultimi anni la Corte attribuisce una certa importanza al fatto che una misura restrittiva di un diritto (s’intende di un diritto limitabile) si fondi su una scelta pubblica deliberativa. Quando la legge statale che consente una restrizione in un diritto non è il semplice risultato del voto parlamentare, non poggia cioè la sua legittimità solo sul principio di maggioranza, ma sul discorso razionale, su di uno scambio pubblico di ragioni e argomenti, e magari anche su un più ampio consenso raggiunto fuori del parlamento attraverso strumenti di consultazione dell’opinione pubblica, il punto di vista del legislatore statale ‘si rafforza’ agli occhi della Corte. Certo la deliberazione non mette definitivamente al riparo la scelta del Parlamento dal controllo della Corte, ma attribuisce ad essa una migliore posizione di partenza. Il suo punto di vista è cioè maggiormente meritevole di considerazione, quando nei ‘casi difficili’ si debba stabilire se la restrizione all’esercizio di un diritto sia compatibile o meno con la Convenzione.

L’ambito di applicazione di questa preferenza per le interferenze statali nell’esercizio di diritti limitabili che sono il frutto di scelte democratiche deliberative è peraltro ridotto. Essa è stata riconosciuta finora solo in situazioni caratterizzate da un ampio margine d’apprezzamento statale, e cioè in situazioni in cui la questione sottoposta alla Corte è stata considerata da quest’ultima come particolarmente delicata o sensibile dal punto di vista etico o morale; oppure come una questione riguardante un problema di conflitto fra due o più diritti fondamentali; o ancora come una questione su cui non si è ancora formato un approccio comune agli Stati

⁶³ Corte europea dei diritti umani, *Maronek c. Slovacchia*, ricorso n. 32686/06, sentenza del 19 aprile 2001, par. 56.

⁶⁴ L’espressione è usata, tra gli altri, da J. Cohen. V. ad esempio, J. COHEN, “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, in *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*, cit., p. 407 e ss., p. 430.

contraenti; o infine come una questione di politica generale.

Si sa che quando almeno una di tali circostanze si presenta, il margine d'apprezzamento riconosciuto agli Stati è particolarmente ampio, posto che le autorità nazionali "jouissent d'une légitimité démocratique directe et se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux"⁶⁵. Il controllo della Corte sarà allora meno profondo, limitandosi alla plausibilità o alla razionalità delle scelte effettuate a livello statale. Ebbene, nell'ambito di questo più ristretto potere di controllo, la Corte può attribuire importanza alla questione se le scelte legislative siano più o meno deliberative.

Per avvicinarsi agli ideali deliberativi la legge statale deve essere il frutto di uno scambio di ragioni in un dibattito aperto ed inclusivo. I principali indicatori deliberativi che la Corte ha utilizzato sono essenzialmente tre: l'apertura dei procedimenti legislativi e amministrativi alla partecipazione della società civile; la costante osservazione dei temi che sono oggetto di disaccordo generalizzato, al fine di verificare la continua corrispondenza tra il diritto vigente e le necessità sociali; la prevalenza nei dibattiti parlamentari di uno scambio di argomenti razionali o ragionevoli rispetto a logiche di negoziazione tra i partiti e i gruppi di potere.

6.1. – La trasparenza e l'apertura dei procedimenti legislativi e amministrativi alla partecipazione della società civile

La prima pronuncia in cui la Corte effettua un'analisi sulla 'qualità' di un atto normativo statale, sotto il profilo della trasparenza e dell'apertura del suo procedimento di formazione alla partecipazione della società civile, è la sentenza resa nel caso *Hatton c. Regno Unito*, deciso l'8 luglio 2003, in cui la Corte in sede di bilanciamento ha attribuito importanza al carattere deliberativo di un atto normativo di rango sub-legislativo. Si tratta di un piano relativo alla regolamentazione del traffico aereo notturno nell'aeroporto di Heatrow, contenuto in un regolamento del Ministro dei trasporti⁶⁶. La Corte è chiamata a stabilire se nell'adottare tale piano, che risponde ad interessi di sviluppo economico della società nel suo insieme, le autorità statali non abbiano interferito in modo sproporzionato con l'interesse dei residenti a riposare di notte senza disturbi sonori, interesse riconducibile al diritto al rispetto della vita privata, protetto quindi dall'art. 8 CEDU. Dopo aver affermato che gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità, trattandosi dell'adozione di 'decisioni di politica generale', i giudici di Strasburgo aggiungono però che essi devono pur sempre tenere nella dovuta considerazione

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, *Handyside*, cit., par. 48; *James e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79, sentenza del 21 febbraio 1986, par. 46; *Hatton e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, sentenza dell'8 luglio 2003, par. 97.

⁶⁶ Corte europea dei diritti umani, *Hatton*, cit., par. 128. Per una lettura in chiave democratico-partecipativa del caso *Hatton v. R. O'CONNELL*, "Towards a Stronger Conception of Democracy in the Strasbourg Court", in *European Human Rights Law Review* 2006, p. 281 e ss.

gli interessi ambientali dei residenti e trovare un giusto equilibrio tra questi interessi e quelli della società nel suo insieme⁶⁷.

Ciò che conta ai nostri fini è il fatto che, al fine di stabilire se lo Stato ha trovato un 'giusto equilibrio' tra i vari interessi rilevanti, gli aspetti procedurali della fattispecie rivestono una certa importanza, con la conseguenza che la Corte "peut se pencher sur le processus décisionnel, afin de vérifier si les intérêts de l'individu ont été dûment pris en compte"⁶⁸. E da questo punto di vista, la Corte riconosce che le misure adottate erano state preventivamente portate a conoscenza degli interessati "par le biais d'un document de consultation qui exposait les résultats d'une étude conduite pour le compte du ministère des Transports", che i ricorrenti avevano avuto accesso al documento di consultazione, e che ad essi era stata riconosciuta la facoltà di formulare osservazioni al riguardo sulla base di informazioni precise⁶⁹. Il processo decisionale si è insomma aperto alla partecipazione di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti, ivi comprese le persone residenti nell'area dell'aeroporto. Tali osservazioni conducono la Corte a ritenere che lo Stato non ha oltrepassato il margine d'apprezzamento ad esso riconosciuto dalla Convenzione⁷⁰.

Un ragionamento non dissimile è condotto dalla Grande Camera nella sentenza resa nel caso *Evans* nel 2007, avente ad oggetto la regolamentazione della fecondazione *in vitro* da parte del legislatore del Regno Unito⁷¹. La legge in vigore in questo paese consente tale tecnica, ma ne fonda il legittimo esercizio sul consenso del donatore dei gameti. In particolare, tale consenso può essere revocato fino al momento dell'impianto dell'embrione, fecondato *in vitro*, nel corpo della donna. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, successivamente al momento della fecondazione *in vitro*, il donatore ha revocato il suo consenso, ma la donna ritiene che il suo diritto a che sia rispettata la sua decisione di diventare madre (che la Corte considera protetto dall'art. 8 della Convenzione, in quanto aspetto del più ampio 'diritto al rispetto della vita privata') debba prevalere sull'opposto diritto del donatore a che sia rispettata la sua scelta di non diventare padre. Ciò in considerazione tanto di ragioni di carattere generale, attinenti al più forte impatto psico-emotivo che simili decisioni hanno sulla donna rispetto all'uomo, che di argomenti che riguardano specificatamente la fattispecie, e cioè il fatto che per le condizioni di salute della ricorrente, quest'ultima si verrebbe a trovare nell'impossibilità di

⁶⁷ Corte europea dei diritti umani, *Hatton*, *cit.*, par. 98 e 123.

⁶⁸ Ivi, par. 99. Al par. 104 la Corte aggiunge che essa avrebbe verificato "la mesure dans laquelle les points de vue des individus (y compris les requérants) ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel"). Inoltre, sempre secondo la Corte, "lorsqu'il s'agit de traiter de questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et études appropriées" (par. 128).

⁶⁹ Ivi, par. 128.

⁷⁰ Ivi, par. 129.

⁷¹ Corte europea dei diritti umani, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007.

avere un figlio ‘di sangue’.

Ci troviamo dunque in un’ipotesi di conflitto fra diritti, ipotesi in cui è ammesso un ampio margine d’apprezzamento statale. L’ampiezza della sfera di discrezionalità dello Stato, d’altra parte, deriva anche da altre due considerazioni: la materia è estremamente sensibile dal punto di vista morale; tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa, inoltre, non vi è consenso in materia. La Corte, nel verificare se lo Stato abbia oltrepassato il suo margine d’apprezzamento si preoccupa in primo luogo di notare il carattere deliberativo della legge. “Il importe de noter que la loi de 1990 a été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d’embryologie humaines et qu’elle est le fruit d’un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats”⁷². In particolare, l’introduzione di un principio rigido di tutela del consenso risponde all’esigenza di tener conto proprio dei risultati del dibattito pubblico⁷³. D’altra parte, come già era avvenuto nel caso *Hatton*, il carattere deliberativo della legge non è il solo elemento che la Corte prende in considerazione nell’esercizio del suo potere di controllo. A considerazioni procedurali si affiancano considerazioni sostanziali. La Corte afferma infatti che il fine perseguito dal legislatore statale, quello di garantire la certezza sull’uso degli embrioni, è in sé legittimo.

6.2. – *L’osservazione continua delle tendenze in atto nella società*

Un altro argomento classico dei teorici della DD, in base al quale il metodo deliberativo è un processo continuo che tende alla “trasformazione delle opinioni con argomenti razionali e ragionevoli” e quindi è “il più adatto all’autocorrezione”⁷⁴, è utilizzato dalla Corte al fine di verificare la qualità della legge statale.

Nei casi *Zdanoka* del 2006 e *Adamsons* del 2008, si afferma ad esempio che il legislatore di uno Stato in transizione da un regime totalitario ad un regime democratico può legittimamente escludere dall’elettorato passivo ex membri del partito comunista ed ex membri dei servizi segreti, a condizione peraltro che il Parlamento verifichi se a distanza di tempo persistano le ragioni di difesa di una giovane democrazia⁷⁵, e sempre che nel caso in cui decida di reiterare la misura medesima il legislatore ne spieghi le ragioni⁷⁶. L’idea sottesa a queste pronunce è che, anche quando il margine d’apprezzamento dello Stato è ampio, le istituzioni statali, e in particolare il legislatore, hanno dei doveri procedurali di tipo deliberativo, tra i quali quello di seguire continuamente l’evoluzione dei fenomeni sociali e di veri-

⁷² Ivi, par. 86.

⁷³ Ivi, par. 87 e 89.

⁷⁴ Vedi F. VIOLA, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁵ Corte europea dei diritti umani, *Zdanoka c. Lettonia*, ricorso n. 58278/00, sentenza del 16 marzo 2006, par. 135.

⁷⁶ Corte europea dei diritti umani, *Adamsons c. Lettonia*, ricorso n. 3669/03, sentenza del 24 giugno 2008, par. 131.

ficare la perdurante accettabilità delle ragioni che giustificavano l'adozione di misure restrittive dei diritti.

Si tratta di oneri procedurali che la Corte tende a porre a carico degli Stati anche quando riconosce che essi, nell'esercizio di un ampio margine d'apprezzamento, hanno legittimamente deciso di non adottare azioni positive. Secondo la Corte, infatti, ciò non esime le istituzioni statali dall'esaminare in modo costante la materia su cui non sono state adottate azioni positive, al fine di verificare se istanze di protezione, che inizialmente provengano da piccoli gruppi e organizzazioni, non si diffondano rapidamente nella società. Inoltre, l'inosservanza da parte delle autorità statali di un tale onere 'di osservazione costante' può indurre la Corte, con il passare del tempo, a non riconoscere più allo Stato il margine d'apprezzamento iniziale.

Una situazione di questo tipo si è realizzata ad esempio nella lunga vicenda relativa al mancato riconoscimento giuridico nel Regno Unito della conversione sessuale dei transessuali operati. In un primo momento, negli anni '80, la Corte ritiene che il rifiuto del governo britannico di modificare il registro delle nascite, o di rilasciare estratti contenenti informazioni sul sesso della persona interessata diverse da quelle originali, non costituiscono un'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti. Dall'art. 8 CEDU, infatti, non scaturisce l'obbligo positivo per gli Stati di riconoscere la conversione sessuale. Tuttavia la Corte, già in queste prime pronunce, rivolge allo Stato convenuto una raccomandazione, un monito, affinché "esamini in modo permanente la necessità di misure giuridiche appropriate, che corrispondano all'evoluzione della scienza e della società"⁷⁷. In altri termini, per quanto le misure richieste dai ricorrenti non siano in quel momento obbligatorie in base alla Convenzione, esse potrebbero diventarlo per effetto del progresso sociale. Lo Stato è pertanto tenuto a mantenere il contatto con la società, e ad adeguare il suo diritto all'evoluzione di questa.

In un secondo momento, nella sentenza *Sheffield e Horsham c. Regno Unito* del 30 luglio 1998, i giudici di Strasburgo, anche se riconoscono ancora legittimo il mancato riconoscimento della nuova identità dei transessuali, considerano d'altra parte che nella società inglese si può riscontrare una migliore accettazione del fenomeno del transessualismo. Tale considerazione rende più severo il monito rivolto alle istituzioni statali di confrontarsi con le istanze provenienti dalla società e di mantenere costantemente sotto esame la materia⁷⁸.

Infine, nella sentenza resa nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*, l'11 luglio 2002, la Corte constata una definitiva scollatura tra le istituzioni del Regno Unito (e le leggi in vigore) e una tendenza chiaramente in atto nella società ingle-

⁷⁷ Corte europea dei diritti umani, *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, sentenza del 17 ottobre 1986, par. 47; *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, par. 42.

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorsi nn. 22985/93 e 23390/94, sentenza del 30 luglio 1998, par. 60.

se, come nella comunità internazionale nel suo insieme, ad accettare il fenomeno del transessualismo e a dare riconoscimento giuridico alla nuova identità dei transessuali operati. In tali condizioni, l'inerzia del legislatore statale impedisce che allo Stato possa essere concesso il margine d'apprezzamento che fino a quel momento gli era stato riconosciuto⁷⁹.

6.3. – *Il carattere non negoziato delle scelte legislative*

Un terzo argomento caro ai teorici della DD che si ritrova nella giurisprudenza recente della Corte riguarda la qualità deliberativa dell'attività svolta dal Parlamento, qualità che a sua volta viene giudicata sulla base di diversi elementi, tra i quali in particolare la motivazione della legge, la presenza nei dibattiti parlamentari di un pubblico scambio di ragioni, l'assenza di logiche di tipo privatistico – negoziale tra partiti e gruppi parlamentari. La sentenza più interessante al riguardo è quella relativa al caso *Hirst c. Regno Unito* del 6 ottobre 2005. La Corte deve stabilire se la perdita del diritto di voto prevista dalla legge elettorale del 1983 nei confronti dei detenuti violi l'art. 3 del primo Protocollo. La legge colpisce qualunque detenuto, per qualunque reato commesso: chiunque si trovi anche solo un giorno a scontare una pena di carattere detentivo non è degno di contribuire alla formazione del corpo legislativo. La Corte ritiene che l'applicazione della legge da parte dell'autorità britannica nei confronti del ricorrente viola il diritto di voto così come gli viene riconosciuto dall'art. 3 del primo Protocollo. È vero – afferma la Corte – che il diritto di voto è un diritto limitabile; è anche vero che gli Stati godono di un margine di discrezionalità abbastanza ampio in materia, anche perché manca un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa riguardo alle ragioni che possono giustificare restrizioni a tale diritto. Tuttavia, la Corte si deve preoccupare di verificare se il legislatore inglese del 1983, nel prevedere la causa di sospensione del diritto di voto controversa, non abbia introdotto una ingiusta discriminazione nei confronti dei detenuti in quanto gruppo. La legge, infatti, non introduce alcun criterio per distinguere la posizione dei detenuti, ma colpisce tutti i detenuti indistintamente.

Ebbene, la Corte considera rilevante il fatto che, quando ha adottato la legge elettorale, il Parlamento non ha cercato di confrontare le ragioni favorevoli e contrarie alla disposizione controversa. Tale disposizione corrisponde ad un'idea molto radicata nella società britannica secondo la quale chi sta scontando una pena di carattere detentivo non ha l'autorità morale per votare. Tuttavia – afferma la Corte – non vi è stato dibattito tra i parlamentari sulle ragioni che possano giustificare oggi, alla luce di una politica penale moderna e degli attuali standard in materia di diritti umani, una simile restrizione⁸⁰. Il risultato è una legge irrazionale, arbitraria, che colpisce allo stesso

⁷⁹ Corte europea dei diritti umani, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002, par. 92-93.

⁸⁰ Corte europea dei diritti umani, *Hirst c. Regno Unito (No. 2)*, ricorso n. 74025/01, sentenza del 6 ottobre 2005, par. 79.

modo tutti i detenuti, violando così il principio di non discriminazione, in base al quale situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso.

Nel suo ragionamento la Corte ricorre quindi ad un argomento classico dei teorici della DD, secondo il quale la legge deve ubbidire a criteri di razionalità. Il ricorso da parte del legislatore ad argomenti culturali, come quello legato alla circostanza che un certo istituto affonda le sue origini in una lunga tradizione giuridica del Paese, non può giustificare, di per sé, la scelta legislativa. Nel processo deliberativo le convinzioni tradizionali devono essere liberamente poste in discussione, continuamente rielaborate e riassorbite.

Di un certo interesse è poi l'affermazione, contenuta nella sentenza *Lautsi c. Italia* del 3 novembre 2009, relativa all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, che ai fini del giudizio sulla compatibilità di una misura statale con l'art. 9 della Convenzione è irrilevante una ragione che si fondi sull'esigenza di trovare un accordo con partiti politici che si ispirano ai valori del cristianesimo⁸¹. Una posizione di questo tipo è senz'altro solidale con l'idea che il processo politico democratico deve essere deliberativo, e non un processo di negoziazione, poiché nella negoziazione sono usati metodi di persuasione non razionale.

7. – Indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza riguardo al problema dei rapporti tra democrazia deliberativa e democrazia rappresentativa; tra democrazia deliberativa e diritti di partecipazione politica e tra democrazia deliberativa e judicial review

Le linee di tendenza che abbiamo appena tracciato sono in uno stato ancora embrionale e non è certo che si stabilizzino. Inoltre, se è vero che questi orientamenti giurisprudenziali mostrano che la Corte può svolgere un ruolo non trascurabile di promotore della DD, non può dirsi che quest'ultima abbia elaborato una teoria compiuta della DD, né che essa abbia aderito a precisi modelli od opzioni teoriche. Ciononostante, dalla lettura delle sentenze che abbiamo esaminato, si ricavano indicazioni interessanti per quanto riguarda la soluzione dei tre problemi teorici sui quali ci siamo soffermati nel secondo paragrafo.

Il primo punto che avevamo messo in luce riguarda i rapporti tra DD e DR. Sebbene, infatti, esse sono per lo più descritte come tra loro compatibili, le opinioni degli autori cambiano sensibilmente quando si passa a trattare degli stru-

⁸¹ Corte europea dei diritti umani, *Lautsi c. Italia*, ricorso n. 30814/06, sentenza del 3 novembre 2009, par. 56: "L'exposition d'un ou plusieurs symboles religieux ne peut se justifier ni par la demande d'autres parents qui souhaitent une éducation religieuse conforme à leurs convictions, ni, comme le Gouvernement le soutient, par la nécessité d'un compromis nécessaire avec les partis politiques d'inspiration chrétienne. Le respect des convictions des parents en matière d'éducation doit prendre en compte le respect des convictions des autres parents. L'Etat est tenu à la neutralité confessionnelle dans le cadre de l'éducation publique où la présence aux cours est requise sans considération de religion et qui doit chercher à inculquer aux élèves une pensée critique".

menti, dei meccanismi che consentono l'effettivo aggancio della prima alla seconda. Da questo punto di vista, abbiamo potuto constatare che sono stati proposti modelli teorici centrati sull'introduzione di riforme di carattere istituzionale e modelli (in particolare quello elaborato da Habermas) che privilegiano un approccio informale alla questione.

Anche le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte sono nel senso della compatibilità tra DD e DR. Non sorprende, d'altra parte, che la prima sia vista come una sorta di complemento della seconda, dato che la DR è espressamente protetta nel sistema CEDU dall'art. 3 del primo Protocollo. Tale norma costituisce insomma il punto di partenza, lo sfondo sul quale la Corte si è fatta carico di promuovere i valori della DD. Quanto poi alle modalità di raccordo tra DD e DR, le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte richiamano alla mente il modello di Habermas. Il fatto che il sistema non protegga diritti di carattere istituzionale alla DD fa sì che la Corte non possa direttamente promuovere riforme di tipo strutturale, né spingere verso l'adozione dei vari meccanismi innovativi che sono suggeriti da una parte dei teorici della DD. Tuttavia, essa si è resa promotrice di un rafforzamento dei canali di collegamento tra la società civile e le istituzioni rappresentative, per un verso mediante il rafforzamento della tutela della sfera pubblica non istituzionalizzata (nei ricorsi aventi ad oggetto la libertà di espressione) e, per altro verso, attribuendo una miglior posizione di partenza a quelle leggi statali che presentano più elevati standard di deliberazione (tra i quali un posto di primo piano è attribuito all'apertura del processo di formazione delle leggi a forme preventive di consultazione della società civile).

Il *secondo* aspetto problematico su cui ci eravamo soffermati nel secondo paragrafo riguarda la centralità che assume, in un modello 'reale' di DD, la tutela della partecipazione, in condizioni di libertà ed eguaglianza, dei cittadini attivi e della rete delle associazioni, gruppi e ong, al dibattito pubblico. Nel modello elaborato da Habermas (ma anche nel pensiero di altri deliberativisti, come Cohen) è attribuita notevole importanza al rafforzamento della società civile in un momento storico caratterizzato dalla prevalenza di un'altra sfera pubblica, "dominata dai mass media e grandi agenzie, tenuta sotto osservazione da inchieste di mercato e sondaggi d'opinione e dalla manipolazione di partiti politici e gruppi d'interesse"⁸². Ebbene, noi abbiamo visto che in più di una pronuncia la Corte tende proprio a favorire una concezione della DD in cui il rafforzamento della società civile è uno dei presupposti di una buona democrazia.

Il *terzo* ed ultimo elemento su cui la giurisprudenza della Corte offre spunti d'interesse riguarda il tema della coesistenza tra controllo internazionale della tutela dei diritti e DD. Come abbiamo già detto, il problema non è stato finora affrontato in dottrina, ma presenta qualche affinità con il problema della compatibilità tra DD e controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici interni.

⁸² J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 435.

Anche su questo punto, come si ricorderà, vi è disaccordo tra i teorici della DD, poiché alcuni ritengono che i giudici dovrebbero astenersi da un ruolo attivo, mentre altri vedono nei giudici costituzionali e nei giudici dei diritti un elemento istituzionale favorevole alla realizzazione della DD. Le indicazioni ricavabili dalle linee di tendenza su cui ci siamo soffermati sembrano andare chiaramente nella seconda direzione indicata. L'uso di argomenti deliberativi è servito infatti alla Corte per giustificare sia un rafforzamento che un'estensione del suo ambito di controllo.

In primo luogo, questi argomenti sono serviti a rafforzare il suo potere di controllo. Abbiamo visto che la Corte mostra una certa dose di attivismo giudiziale nel favorire la protezione della sfera pubblica attraverso l'art. 10 CEDU. Tale concezione attivista del proprio ruolo ha consentito ai giudici, tra le altre cose, di far emergere obblighi positivi tanto dall'art. 10, come emerge ad esempio in *Steel e Morris*, quanto dall'art. 8, come dimostra il caso *Christine Goodwin*⁸³.

In secondo luogo, la promozione degli ideali deliberativi della democrazia si è rivelata funzionale ad un'estensione della sfera del suo sindacato, e ad una corrispondente riduzione del margine d'apprezzamento statale. La Corte chiede sempre più spesso al legislatore statale di non limitarsi a votare, ma di deliberare, soppesare ragioni pro e contra, mantenere aperti i canali di comunicazione con l'opinione pubblica. Così facendo, proponendosi come custode di regole procedurali, essa si ritaglia un nuovo spazio d'intervento, tanto da poter giungere all'accertamento della violazione di un diritto, quando invece il riconoscimento di un ampio margine d'apprezzamento statale spingerebbe nella direzione contraria.

Di più, questo controllo è talvolta solo apparentemente procedurale, e può in realtà contenere valutazioni di tipo sostanziale, con la conseguenza che esso può finire con il ridurre il margine d'apprezzamento degli Stati anche quanto al merito delle soluzioni. Basti pensare al caso *Christine Goodwin*, in cui la Corte accerta una violazione dell'art. 8 da parte di uno Stato contraente a causa dell'inadeguatezza della sua legislazione rispetto all'evoluzione dell'atteggiamento della società verso il fenomeno del transessualismo, atteggiamento che spinge però – ci dice la Corte – verso una soluzione materiale ben precisa, vale a dire il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale.

ABSTRACT

⁸³ V. sul punto R. PISILLO MAZZESCHI, "Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 2008, vol. 33, p. 175 e ss., pp. 375-376.

Deliberative democracy and the European Convention on Human Rights

Theories of deliberative democracy have rapidly become very popular amongst political scientists. The central argument of these theories is that democratic legitimacy of lawmaking does not lie (or does not only lie) in the elected character of Parliaments but in public deliberation processes. Decisions have to be justified by reasons and reasons have to be publicly debated. Legitimacy also depends on the opportunity for citizens to participate effectively in public debates. In this paper I argue that the European Court of Human Rights can be a key player in promoting a democracy based on public deliberation and that in the last decade the Court has been influenced by this conception of legitimate government. First, I suggest that the Court has promoted political debate by establishing the principle that freedom of expression deserves a higher degree of protection, if it claims to be in the public interest. Second, the Court has also been able to protect the outcome of a deliberative process. In deciding whether or not the State's interference with an individual's right is "necessary in a democratic society", the Court has recently given a certain importance to the deliberative character of a national measure. However this has happened in areas where the State's margin of appreciation is wide. Furthermore, the analysis also considers how the Court has dealt with three critical questions in the theory of deliberative democracy, namely the ways in which deliberative democracy can be harmonized with representative democracy ; the place of human rights among the preconditions of deliberation; and the place that judicial review (of laws regulating human rights) can have in a deliberative democracy.