



Rivista N°: 2/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 17/04/2024

AUTORE: Francesco Gallarati*

GLI OBBLIGHI COSTITUZIONALI DI PROTEZIONE: STUDIO COMPARATO SUL LATO “DIMENTICATO” DEI DIRITTI FONDAMENTALI

CONSTITUTIONAL OBLIGATIONS TO PROTECT: A COMPARATIVE STUDY ON THE “FORGOTTEN” SIDE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Sommario: 1. Introduzione – 2. La “riscoperta” del lato positivo dei diritti fondamentali – 3. Struttura trilaterale ed effetti “a doppio taglio” dei diritti – 4. Genesi storica e circolazione della dottrina degli obblighi di protezione – 4.1 La dottrina degli Schutzpflichten in Germania – 4.2 La dottrina degli obblighi positivi in ambito CEDU – 5. Gli obblighi di protezione tra ordinamento tedesco e CEDU: alcune premesse sistematiche – 5.1 Elementi strutturali che accomunano i due sistemi – 5.2 Elementi strutturali che separano i due sistemi – 6. Analisi comparativa dei principali aspetti problematici – 6.1 Il fondamento giuridico-costituzionale – 6.2 Le modalità di concretizzazione – 6.3 Il controllo giurisdizionale – 7. Il recepimento degli obblighi di protezione nel diritto costituzionale italiano – 7.1 Le iniziali barriere giuridico-culturali e il loro parziale superamento – 7.2 L'emersione nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Che i diritti fondamentali non abbiano soltanto una dimensione negativa, in quanto diritti di difesa dalle ingerenze statali, ma anche una dimensione positiva, quali pretese ad un intervento attivo da parte dei poteri pubblici, è oramai un'acquisizione comune tanto nella dottrina¹

* Ricercatore di diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Genova.

¹ Sulla duplice dimensione, positiva e negativa dei diritti fondamentali, nella dottrina italiana, si veda su tutti A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2016, 1-63. V. spec. 34-48 per l'approfondimento sull'esperienza italiana, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

quanto nella giurisprudenza costituzionale italiana². In cosa consista questa dimensione positiva dei diritti e quale sia il suo contenuto specifico, risulta però tuttora controverso e bisognoso di chiarificazione concettuale.

In Italia, il dibattito scientifico si è a lungo concentrato sulla tradizionale distinzione tra diritti civili e diritti sociali, laddove per i primi si intendono i diritti d'impronta liberale, a cui corrisponde solitamente un obbligo di astensione da parte dello Stato, mentre i secondi consistono nelle rivendicazioni sociali incorporate nelle costituzioni del secondo dopoguerra, la cui realizzazione richiede tendenzialmente un maggiore attivismo dei poteri pubblici³. Il valore classificatorio di questa distinzione, basata sul criterio storico-descrittivo delle "generazioni" dei diritti, è stato condivisibilmente messo in discussione nella dottrina più recente, dove si è evidenziato che tutti i diritti, a prescindere dalla categoria dogmatica di appartenenza, necessitano per la propria attuazione tanto di misure negative quanto positive⁴. Questa innovazione concettuale, se ha avuto il merito di spostare il focus della riflessione giuridica sugli aspetti strutturali e contenutistici dei diritti, piuttosto che sul momento storico della relativa affermazione, non pare tuttavia ad oggi avere espresso tutte le potenzialità che in essa erano racchiuse.

In particolare, la riflessione sulla dimensione positiva dei diritti è stata, fino a questo momento, per lo più limitata ai cd. diritti di prestazione, ovvero a quei diritti che attribuiscono al relativo titolare una pretesa a ottenere prestazioni positive da parte dello Stato⁵. L'equazione

² La doppia dimensione dei diritti fondamentali è espressa nitidamente in Corte cost., ord. 18 novembre 2021, n. 216 in materia di diritto alla salute: «Nell'ordinamento giuridico italiano, l'art. 32, primo comma, Cost. tutela la salute come "fondamentale diritto dell'individuo", oltre che come interesse della collettività; e non v'è dubbio, nella giurisprudenza costituzionale, che tale diritto appartenga altresì al novero dei «diritti inviolabili dell'uomo» riconosciuti dall'art. 2 Cost. Dal diritto in parola discendono, a carico dei poteri pubblici, non solo il dovere di astenersi da condotte lesive, ma anche l'obbligo positivo di assicurare i trattamenti sanitari indispensabili per la tutela della salute della persona».

³ La tradizionale contrapposizione tra diritti civili e sociali, intesi come espressione rispettivamente della dimensione negativa e positiva dei diritti, è ancora oggi largamente adoperata nelle più importanti trattazioni sui diritti e le libertà fondamentali. Si v. ad es. A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 2017, 278-279: «Distinzione altrettanto classica viene operata rispetto alla tipologia di prestazione contenuta nella posizione soggettiva. I diritti positivi implicano una prestazione da parte dello Stato (diritti sociali), mentre i diritti negativi consistono in mero obbligo di astensione (libertà classiche) [...]. In pratica, i diritti positivi corrispondono a obblighi di fare, i diritti negativi a obblighi di non fare». Cfr. altresì F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2021: «Se con l'espressione "libertà negative" si fa riferimento alla pretesa di un comportamento omissivo da parte dello Stato, per "libertà positive" si intendono le c.d. "libertà nello Stato", cioè la pretesa, giuridicamente fondata, ad un comportamento attivo da parte dei soggetti pubblici [...]. Ed in questa prospettiva sinonimo dell'espressione "libertà positive" è quella di "diritti sociali"».

⁴ Si vedano sul punto, su tutti, le riflessioni di M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, 1964, 806 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in A. Pace (cur.), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 119 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 29 ss.; Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 208 ss. Nella dottrina internazionale, v. S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, trad. it., New York, WW Norton & Company, 2000, trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁵ Per una categorizzazione dei diritti di prestazione, nell'ordinamento italiano, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1990, 58 ss., il quale vi include però anche alcuni diritti a "prestazioni negative dello Stato", come quello a non essere «distolto dal giudice naturale preconstituito per legge» (art. 25 comma 1 Cost.) o a non subire «trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27 comma 3 Cost.). Tali diritti, tuttavia, sembrano riconducibili piuttosto alla categoria dei diritti difensivi, in quanto attribuiscono al relativo titolare un diritto di non ingerenza da parte dello Stato.

tra diritti di prestazione e dimensione positiva dei diritti, tuttavia, è corretta, e può essere ritenuta, solamente a costo di assumere una nozione di “prestazione” estremamente ampia e generica, tale da ricomprendere al suo interno fattispecie molto diverse, accomunate solo dal fatto di richiedere un comportamento attivo da parte dei poteri pubblici. In effetti, i comportamenti statali necessari per rendere effettivi i diritti fondamentali non si esauriscono nell'erogazione di utilità materiali in favore dei titolari di tali diritti, come avviene tipicamente (sebbene non solo) nel caso dei diritti sociali, ma comprendono anche prestazioni di diversa natura, consistenti segnatamente nell'adozione di atti giuridici (legislativi, amministrativi o giurisdizionali) volti a dare attuazione ai diritti medesimi⁶.

Nell'ambito di quest'ultima categoria di diritti di prestazione “in senso lato”, particolare interesse ricopre una figura dogmatica che, nella dottrina italiana, ha ricevuto finora poca attenzione, contrariamente alla centralità acquisita in altri ordinamenti, e sulla quale il presente contributo intende soffermarsi: i “diritti di protezione” – o “obblighi di protezione”, se li si guarda dalla prospettiva del soggetto passivo, lo Stato⁷.

Caratteristica specifica di questo genere di diritti è che il comportamento attivo richiesto allo Stato per la relativa attuazione non consiste, come nel caso dei diritti sociali, nell'erogazione di utilità materiali, né, come per gli altri diritti di prestazione, nell'adozione di misure altrimenti ampliative della sfera giuridica dei relativi titolari, bensì nella limitazione delle libertà di soggetti terzi⁸.

Questa figura muove dal presupposto che, nella società industriale contemporanea, caratterizzata da una crescente capacità delle attività umane di incidere sulle proprie condizioni di esistenza, lo Stato non sia più la principale fonte di rischio per il godimento delle libertà individuali, posto che le minacce principali in questo senso provengono in misura crescente (e forse prevalente) dalle attività private⁹. Data questa premessa, la dottrina in questione configura una relazione trilaterale, nella quale si confrontano da un lato la vittima della minaccia e, dall'altro, l'autore della condotta lesiva. Al vertice del triangolo si trova lo Stato, il quale è tenuto, in base ai diritti fondamentali, a proteggere la vittima limitando la libertà dell'autore della minaccia. In questi casi, dunque, a differenza dei diritti difensivi classici, lo Stato non è soltanto

⁶ Sul concetto di “diritti di prestazione” e sulla relativa struttura variegata, v. R. ALEXI, *Teorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, 471 ss.

⁷ La denominazione “diritti di protezione” è adoperata, ad es., da R. ALEXI, *Teoria*, cit., 480 ss. Ai fini della presente trattazione, tuttavia, si preferisce utilizzare la dizione “obblighi di protezione”, ad indicare che non si tratta di una categoria di diritti alternativa rispetto ai “diritti civili” e ai “diritti sociali”, bensì di una dimensione insita nel contenuto di tutti i diritti. Per altro verso, si preferisce utilizzare l'espressione “obbligo” anziché quella – spesso utilizzata per tradurre il termine tedesco *Pflicht* – di “dovere”, per rimarcare che si tratta di qualcosa di strutturalmente diverso dai “doveri di solidarietà” previsti dall'art. 2 Cost.: mentre infatti il soggetto passivo dei doveri costituzionali è l'individuo, gli obblighi di protezione si rivolgono in via diretta unicamente allo Stato e sono suscettibili di incidere sulle posizioni giuridiche individuali soltanto attraverso l'intermediazione dei poteri pubblici (sul punto v. *infra* § 3). Sulla differenza tra i “doveri” dei cittadini e gli obblighi (“direttive”) rivolti al legislatore, v. già G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 470 ss.

⁸ Cfr. R. ALEXI, *Teoria*, cit., 480-481, per cui il carattere proprio dei “diritti di protezione” è che si tratta di «diritti soggettivi costituzionalmente conformi nei confronti dello Stato ad azioni positive fattuali o normative, che hanno per contenuto la delimitazione delle sfere dei soggetti giuridici gerarchicamente pariorinati così come l'affermabilità giudiziaria e la realizzazione di questa delimitazione».

⁹ V. *infra* § 2.

destinatario di un dovere di astensione (nei confronti dell'autore della minaccia), ma anche, contemporaneamente, di un correlato obbligo d'azione (nei confronti della vittima)¹⁰.

La figura in esame è stata coniata originariamente in Germania, dove alcune sentenze del Tribunale costituzionale federale, adottate intorno alla metà degli anni '70, hanno dato il via all'elaborazione della categoria dogmatica dei "doveri di protezione" (*Schutzpflichten*)¹¹. Successivamente, tale figura ha conosciuto una feconda circolazione in altri contesti¹², favorita anche da una certa egemonia culturale-costituzionale esercitata dalla dottrina tedesca nel campo dell'elaborazione teorica sul contenuto e le garanzie dei diritti fondamentali¹³. Particolarmente significativa, ai fini di questo scritto, è l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che dell'istituto tedesco ha mutuato alcuni elementi nell'ambito della sua dottrina degli obblighi positivi¹⁴; e, così facendo, ha a sua volta influenzato i Paesi aderenti alla Con-

¹⁰ Che gli obblighi di protezione abbiano una struttura trilaterale è un'osservazione ricorrente nella dottrina tedesca che si è occupata dell'argomento. Cfr. in questo senso, *ex multis*, J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, De Gruyter, 1983, trad. it. *Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito di doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 83 ss.

¹¹ Tra gli studi monotematici dedicati a questo istituto, nella dottrina tedesca, si segnalano P. UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996; J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992; G. HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg, Müller, 1987; H. KLEIN, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, 489 ss.; E. KLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, 1633 ss.; C. CALLIESS, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, in *JuristenZeitung*, 7, 2006, 321-330; T. SCHILLING, *Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 4, 1999, 452-475; C. STARCK, *State Duties of Protection and Fundamental Rights*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 3, 2000, 20-91; P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 92 ss.

¹² Per un'analisi di taglio comparato sulla circolazione della dottrina degli obblighi di protezione nel contesto europeo, si v. S. BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux - Un essai en dogmatique comparative*, in *Revue de droit suisse*, 2003, vol. 1, 49-96; P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten*, cit.; T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003, 246 ss.; L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, Tesi di dottorato, Université de Caen, 1999; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Tesi di dottorato, Aix-en-Provence, 2005; G.D. PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 69 ss. Un'ampia disamina comparata, sebbene riferita specificamente alla tematica ambientale, si ritrova anche in F.S. YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

¹³ Su questo tema, per la dottrina italiana v. P. RIDOLA, *Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana. Sessant'anni di rapporti tra le "culture" costituzionali tedesca e italiana*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1 ss.

¹⁴ Sulla dottrina degli obblighi positivi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la letteratura è vastissima. Tra i tanti lavori, si segnalano F. SUDRE, *Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, 363 ss.; D. SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, Bruylant, 1998, 136 ss.; J-P. COSTA, *The European Court of Human Rights: Consistency of Its Case-Law and Positive Obligations*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26/3, 2008, 449-454; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, London-New York, Routledge, 2012; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004; K. HAJIYEV, *The Evolution of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights - by the European Court of Human Rights*, in D. Spielmann et al. (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un*

venzione, che hanno dovuto confrontarsi con concetti fino ad allora estranei alle proprie tradizioni costituzionali. Ma l'influenza dell'istituto in esame non si è limitata al solo continente europeo: dottrine ispirate a questa figura sono state introdotte anche in America Latina, specialmente ad opera della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, pur con le specificità dovute ad un contesto giuridico ed istituzionale profondamente differente¹⁵.

Quanto all'Italia, si è già detto che la riflessione costituzionalistica su questo istituto è pressoché assente¹⁶. Questo non significa, però, che non vi siano nel nostro sistema costituzionale concetti che a tale figura facciano riferimento, ancorché implicitamente e, forse, inconsapevolmente. Come si cercherà di mostrare nel prosieguo, invero, tale istituto è presente sottotraccia in alcune decisioni adottate dalla Corte costituzionale italiana in tema, ad esempio, di obblighi di incriminazione o di ammissibilità del referendum abrogativo¹⁷. A ciò si aggiunga che la ricezione di tale figura nella concettualità del diritto costituzionale italiano è una conseguenza ormai ineluttabile dell'elevazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, a parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi¹⁸. Per effetto di questa innovazione, infatti, la mancata implementazione di un obbligo positivo derivante dalla Convenzione rappresenta un possibile vizio di legittimità costituzionale di una legge interna e motivo di annullabilità di quest'ultima da parte della Corte costituzionale¹⁹.

instrument vivant, Paris, Bruylant, 207-218; M. KLATT, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *ZaöRV*, 2011, 71, 691-718; V. STOYANOVA, *Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete*, in *Human Rights Law Review*, 23, 2023, 1-34.

¹⁵ Per una comparazione tra la giurisprudenza della Corte interamericana e della Corte EDU, con riferimento agli obblighi di tutela penale, v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, 2653 ss.

¹⁶ Fanno eccezione gli studi, di taglio comparatistico, di P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 153 ss.; A. DI MARTINO, *LA doppia dimensione*, cit., 12 ss. Maggiore attenzione è invece stata dedicata a questo tema dalla dottrina penalistica che, pur esaminando la questione nella prospettiva specifica degli obblighi di incriminazione (su cui v. *infra* §7.2), ha fatto ampio riferimento alla teoria tedesca degli *Schutzpflichten* e alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di obblighi positivi. Sull'esistenza di obblighi costituzionali o convenzionali di tutela penale, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, v. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; ID., *Diritti umani e diritto penale*, in M. Meccarelli et al. (cur.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, 81 ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 243 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., 2645 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2002, 171-122; S. MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli Obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, *Ivi*, 4, 2012, 1364-1401; V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita*, in *Arch. pen.*, 3, 2020, spec. 13 ss.; V. MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion Pratica*, 1, 2004, 139-160. Per una ricostruzione dettagliata, con interessanti spunti comparatistici, v. lo studio monografico di C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, Edizioni ETS, 2009, spec. 96 ss.

¹⁷ V. *infra* §7.2.

¹⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2650-2651.

¹⁹ Cfr. ad esempio la sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui escludeva l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, in quanto ritenuto in contrasto con l'obbligo positivo di tutelare la vita familiare discendente dall'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Marckx c. Belgio* (su cui v. *infra* §4.2).

Se queste considerazioni giustificano l'interesse verso questo istituto nella prospettiva italiana, la sua genesi contribuisce invece a spiegare la scelta del metodo che si adopererà ai fini della presente analisi. Trattandosi di un istituto plasmato in Germania, ed attorno al quale le riflessioni più avanzate sono state formulate dalla dottrina tedesca, non si può chiaramente prescindere da un esame approfondito dell'elaborazione che esso ha conosciuto in quell'ordinamento. Allo stesso tempo, poiché la conoscenza di tale figura da parte del diritto italiano è, in larga parte, "mediata" dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, occorre verificare come ed in quale misura gli elementi della dottrina originaria siano stati mantenuti o riadattati nel passaggio alla dimensione sovranazionale.

Per queste ragioni, nei paragrafi che seguono, dopo avere definito con maggiore precisione i contorni della categoria in esame (§2) e la relativa struttura dogmatica (§3), se ne ripercorrerà l'evoluzione storica nel contesto della Legge fondamentale tedesca e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (§4). Successivamente, si passerà quindi ad analizzare, attraverso un approccio comparativo, i diversi profili problematici che circondano tale figura, onde verificare come questi siano stati affrontati e risolti nei due sistemi giuridici esaminati (§5 e 6). Infine, nella parte conclusiva del lavoro, si volgerà lo sguardo verso l'Italia, per comprendere le ragioni che hanno impedito finora il recepimento di questa categoria nel nostro ordinamento e, per converso, indicare i vantaggi che da tale recepimento potrebbero derivare per una più proficua riflessione sui diritti fondamentali (§7).

2. La "riscoperta" del lato positivo dei diritti fondamentali

Per "obbligo di protezione" si intende il dovere, a cui lo Stato è tenuto in base ai diritti fondamentali, di proteggere i relativi titolari da condotte lesive di soggetti terzi²⁰. Già da questa prima, sommaria definizione si possono trarre alcuni elementi utili ad un inquadramento dell'istituto.

In primo luogo, come già rilevato, a differenza dei diritti difensivi classici, ciò a cui lo Stato è tenuto, in base agli obblighi di protezione, consiste in una condotta attiva. Poiché infatti, in questo caso, la minaccia portata al diritto non proviene dallo Stato, ma da un soggetto terzo, un'astensione da parte dei poteri pubblici non sarebbe di alcun vantaggio per il titolare del diritto medesimo, ma anzi, non impedendo l'azione lesiva, contribuirebbe a cagionare la relativa violazione. Pertanto, quel che qui si richiede allo Stato è l'adozione di misure positive volte a proteggere il diritto minacciato, cioè di prestazioni "in senso lato"²¹.

Le prestazioni necessarie per l'adempimento degli obblighi di protezione differiscono tuttavia da quelle che formano oggetto tipicamente dei diritti sociali (diritti di prestazione "in senso stretto"), per le finalità perseguite e gli strumenti adoperati. Per quel che riguarda in particolare le finalità, mentre i diritti sociali perseguono obiettivi di uguaglianza sostanziale,

²⁰ In termini simili, cfr. la definizione di R. ALEXY, *Teoria*, cit., 480: «Per «diritti di protezione» si devono intendere qui i diritti del titolare del diritto fondamentale verso lo Stato a che questo lo protegga da interventi di terzi».

²¹ Per la distinzione tra diritti di prestazione "in senso lato" e "in senso stretto" ci si rifà a R. ALEXY, *Teoria*, cit., 474.

mediante misure di redistribuzione delle risorse e delle opportunità, i diritti di protezione mirano invece a salvaguardare la pace sociale, mettendo al riparo i relativi titolari dalle possibili ingerenze di soggetti terzi. Essi quindi si inseriscono, come matrice ideologica, nella tradizione liberale e condividono con i diritti difensivi una finalità conservativa dell'esistente²². Per quanto concerne, invece, gli strumenti di attuazione degli obblighi di protezione, questi, come si è già accennato, non consistono generalmente nell'erogazione di utilità materiali, come nel caso dei diritti sociali, bensì nell'adozione di misure che, a seconda dei casi, possono concretarsi in atti legislativi, anche di natura penale, oppure nell'emanazione ed esecuzione di provvedimenti puntuali di carattere amministrativo o giurisdizionale. Più in generale, ciò che contraddistingue le prestazioni oggetto dei diritti sociali da quelle proprie degli obblighi di protezione è che, mentre le prime consistono in beni e servizi suscettibili di essere erogati da chiunque, ma che lo Stato assume su di sé sulla base di una decisione politica, le seconde invece sono misure che solo lo Stato può compiere, in ragione del monopolio dell'uso della forza legittima da esso ritenuto nelle società moderne²³.

Quanto appena osservato ci introduce ad un altro tema cruciale nella riflessione riguardo all'istituto in esame, ovvero la giustificazione teorica dell'esistenza di obblighi di protezione gravanti sullo Stato. Uno degli autori che più a fondo si sono occupati della questione è il giurista tedesco Josef Isensee, il quale ha individuato l'origine storico-filosofica della dottrina dei *Schutzpflichten* nella teoria contrattualistica²⁴. Secondo Isensee, lo Stato moderno rinviene la propria legittimazione nella promessa di sicurezza che l'individuo ottiene in cambio della rinuncia all'uso della violenza privata per fini di autotutela²⁵. Il potere legittimo dello Stato quindi si giustifica razionalmente solo se, a fronte della suddetta rinuncia, il cittadino ottiene da quest'ultimo una protezione effettiva delle proprie libertà²⁶. Questo porta Isensee ad affermare che, quando il Tribunale costituzionale tedesco, negli anni '70, ha elaborato la dottrina dei doveri statali di protezione, in realtà non ha scritto una «nuova pagina dello Stato costituzionale di diritto, ma solo una dimenticata»²⁷. Non si tratterebbe quindi di una vera innovazione, bensì di una «riscoperta» dell'aspetto positivo dei diritti fondamentali, che Isensee identifica con il «diritto alla sicurezza»²⁸.

Altri autori, pur condividendo l'assunto che la sicurezza dalle minacce interne ed esterne sia uno dei compiti essenziali dello Stato moderno, hanno evidenziato come questo di per sé non basti a giustificare la configurazione di un diritto-dovere alla sicurezza²⁹. Una cosa infatti è affermare che è compito dello Stato garantire la sicurezza dei cittadini, altra cosa è

²² Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 485, secondo cui «diversamente dai diritti fondamentali sociali, o meglio, dai diritti di prestazione in senso stretto, i diritti di protezione [...] si inseriscono interamente nella tradizione della lettura liberale dei diritti fondamentali».

²³ Solo le «prestazioni» del primo tipo, pertanto, rientrano propriamente nella nozione di «servizio pubblico». Sul punto, sia consentito di rinviare a F. GALLARATI, *La dimensione costituzionale del servizio pubblico. Un itinerario comparato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, 133 ss.

²⁴ J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 70 ss. In questo senso cfr. anche R. ALEXY, *Teoria*, cit., 485.

²⁵ Cfr. anche C. CALLIESS, *Die grundrechtliche*, cit., 327.

²⁶ Cfr. in questo senso anche R. ALEXY, *Teoria*, cit., 485-486.

²⁷ J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 80.

²⁸ *Ivi*, 80-81.

²⁹ Cfr. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 40-41.

attribuire ai cittadini un diritto a che lo Stato li protegga³⁰. In questa direzione, una valida proposta ricostruttiva è stata avanzata da Dieter Grimm, il quale ha osservato come il generale compito statale di garantire la sicurezza si sia convertito in uno specifico obbligo costituzionale quando è divenuto evidente che le condizioni per il mantenimento delle libertà individuali stavano cambiando³¹. Per questo autore, non è casuale che le principali pronunce del Tribunale costituzionale tedesco sugli obblighi di protezione riguardassero rischi derivanti dalle moderne tecnologie, come l'energia atomica, i rumori degli aeroplani e le biotecnologie. In tutti questi casi, infatti, «la domanda non era se il legislatore, regolamentando le attività private, avesse oltrepassato i limiti tracciati dai diritti fondamentali, ma se avesse fornito una protezione sufficiente contro rischi di nuova emersione»³².

Le considerazioni di Grimm colgono un aspetto importante della teoria degli obblighi di protezione, ovvero il collegamento tra l'affermazione di questi ultimi e il mutamento delle concrete condizioni di godimento dei diritti fondamentali. In contesti sociali come quelli che fecero da sfondo alle grandi rivoluzioni liberali, la principale fonte di rischio per i diritti individuali era (o si riteneva che fosse) il potere statale, pertanto la limitazione di quest'ultimo poteva apparire come la massima garanzia di libertà. Invece, nelle società contemporanee, in cui i poteri privati hanno acquisito capacità tecniche ed economiche pari o superiori a quelle degli Stati, la non-ingerenza dei poteri pubblici non è più condizione sufficiente per l'effettivo godimento delle libertà individuali³³. Queste ultime, infatti, si ridurrebbero a vuote formule verbali in assenza di una regolazione pubblica volta a delimitare gli spazi di azione dei soggetti privati. Da ciò deriva la conclusione, apparentemente contraddittoria, che la limitazione della libertà è essa stessa condizione di libertà. Perché gli individui siano realmente liberi – si potrebbe dire – è necessario che vi sia un intervento pubblico che ne limiti le libertà³⁴.

³⁰ Cfr. C. STARCK, *State Duties*, cit., 48 ss.

³¹ Cfr. D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 234. In italiano, v. ID, *Il futuro della costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 144 ss. V. anche ID, *The Protective Function of the State*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2005, 146-147.

³² D. GRIMM, *The Protective Function*, cit., 147 (traduzione libera).

³³ Cfr. U. PREUB, *The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-Political Background*, in U. Sajò, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005, 23-32, trad. it. *La dottrina tedesca della Drittwirkung e il suo sfondo socio-politico*, in P. Femia (cur.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, ESI, 2018, 27-37. In senso analogo cfr. anche J. DIETLEIN, *Die Lehre*, cit., 34 ss. G. HERMES, *Das Grundrecht*, cit., 145 ss., J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 27 ss.

³⁴ La riflessione sui condizionamenti necessari a rendere effettiva la libertà, intesa non come «libertà naturale», bensì come «libertà sociale», non è ovviamente nuova e si deve innanzitutto, come noto, a Hans Kelsen. Nella dottrina italiana, v. su tutti A. BALDASSARRE, *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. dir.*, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1988, spec. 3 ss.; G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1958, 273 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, 71 ss. L'apporto innovativo della dottrina degli obblighi di protezione, sotto questo punto di vista, è la qualificazione di tali condizionamenti come oggetto di un obbligo costituzionale scaturente dagli stessi diritti di libertà e capace di imporsi al legislatore.

3. Struttura trilaterale ed effetti “a doppio taglio” dei diritti

Quanto osservato in merito alla giustificazione storico-filosofica degli obblighi di protezione si riflette anche sulla peculiare struttura dogmatica degli stessi.

Nella loro configurazione liberale classica, i diritti fondamentali sono concepiti come relazioni bilaterali tra il titolare del diritto (soggettivo attivo) e lo Stato (soggetto passivo). Ciò è vero per i diritti civili, in virtù dei quali lo Stato è tenuto ad astenersi da realizzare interventi invasivi delle libertà individuali; ma lo stesso vale anche per i diritti sociali, nei quali l'obbligazione statale, pur cambiando “di segno”, si inserisce pur sempre in una relazione “a due” tra Stato e cittadino.

Questo schema binario non si attaglia invece alla struttura degli obblighi di protezione. Come detto, infatti, il contenuto specifico di questi ultimi consiste nel dovere statale di proteggere il titolare di un diritto da condotte lesive di soggetti terzi. Per adempiere al proprio obbligo, quindi, lo Stato è tenuto a limitare le libertà degli autori della condotta lesiva, nella misura necessaria affinché il relativo esercizio non si traduca in una lesione del diritto della vittima. Nella relazione trilaterale che viene così a configurarsi, lo Stato si trova in una posizione ambivalente, essendo stretto tra due “fuochi costituzionali”³⁵: da un lato, il diritto difensivo dell'autore della minaccia gli imporrebbe di astenersi dall'adottare una determinata misura restrittiva; dall'altro, il diritto di protezione della vittima gli imporrebbe di adottare quella medesima misura. Se esaminati da questa prospettiva, i diritti di protezione si configurano quindi come “armi a doppio taglio”³⁶. Le misure adottate per darvi attuazione, infatti, se eccedono una certa soglia *massima*, risultano incompatibili con la sfera di autonomia costituzionalmente garantita all'autore della condotta lesiva; allo stesso tempo, se invece non raggiungono una certa soglia *minima*, risultano parimenti costituzionalmente illegittime in quanto non garantiscono un livello di protezione sufficiente del diritto minacciato³⁷.

Sui problemi che questa costruzione triangolare suscita con riferimento al rispetto del principio di separazione dei poteri, si tornerà più avanti³⁸. La particolare struttura dogmatica degli obblighi di protezione impone, però, di svolgere fin da ora alcune precisazioni necessarie a distinguere l'istituto in esame da altri ad esso affini.

Una prima precisazione riguarda il concetto di minaccia. Chiaramente, il pacifico godimento dei diritti fondamentali non è messo a rischio soltanto da condotte private: eventi naturali e altri fattori che sfuggono al controllo umano possono minacciare le libertà individuali altrettanto, o anche più, delle attività antropiche. Deve quindi estendersi anche ad essi l'obbligo di protezione statale? La risposta, in linea di principio, dovrebbe essere affermativa: nella misura in cui si riconosce l'esistenza di un obbligo *prima facie* per lo Stato di proteggere i diritti fondamentali, non si vede per quale motivo lo si dovrebbe limitare alle sole minacce provocate

³⁵ Così J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 84.

³⁶ L'espressione è mutuata da F. LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962, 46, il quale la riferiva però alla sanzione penale.

³⁷ Cfr. D. GRIMM, *The Protective Function*, cit., 149.

³⁸ V. *infra* §6.3.

dall'uomo³⁹. E tuttavia, i rischi naturali fuoriescono dall'oggetto della presente ricerca, dato che rispetto ad essi non è configurabile quella relazione trilaterale che rappresenta il tratto caratteristico della dottrina qui in esame. Non essendo i rischi naturali imputabili all'esercizio di libertà fondamentali, infatti, l'azione positiva dello Stato nei loro confronti non incontra alcun limite costituzionale, se non quello legato alle possibilità giuridiche e materiali di intervento. In questi casi, pertanto, il rapporto tra lo Stato e la vittima della minaccia non è dissimile, dal punto di vista strutturale, a quello riscontrabile in un qualsiasi diritto di prestazione; motivo per cui non si ritiene utile esaminarlo in questa sede⁴⁰.

Una seconda precisazione riguarda la distinzione tra obblighi di protezione e diritti difensivi. Nella dottrina tedesca, alcuni autori hanno messo in discussione l'autonomia dogmatica della figura degli *Schutzpflichten*, sostenendo che questi, in realtà, altro non siano che diritti di difesa da ingerenze commesse dallo Stato per avere autorizzato o, comunque, non impedito il fatto dannoso⁴¹. Secondo questa tesi, pertanto, da un punto di vista dogmatico, sarebbe indifferente che l'azione lesiva sia concretamente posta in essere dallo Stato o da un soggetto privato, in quanto in entrambi i casi l'ingerenza sarebbe imputabile ad un comportamento (attivo o omissivo) statale⁴². Questa tesi, benché "seducente" nella sua semplicità⁴³, è stata criticata dalla dottrina maggioritaria, perché finisce per ricondurre ogni azione privata, anche la più insignificante, alla responsabilità statale⁴⁴. In questo senso, è stato osservato che «il semplice fatto che un'azione non sia vietata e, perciò, sia permessa non giustifica né la partecipazione dello Stato al suo compimento né l'imputazione del suo compimento allo Stato»⁴⁵. In effetti, la tesi in discussione confonde due piani che devono invece tenersi distinti da un punto di vista concettuale. Infatti, se è vero che, per riprendere una terminologia penalistica, non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di evitare equivale a cagionarlo⁴⁶, tale meccanismo di imputazione presuppone pur sempre che sull'autore della condotta omissiva incomba un dovere di intervento. Ebbene, stabilire se e in che misura un simile dovere sia configurabile in capo allo Stato è precisamente l'oggetto della dottrina degli obblighi di protezione. Solo laddove sia accertata la presenza di un obbligo positivo, lo Stato potrà essere ritenuto responsabile per non avere tutelato adeguatamente il diritto protetto. Ma se così è,

³⁹ Ed infatti, molti autori ricomprendono anche le minacce provenienti da cause naturali nell'ambito della figura dei doveri di protezione. V. ad es. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 76.

⁴⁰ Un discorso analogo vale anche per le minacce provenienti da Stati stranieri o da altri soggetti sottratti alla giurisdizione dello Stato. Poiché, infatti, oggetto specifico della dottrina degli obblighi di protezione è il dovere statale di adottare misure volte a garantire la pacifica convivenza degli attori sociali, limitando le libertà degli uni in favore degli altri, non potrebbe pretendersi l'adozione di misure simili nei confronti di soggetti verso i quali lo Stato non disponga dell'autorità necessaria. Su queste minacce v. J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 75 ss.

⁴¹ J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Selbstverlag, 1977, 213 ss. Su questo tema, in maniera più dettagliata, v. R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte, Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, Mohr, 2003, 346 ss.

⁴² J. SCHWABE, *Probleme*, cit., 219.

⁴³ Così R. ALEXY, *Teoria*, cit., 486.

⁴⁴ Per una sintesi di queste critiche, v. J. DIETLEIN, *Die Lehre*, cit., 38 ss.

⁴⁵ R. ALEXY, *Teoria*, cit., 488. In senso analogo cfr. anche K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 730; G. HERMES, *Das Grundrecht*, cit., 76; E. KLEIN, *Grundrechtliche*, cit., 1639.

⁴⁶ Cfr. art. 40, c. 2 cod. pen.

allora, la figura degli obblighi di protezione conserva una propria irriducibile autonomia dogmatica rispetto ai diritti difensivi di segno negativo⁴⁷.

Un'ultima precisazione riguarda, infine, il rapporto tra la dottrina degli obblighi di protezione e quella dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali (*Drittwirkung*)⁴⁸. Entrambe queste teorie hanno a che vedere con l'applicazione dei diritti fondamentali nelle relazioni inter-private. Tuttavia, mentre la dottrina dell'effetto orizzontale, nella sua versione "diretta" (*unmittelbare*)⁴⁹, concepisce i soggetti privati come destinatari immediati dei diritti fondamentali, gli obblighi costituzionali di protezione si rivolgono solamente allo Stato. Secondo quest'ultima teoria, infatti, solo lo Stato è tenuto a proteggere i diritti fondamentali dalle ingerenze di terzi, mentre ai soggetti privati non è assegnato un corrispondente obbligo di astensione. Più articolato è invece il rapporto tra obblighi di protezione e la teoria dell'efficacia orizzontale "indiretta" (*mittelbare*): secondo questa visione, i diritti fondamentali, sebbene non si applichino direttamente alle relazioni inter-private, influenzano la risoluzione delle controversie da parte dei giudici ordinari in via mediata, attraverso un'interpretazione assiologicamente orientata delle clausole generali del diritto privato⁵⁰. Tale teoria presenta diverse affinità con quella degli obblighi di protezione, tanto che molti autori oggi ritengono che il fondamento dell'efficacia "mediata" dei diritti fondamentali nei rapporti privatistici risieda nella loro funzione quali norme di protezione⁵¹. In effetti, la *mittelbare Drittwirkung* si basa sul presupposto che i giudici ordinari siano tenuti, nella risoluzione delle controversie inter-private, ad adempiere agli obblighi di protezione che incombono su di essi in quanto organi dello Stato. Questo si traduce nell'obbligo per il giudice, quando interpreta il diritto privato, di «creare disposizioni protettive adeguate per

⁴⁷ Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 1988, Vol. 3, 947.

⁴⁸ Per una ricostruzione dettagliata delle diverse posizioni della dottrina tedesca su questo argomento, v. R. POSCHER, *Grundrechte*, cit., 48 ss.; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, 247 ss.; T. HOCHMANN, J. REINHARDT (eds.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018, spec. 119 ss. e 149 ss.; T. MEINDL, *La notion*, cit., 370 ss.

⁴⁹ Questa è la tesi avanzata da H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, in Id. (ed.), *Festschrift für E. Molitor*, München, Beck, 1962, 17 ss., trad. it. *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. Femia (cur.), *Drittwirkung*, cit., 55-71.

⁵⁰ Tesi formulata da G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in T. Maunz, *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, München, Isar-Verl., 1956, trad. it. *Diritti fondamentali e giurisprudenza civile*, in P. Femia (cur.), *Drittwirkung*, cit., 75-104. Dürig critica la teoria dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali nei rapporti inter-privati, che a suo avviso priverebbe di autonomia il diritto privato rispetto al diritto costituzionale, e sostiene invece che: «Gli strumenti normativi adoperati per la difesa da aggressioni provenienti dalla *Drittrichtung* (dall'azione di soggetti terzi privati) sono le clausole generali [del diritto privato] capaci e bisognose di integrazione assiologica, le quali vengono in soccorso in caso di assenza di norme civilistiche speciali di protezione; il diritto privato oggettivo così adempie il suo compito di protezione».

⁵¹ La più nota formulazione di questa posizione è attribuita a C-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1984, vol. 184, 225 ss., trad. it., *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. Femia (cur.), *Drittwirkung*, cit., 107-158, spec. 134. Questa tesi è oggi condivisa dalla dottrina tedesca maggioritaria. In questo senso, cfr. *ex multis* K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1999, 159 ss.; C.D. CLASSEN, *Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 122, 1997, 73. Si veda inoltre P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 72-73 con ulteriori riferimenti bibliografici. Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, si veda tra le altre BVerGE, 1 BvR 699/06, del 22 febbraio 2011, *Fraport*, punto 59.

reagire ai pericoli cui sono esposti i diritti fondamentali per effetto del conferimento ai privati del potere di autonomia»⁵².

4. Genesi storica e circolazione della dottrina degli obblighi di protezione

Come anticipato, la dottrina degli obblighi di protezione è stata in origine coniata in Germania, ad opera del Tribunale costituzionale federale, per essere poi ripresa, a distanza di qualche anno, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Per avanzare nella conoscenza di questo istituto, è dunque opportuno analizzare le circostanze storiche che hanno portato alla relativa affermazione nei due sistemi giuridici considerati. Nel fare ciò, si procederà di seguito ad esaminare separatamente l'evoluzione dell'istituto nell'ordinamento tedesco (§4.1) e nel contesto della CEDU (§4.2).

4.1. La dottrina degli *Schutzpflichten* in Germania

Il primo riconoscimento dell'obbligo statale di proteggere i diritti fondamentali dai soggetti terzi si è avuto con la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 1975 relativa all'aborto (*Schwangerschaftsabbruch I*)⁵³. Il caso riguardava una questione astratta di costituzionalità promossa da alcuni parlamentari di minoranza e da alcuni Länder, in riferimento ad una legge federale recante la parziale depenalizzazione dell'aborto. Il quesito, nella fattispecie, era se lo Stato fosse tenuto a perseguire l'aborto e se, in particolare, dovesse servirsi a tale scopo dello strumento penale. In questa pronuncia, dopo avere precisato che il diritto alla vita sancito dall'art. 2(2) GG tutela anche il nascituro, la Corte ha enunciato a chiare lettere l'esistenza di un obbligo dello Stato di proteggere la vita non solo attraverso misure negative, ma anche attraverso misure positive che lo mettano al riparo da condotte lesive di soggetti terzi (compresa la madre).

«Il dovere di protezione dello Stato è completo. Non solo - ovviamente - vieta l'intervento diretto dello Stato nella vita in via di sviluppo, ma richiede anche che lo Stato protegga e promuova questa vita, cioè soprattutto che la protegga da interferenze illecite da parte di altri»⁵⁴.

⁵² C-W. CANARIS, *Diritti fondamentali*, cit., 136. Benché l'Autore critichi la teoria dell'efficacia orizzontale indiretta, così come avanzata da Dürig, la sua ricostruzione consiste in realtà in una versione perfezionata della teoria medesima, tanto che lo stesso Autore afferma: «Se lo si desidera, si può anche parlare a tale proposito di "applicazione indiretta" (*mittelbare Drittwirkung*), tanto più che, naturalmente, gran parte della protezione privatistica è garantita dalle clausole generali». Più avanti, inoltre, lo stesso Autore osserva: «quando gli atti dei soggetti di diritto privato, in particolare i negozi giuridici, sono valutati nella loro compatibilità con i diritti fondamentali, viene in rilievo la loro funzione quali comandi di protezione – e, poiché in tali ipotesi è abitualmente necessaria un'attuazione mediante il diritto di fonte primaria, l'incidenza dei diritti fondamentali è in tal caso ancora soltanto "mediata"».

⁵³ BVerGE 39, 1, del 25 febbraio 1975, *Schwangerschaftsabbruch I*.

⁵⁴ Ivi, punto 124 (traduzione libera).

Come osservato dalla dottrina tedesca, l'affermazione della teoria degli obblighi statali di protezione non è stato un "colpo di tamburo"⁵⁵ battuto all'improvviso dal *Bundesverfassungsgericht*. Questa dottrina, in effetti, era stata anticipata da alcune sentenze che, negli anni precedenti, ne avevano preparato l'avvento⁵⁶.

Il punto di origine di questo indirizzo giurisprudenziale è stata la sentenza *Lüth* del 1958⁵⁷. Come noto, in questa pronuncia il Tribunale costituzionale federale ha sancito, per la prima volta, che i diritti fondamentali, oltre che diritti di difesa dell'individuo nei confronti dello Stato, sono anche l'espressione di un ordine oggettivo di valori (*objektive Wertordnung*) che si applica, in quanto decisione costituzionale fondamentale, a tutte le aree del diritto. Nell'immediato, questo ha consentito alla Corte di affermare che i diritti fondamentali, pur avendo come unico destinatario lo Stato, devono essere tenuti in considerazione anche nei rapporti orizzontali, in virtù dell'"effetto di irradiazione" (*Ausstrahlungswirkung*) che essi esplicano nei confronti degli altri settori dell'ordinamento⁵⁸.

Ma le conseguenze del riconoscimento dei diritti fondamentali come norme assiologico-oggettive sono andate ben al di là dell'ambito della *Drittwirkung*. Negli anni successivi alla sentenza *Lüth*, invero, la teoria dei valori ha servito da premessa teorica per numerose altre innovazioni dogmatiche introdotte dal Tribunale costituzionale⁵⁹. Una di queste (forse la più importante) è rappresentata proprio dalla dottrina degli obblighi di protezione⁶⁰. Secondo Böckenförde, il riconoscimento degli obblighi di protezione rappresenta «una conseguenza necessaria del fatto che i diritti fondamentali hanno acquisito il carattere di norme oggettive di principio e scelte di valore»⁶¹. Si tratterebbe cioè di una "questione derivata" che discende necessariamente dall'innovazione iniziale, realizzata nella sentenza *Lüth*, consistente nell'attribuzione ai diritti fondamentali della qualità di valori universali che trascendono la relazione tra Stato e cittadino, per irradiarsi in ogni ambito dell'ordinamento⁶².

Il rapporto di derivazione teorica tra la dottrina degli *Schutzpflichten* e la concezione dei diritti come valori trova conferma nella sentenza sull'aborto del 1975: qui, infatti, il Tribunale costituzionale federale ha dedotto l'obbligo costituzionale dello Stato di proteggere il nascituro

⁵⁵ Così J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 70.

⁵⁶ Cfr. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 29.

⁵⁷ BVerGE 7, 198, del 15 gennaio 1958, *Lüth*.

⁵⁸ Ivi, punti 24-25.

⁵⁹ In una decisione del 1966, in particolare, la libertà di stampa è stata interpretata non solo come difesa dall'ingerenza statale, ma anche come un valore oggettivo che può giustificare una limitazione della libertà individuale di singoli giornalisti o editori, laddove l'esercizio di quest'ultima possa pregiudicare la libertà della stampa in generale (BVerGE 20, 162, del 5 agosto 1966, *Spiegel*). Ulteriormente, in una decisione sull'autonomia universitaria del 1973, la Corte ha affermato che la libertà della scienza proclamata dall'art. 5(3) GG esprime una decisione di valore che non si estrinseca soltanto nel rifiuto di ogni intervento statale nella sfera autonoma della scienza, ma comprende anche un mandato oggettivo statale in favore della libertà scientifica, che lo obbliga ad agire positivamente in modo da «proteggere e promuovere questa garanzia di libertà impedendo che venga danneggiata» (BVerGE 35, 79 del 29 maggio 1973, *Hochschul-Urteil*, traduzione libera).

⁶⁰ Cfr. D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., 221; ID., *The Protective Function*, cit., 144; H. DREIER, *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG*, in ID (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 113.

⁶¹ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 1, 1990, 1-31, trad. it. *Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali*, in ID. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 227.

⁶² Ivi, 221.

dall'ordine oggettivo di valori insito nel diritto alla vita, facendo espresso riferimento a tal fine alla giurisprudenza *Lüth*⁶³. Allo stesso tempo, però, in questa sentenza la Corte è andata oltre il proprio orientamento precedente, riconoscendo, per la prima volta, che dal contenuto assiologico-oggettivo di un diritto fondamentale possa scaturire l'obbligo per lo Stato di limitare le libertà altrui.

Nelle pronunce successive, il Tribunale costituzionale federale ha confermato e precisato la propria dottrina degli obblighi di protezione. In *Schleyer*⁶⁴, in particolare, la Corte ha deciso un ricorso proposto da un uomo che, essendo stato rapito da un gruppo di terroristi, si appellava al suo diritto alla vita per pretendere dallo Stato il pagamento del riscatto richiesto dai rapinatori. Dopo avere ribadito che lo Stato è tenuto a proteggere la vita da interferenze illecite di soggetti terzi, la Corte ha precisato che il dovere di protezione non riguarda solo gli individui ma anche tutti i cittadini nel loro complesso e che, pertanto, in quel caso, non si poteva ritenere che il pagamento del riscatto fosse una soluzione costituzionalmente obbligata⁶⁵. Analogamente, in una sentenza relativa al divieto di contatti imposto ai detenuti imputati per terrorismo (*Kontaktsperre-Gesetz*), la Corte ha ritenuto che una siffatta misura restrittiva fosse giustificata dall'obbligo statale di proteggere i suoi cittadini dalle minacce alla vita e alla sicurezza⁶⁶. La novità di queste pronunce è che, diversamente dalla sentenza sull'aborto, in questi casi la figura degli *Schutzpflichten* è stata utilizzata non per fondare una pretesa ad un'azione positiva dello Stato, bensì per giustificare una condotta statale (attiva o omissiva) di cui si contestava la legittimità.

La portata applicativa di questa dottrina è stata ulteriormente ampliata nella giurisprudenza successiva. In due sentenze pronunciate alla fine degli anni '70⁶⁷ in relazione all'esercizio di impianti nucleari, la Corte ha esteso l'obbligo statale di protezione anche alle minacce di danni futuri provenienti da attività rischiose, aggiungendo così una nuova dimensione – intertemporale – all'area di tutela garantita dai diritti fondamentali. In particolare, in *Kalkar*⁶⁸, la Corte ha precisato che, in presenza di una minaccia non trascurabile di danni futuri, l'obbligo costituzionale di protezione impone che siano adottate norme giuridiche concepite in modo da contenere il rischio di violazioni dei diritti fondamentali⁶⁹. Nella fattispecie, pur riconoscendo che, data la gravità delle minacce, anche una possibilità remota del loro verificarsi fosse sufficiente a fare scattare il dovere di tutela⁷⁰, la Corte ha ritenuto che il legislatore avesse adottato una regolamentazione tale da escludere, nei limiti delle capacità cognitive umane, i rischi di violazione dei diritti fondamentali⁷¹.

Questioni *lato sensu* ambientali formavano oggetto anche di due successive pronunce, relative rispettivamente ai rumori degli aerei e al deposito di armi chimiche. Nella prima

⁶³ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 123.

⁶⁴ BVerGE 46, 160, 16 ottobre 1977, *Schleyer*.

⁶⁵ Ivi, punto 16.

⁶⁶ BVerGE 49, 24, 1 agosto 1978, *Kontaktsperre-Gesetz*, punti 107 ss.

⁶⁷ Oltre alla sentenza *Kalkar I*, su cui v. la nota successiva, il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato sulle minacce nucleari anche in BVerGE 53, 30, 20 dicembre 1979, *Mülheim-Kärlich*.

⁶⁸ BVerGE 49, 89, 8 agosto 1978, *Kalkar I*.

⁶⁹ Ivi, punto 115.

⁷⁰ Ivi, punto 116.

⁷¹ Ivi, punto 117.

(*Fluglärm*)⁷², alcuni residenti nei pressi dell'aeroporto di Düsseldorf lamentavano che le autorità non avessero adottato misure efficaci per proteggerle dal rumore degli aeroplani. In questo caso la Corte, pur ammettendo che il diritto all'integrità fisica di cui all'art. 2(2) GG possa, in ipotesi, comportare anche l'obbligo statale di contrastare gli effetti nocivi per la salute prodotti dai rumori degli aerei⁷³, ha però escluso che nella fattispecie tale obbligo fosse stato violato. Per fare ciò, la Corte ha precisato che, in presenza di un dovere di protezione, la scelta tra più possibili misure protettive spetta al legislatore e può essere controllata solo in misura limitata dal Tribunale costituzionale⁷⁴. Sulla stessa linea, anche nella sentenza sui depositi di armi chimiche (*Lagerung chemischer Waffen*)⁷⁵, la Corte ha confermato che, nel dare adempimento agli obblighi di protezione, i poteri legislativo ed esecutivo dispongono di un'ampia discrezionalità, che «può essere controllata dai tribunali solo in misura limitata, a seconda della natura della materia in questione, delle possibilità di formulare un giudizio sufficientemente affidabile e della rilevanza degli interessi giuridici in gioco»⁷⁶.

A conclusione di questo primo ciclo di pronunce, il Tribunale costituzionale è tornato sulla questione dell'aborto nella sentenza *Schwangerschaftsabbruch II* del 1993⁷⁷. Oltre a riprendere molte delle conclusioni rassegnate nei citati precedenti, la Corte si è qui soffermata sul problema dello standard di controllo giurisdizionale applicabile alle misure di protezione. È questa sentenza, in particolare, ad avere introdotto il concetto, di origine dottrinale⁷⁸, di "divieto di sottomisura" (*Untermaßverbot*)⁷⁹, ad indicare che il controllo del Tribunale costituzionale è limitato alla verifica dell'adozione di misure protettive che soddisfino un livello minimo di adeguatezza ed efficacia⁸⁰.

4.2. La dottrina degli obblighi positivi in ambito CEDU

In parallelo all'elaborazione giurisprudenziale della teoria degli *Schutzpflichten* in Germania, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha coniato una propria dottrina avente una portata simile (sebbene, come si dirà, non identica): la dottrina degli "obblighi positivi".

Se e in che misura i due processi siano tra loro collegati e, in particolare, se la Corte EDU sia stata ispirata o comunque influenzata dal *Bundesverfassungsgericht*, è difficile da stabilire con certezza⁸¹. Il punto è che la Corte di Strasburgo tende a non riferirsi, nelle proprie

⁷² BVerGE 56, 54, 14 gennaio 1981, *Fluglärm*.

⁷³ Ivi, punto 81.

⁷⁴ Ivi, punti 85-86.

⁷⁵ BVerGE 77, 170, 29 ottobre 1987, *Lagerung chemischer Waffen*.

⁷⁶ Ivi, punto 112 (traduzione libera).

⁷⁷ BVerGE 88, 203, 28 maggio 1993, *Schwangerschaftsabbruch II*.

⁷⁸ Lo stesso Tribunale costituzionale cita a questo proposito la trattazione manualistica di J. ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, 165 ss. Questo esempio, al pari di altri che non è qui possibile citare, mostra il continuo scambio di vedute tra la giurisprudenza e la dottrina costituzionale lungo il "processo collettivo" di elaborazione di questa figura dogmatica.

⁷⁹ Su cui v. *infra* §6.3.a.

⁸⁰ Ivi, punto 159.

⁸¹ In senso dubitativo, cfr. V. SCHLETTE, *Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 28, 1996, 764 ss.

decisioni, a precedenti giurisprudenziali o a istituti propri degli ordinamenti nazionali, in ragione dell'obiettivo dichiarato di fornire un'interpretazione dei concetti della Convenzione autonoma rispetto alle corrispondenti nozioni domestiche⁸². Per questo motivo, nella giurisprudenza della Corte EDU non si trova alcun riferimento alla dottrina dei doveri di protezione⁸³ e, d'altra parte, la stessa terminologia adoperata per designare il concetto affermatosi in ambito CEDU ("obblighi positivi") non richiama, almeno direttamente, quella in uso nella dogmatica tedesca⁸⁴.

Allo stesso tempo, però, alcuni elementi portano a ritenere che, quando la Corte EDU ha plasmato la propria dottrina, fosse ben a conoscenza degli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale tedesca e che, quindi, possa esserne stata influenzata, sia pure implicitamente. Oltre alla presenza di un giudice di formazione tedesca nella compagine giudicante, è stato evidenziato che alcuni altri componenti della Corte, nei propri scritti, avevano fatto riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale tedesca⁸⁵. Più in generale, risulta difficile immaginare che i giudici di Strasburgo, o perlomeno parte di essi, non fossero al corrente dei dibattiti in corso in Germania in merito ad alcune delle questioni teoriche che si stavano ponendo, in quello stesso periodo, anche di fronte alla Corte EDU, come la dimensione positiva dei diritti o la *Drittwirkung*; tutte questioni la cui trattazione richiedeva una conoscenza, almeno preliminare, della giurisprudenza *Lüth* e delle sue principali ricadute applicative.

Quale che sia stata l'influenza della giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla Corte EDU, ciò che appare inconfutabile è che entrambe le dottrine siano figlie di un medesimo movimento culturale che, nell'Europa della seconda metà del secolo scorso, ha portato all'estensione dell'efficacia dei diritti fondamentali al di fuori dei tradizionali confini della relazione Stato-cittadino. In altre parole, benché non si possa affermare con certezza l'esistenza di un legame di derivazione diretta tra la dottrina tedesca dei doveri di protezione e quella degli obblighi positivi elaborata in ambito CEDU, è nondimeno possibile rilevare una chiara parentela tra di esse, perlomeno sul piano della circolazione delle idee costituzionali. Questa connessione trova conferma nel fatto che i due orientamenti giurisprudenziali hanno conosciuto un'evoluzione parallela e sono giunti a conclusioni in larga parte sovrapponibili.

Anche nella prospettiva della CEDU, il presupposto teorico per il riconoscimento della funzione protettiva dei diritti convenzionali è stata l'affermazione della duplice dimensione (positiva e negativa) insita nei diritti medesimi. Il punto di svolta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stata, in questo ambito, la sentenza *Marckx c. Belgio* del 1979⁸⁶, nella quale la Corte ha stabilito che il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'articolo 8 CEDU impone

⁸² Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda in questo senso, tra le altre, *Engel c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, in relazione alla definizione della materia penale.

⁸³ V. SCHLETTE, *Les interactions*, cit., 765.

⁸⁴ Benché la dottrina tedesca tenda ancora a fare riferimento al binomio oggettivo-soggettivo, la distinzione tra dimensione negativa e positiva dei diritti non è certo sconosciuta in quell'ordinamento. Basti pensare alla distinzione tra *status positivus* e *status negativus* adoperata da Georg Jellinek nella propria sistematizzazione dei diritti pubblici subiettivi. Cfr. in questo senso D. CAPITANT, *Les effets juridiques*, cit., 195.

⁸⁵ Cfr. P. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Tesi di dottorato, Université Montpellier I, 2012, 43, che fa riferimento allo scritto di M-A. EISEN, *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise à jour*, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III, 151-162.

⁸⁶ Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*. In precedenza, in termini simili, già Corte EDU, 23 luglio 1968, *Affaire linguistique belge*.

agli Stati di adottare le misure necessarie per consentire alle madri non sposate e ai loro figli di condurre un'esistenza normale. La sentenza non riguardava un problema di rapporti orizzontali; ciò nonostante, essa ha posto le premesse per la successiva affermazione degli obblighi statali di protezione nelle relazioni inter-private. Infatti, in tale occasione, la Corte ha affermato per la prima volta che, benché l'obiettivo principale dell'articolo 8 sia di proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche, «questo articolo tuttavia non si limita a obbligare lo Stato ad astenersi da tali interferenze: oltre a questo impegno principalmente negativo, possono esistere obblighi positivi inerenti a un effettivo “rispetto” della vita familiare»⁸⁷.

Il passaggio dalla prospettiva verticale a quella orizzontale si è avuto con la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985⁸⁸. In questo caso, la questione riguardava una condotta di violenza sessuale perpetrata ai danni di una ragazza disabile che, a causa della sua infermità, non aveva potuto presentare personalmente denuncia, come invece richiesto dalla normativa olandese. Dopo avere richiamato la propria giurisprudenza in materia di obblighi positivi, la Corte ha aggiunto che «questi obblighi possono comportare l'adozione di misure volte a garantire il rispetto della vita privata *anche nella sfera delle relazioni tra gli individui*» (enfasi aggiunta)⁸⁹. La Corte ha inoltre osservato che la scelta dei mezzi atti a garantire il rispetto dell'articolo 8 nell'ambito delle relazioni inter-individuali in linea di principio rientra nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti e che il «ricorso al diritto penale non è necessariamente l'unica risposta»⁹⁰. Nella fattispecie, tuttavia, essa ha ritenuto che, data l'importanza dei valori in gioco, la sola protezione offerta alla vittima dal diritto civile non fosse sufficiente e che, invece, un'efficace protezione potesse essere ottenuta soltanto attraverso disposizioni di diritto penale⁹¹.

I punti di contatto di questa sentenza con quella emessa dal Tribunale costituzionale tedesco nel 1975 in materia di aborto appaiono evidenti: in entrambi i casi si trattava di proteggere il diritto della vittima non a fronte di un'ingerenza statale ma di un soggetto terzo; e, in entrambe le circostanze, la potestà punitiva dello Stato, benché considerata l'“ultima ratio”, è stata ritenuta un mezzo necessario per assicurare una protezione efficace.

Poiché i rapporti orizzontali sono l'ambito d'elezione degli obblighi positivi di protezione in ambito CEDU, non stupisce che molte delle applicazioni giurisprudenziali di questa dottrina abbiano riguardato il diritto alla vita privata e familiare protetto dall'art. 8 della Convenzione⁹². Nelle sentenze *Powell e Rayner c. Regno Unito*⁹³ e *López Ostra c. Spagna*⁹⁴, in particolare, la Corte di Strasburgo ha esteso la protezione dell'art. 8 anche ai rischi ambientali, riconoscendo

⁸⁷ Ivi, par. 30 (traduzione libera).

⁸⁸ Corte EDU, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*.

⁸⁹ Ivi, par. 23 (traduzione libera).

⁹⁰ Ivi, par. 24 (traduzione libera).

⁹¹ Ivi, par. 27.

⁹² Cfr. M. FLORCZAK-WĄTOR, *The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State*, in *International and Comparative Law Review*, 2017, vol. 17, 48 ss.

⁹³ Corte EDU, 21 febbraio 1990, *Powell e Rayner c. Regno Unito*.

⁹⁴ Corte EDU, 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Spagna*.

l'obbligo positivo dello Stato di adottare, anche in questo ambito, «misure ragionevoli e appropriate per garantire i diritti dei ricorrenti»⁹⁵. Il primo caso riguardava la protezione della vita privata dai rumori degli aerei provenienti dall'aeroporto londinese di Heathrow, in un singolare parallelismo con la decisione adottata, qualche anno prima, dal Tribunale costituzionale tedesco⁹⁶. Nel secondo caso, invece, la Corte ha utilizzato l'articolo 8 per censurare la mancata adozione, da parte delle autorità locali spagnole, di misure adeguate volte a proteggere i ricorrenti dalle esalazioni provenienti da un impianto di trattamento dei rifiuti. Per il tramite della dottrina degli obblighi positivi, è stata così introdotta nel sistema della Convenzione una protezione implicita del diritto ad un ambiente sano⁹⁷.

Oltre che dall'art. 8, la Corte di Strasburgo ha dedotto l'esistenza di obblighi positivi di protezione anche da altre disposizioni della Convenzione. In particolare, nella sentenza *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, la Corte ha affermato che, al pari dell'articolo 8, anche l'articolo 11 CEDU (libertà di riunione) «richiede talvolta l'adozione di misure positive, anche nella sfera delle relazioni tra individui, se necessario»⁹⁸. Su queste basi, essa ha quindi affermato il dovere degli Stati contraenti di adottare misure ragionevoli e appropriate per consentire che le manifestazioni lecite si svolgano in modo pacifico, senza interferenze di soggetti terzi. Allo stesso modo, nella sentenza *Osman c. Regno Unito* la Corte ha riconosciuto che il diritto alla vita protetto dall'art. 2 CEDU «impone allo Stato non solo di astenersi dal togliere intenzionalmente e illegalmente la vita, ma anche di adottare misure appropriate per salvaguardare la vita di coloro che rientrano nella sua giurisdizione», e che, in alcune circostanze ben definite, può anche implicare «un obbligo positivo per le autorità di adottare misure operative preventive per proteggere un individuo la cui vita è a rischio dagli atti criminali di un altro individuo»⁹⁹.

5. Gli obblighi di protezione tra ordinamento tedesco e CEDU: alcune premesse sistematiche

Dopo avere inquadrato dal punto di vista teorico-dogmatico l'istituto in esame ed averne ripercorso la genesi storica, è ora venuto il momento di focalizzare l'attenzione sui principali profili problematici che lo riguardano. Per fare ciò, nei prossimi paragrafi si adopererà il metodo comparatistico, nella convinzione che questo possa consentire di cogliere con maggiore profondità di analisi gli aspetti controversi che circondano la dottrina degli obblighi di protezione nella sua multiforme complessità.

Poiché nella fattispecie la comparazione ha ad oggetto due sistemi giuridici con caratteristiche strutturali diverse – un ordinamento costituzionale nazionale e un sistema interna-

⁹⁵ Corte EDU, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, cit., par. 41; *López Ostra c. Spagna*, cit., par. 51 (traduzione libera).

⁹⁶ Su cui v. *supra* §4.1.

⁹⁷ Cfr. F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 374, il quale, in relazione alla sentenza *López Ostra c. Spagna*, osserva: «La théorie des obligations positives fait ainsi pénétrer indirectement le droit à un environnement sain dans le champ de la Convention et paraît susceptible, ici, de développements fertiles».

⁹⁸ Corte EDU, 21 giugno 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, par. 32 (traduzione libera).

⁹⁹ Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, par. 115 (traduzione libera).

zionale di protezione dei diritti – prima di addentrarsi nell'analisi comparativa, occorre premettere alcune considerazioni generali necessarie per impostare la successiva discussione su binari più saldi. In particolare, occorre dare conto da un lato di alcuni elementi strutturali che, essendo comuni ai due sistemi, hanno favorito la circolazione della dottrina in esame al loro interno (5.1); dall'altro, di alcuni profili di difformità, che invece hanno contribuito a dar vita, nei due sistemi, a diverse configurazioni della dottrina medesima (5.2).

5.1. Elementi strutturali che accomunano i due sistemi

Che la dottrina degli obblighi di protezione si sia affermata sull'asse Karlsruhe-Strasburgo, e non in un altro angolo d'Europa, non è una casualità, bensì la conseguenza di alcuni caratteri strutturali dell'ordinamento costituzionale tedesco, che trovano corrispondenza anche nel sistema del Consiglio d'Europa.

Come noto, la Legge fondamentale tedesca del 1949 contiene, nei primi 19 articoli, un catalogo di diritti di natura essenzialmente liberale e difensiva. Questa scelta riflette la volontà dei costituenti tedeschi, anche alla luce dell'esperienza di Weimar, di configurare i diritti fondamentali come pretese individuali direttamente azionabili a tutela di determinate sfere di libertà garantite nei confronti delle ingerenze statali¹⁰⁰. Di qui la scelta di limitare le enunciazioni di principio, nel titolo dedicato ai diritti, e di qualificare i diritti economico-sociali come obiettivi statali la cui attuazione è demandata al legislatore. La formulazione in chiave prevalentemente difensiva delle disposizioni in materia di diritti e la mancanza di norme di principio di portata trasversale hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca a ricercare altrove il fondamento di quelle azioni positive che, pur non trovando ancoraggio nel testo costituzionale, sono espressione di una tendenza di fondo del costituzionalismo europeo della seconda metà del Novecento¹⁰¹. A questa funzione hanno assolto clausole come quelle della "dignità umana" o dello "Stato sociale", che hanno consentito al Tribunale costituzionale di «reintrodurre quello che si sarebbe voluto escludere»¹⁰²; ma soprattutto, per quanto qui più interessa, è stata la teoria dei diritti fondamentali come ordine oggettivo di valori, enunciata dalla sentenza *Lüth* e sviluppata dalla giurisprudenza successiva, a servire da base teorico-dogmatica per l'estensione dell'efficacia dei diritti fondamentali nella loro dimensione positiva.

Una situazione simile ha caratterizzato, fin dal principio, anche l'esperienza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel redigere la Convenzione, nel 1950, i Paesi fondatori del Consiglio d'Europa decisero di allontanarsi dall'approccio integrale adottato, appena due anni prima, dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, optando invece per un'elencazione limitata alle sole libertà negative classiche¹⁰³. Anche in questo frangente, l'impostazione originaria è stata tuttavia temperata dalla successiva attività ermeneutica degli organi della Con-

¹⁰⁰ Sul significato originario e sulle funzioni dei diritti fondamentali nel contesto della Legge fondamentale tedesca, si rinvia su tutti al saggio, tradotto in italiano a cura di Paolo Ridola, di H-P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Dir. soc.*, 1979, 199-232.

¹⁰¹ Cfr. in questo senso anche D. CAPITANT, *Les effets juridiques*, cit., 175 ss.

¹⁰² Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 153.

¹⁰³ A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 48.

venzione, i quali «hanno inteso quest'ultima sempre meno come un tradizionale trattato internazionale, da interpretarsi secondo la volontà degli stati contraenti, e sempre più come la base di un ordine oggettivo di valori, di natura costituzionale, riassunto efficacemente nella formula dell'*ordre public européen*»¹⁰⁴. Allo stesso tempo, attraverso un'interpretazione dinamica ed evolutiva della Convenzione, a partire dalla sentenza *Marckx c. Belgio* del 1979, la Corte EDU ha dedotto dal contenuto dei diritti ivi proclamati in forma negativa, un corrispondente obbligo positivo gravante sugli Stati di adottare le misure attuative dei diritti medesimi¹⁰⁵.

Se questi comuni tratti genetici giustificano il particolare accento riposto nei due sistemi sulla funzione dei diritti come ordine di valori, essi da soli non bastano a spiegare perché, in entrambi i casi, non ci si sia contentati di affermare un compito dello Stato di proteggere i diritti, ma si sia configurato un diritto soggettivo ad essere protetti dallo Stato. Le ragioni di questo passaggio concettuale sono da ricercare in un altro elemento strutturale che accomuna i due sistemi: la presenza di un mezzo di ricorso individuale a tutela dei diritti fondamentali¹⁰⁶.

In Germania, come noto, la lesione di un diritto fondamentale è condizione di ammissibilità del ricorso diretto proposto ai sensi dell'art. 93 GG, ovvero dello strumento di tutela dei diritti più efficace e più utilizzato di quell'ordinamento¹⁰⁷. Ciò significa che, per contestare la legittimità di una condotta statale attraverso tale rimedio non basta provare la sua contrarietà con la Legge fondamentale, ma occorre dimostrare che tale condotta viola un diritto fondamentale individuale del ricorrente. Questo spiega la particolare attenzione riposta dalla dottrina tedesca sulla questione, su cui si tornerà *infra*, relativa alla natura solamente oggettiva o anche soggettiva dei doveri di protezione scaturenti dai diritti fondamentali. Dalla soluzione di tale questione, infatti, dipende la possibilità per il Tribunale costituzionale di pronunciarsi in via diretta in merito alla violazione di un obbligo di protezione e, se del caso, di ordinare l'adozione delle misure (legislative, amministrative o giurisdizionali) necessarie per porvi rimedio.

Gli aspetti processuali hanno influito anche sulla configurazione della dottrina degli obblighi positivi nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Qui peraltro la questione si pone in termini ancora più netti, dato che, al di fuori dell'ipotesi (numericamente limitata) dei ricorsi interstatali¹⁰⁸, la giurisdizione della Corte EDU si basa essenzialmente sui ricorsi proposti, ai sensi dell'art. 34, dagli individui contro le violazioni dei propri diritti imputabili

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ivi*, 49.

¹⁰⁶ Cfr. in questo senso C. STARCK, *State Duties*, cit., 51-52, il quale, riferendosi al passaggio dalla tutela oggettiva a quella soggettiva in Germania, osserva: «If we had a Supreme Court which simultaneously fulfilled constitutional as well as other judicial functions, as in the USA or Switzerland, this transformation would not have been necessary. In the process of a legitimate civil action, the fundamental values of the constitution could have influenced the development of private law at the highest level. But in order to appeal to the Federal Constitutional Court, one must establish the violation of an individual constitutional right».

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 4a, «la Corte costituzionale federale decide: [...] sui ricorsi di costituzionalità che possono essere promossi da chiunque ritenga di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali o in uno dei diritti previsti dagli articoli 20 comma 4, 33, 38, 101, 103 e 104» (traduzione tratta da L. CUOCOLO, *Costituzioni*, Milano, Egea, 2021, 424).

¹⁰⁸ V. art. 33 CEDU.

agli Stati contraenti¹⁰⁹. Pertanto il riconoscimento di un diritto soggettivo all'adozione delle misure di protezione statali è, nella maggior parte dei casi, condizione necessaria per radicare la giurisdizione della Corte in questo ambito.

5.2. Elementi strutturali che separano i due sistemi

Se i caratteri sopra esaminati accomunano i due sistemi in esame e contribuiscono a giustificare le somiglianze delle dottrine ivi elaborate, alcune differenze strutturali consentono invece di comprendere le diversità di prospettiva che connotano le dottrine medesime.

Innanzitutto, mentre il Tribunale costituzionale tedesco è competente a sindacare la conformità degli atti statali non solo rispetto alle norme costituzionali di diritto soggettivo, ma anche a quelle di diritto oggettivo, la competenza della Corte EDU è limitata alle sole ipotesi di violazione dei diritti soggettivi sanciti dalla Convenzione. Diversamente dalle costituzioni nazionali, infatti, la Convenzione non fissa obiettivi che gli Stati devono perseguire, ma si limita ad individuare alcuni diritti soggettivi che essi sono tenuti a rispettare. Questo spiega perché, diversamente da quanto si è detto a proposito del dibattito tedesco sulla natura soggettiva o (solamente) oggettiva degli *Schutzpflichten*, nel contesto della CEDU gli obblighi positivi sono da subito stati intesi come parte integrante dei diritti soggettivi da cui scaturiscono, nonché dotati dello stesso valore giuridico della componente negativa dei diritti medesimi. Sul piano pratico, questa differenza d'impostazione si riflette anche in una diversa delimitazione della platea dei beneficiari degli obblighi di protezione: mentre in Germania, infatti, gli obblighi statali di protezione si rivolgono anche a soggetti che non sono in sé titolari di diritti fondamentali, come i feti¹¹⁰ o le generazioni future¹¹¹, nel sistema della CEDU i destinatari delle misure di protezione richieste agli Stati coincidono necessariamente con i detentori dei diritti fondamentali.

Un'altra differenza strutturale tra i due sistemi riguarda i soggetti tenuti al rispetto dei diritti fondamentali. Mentre in Germania, come detto, la dottrina si è a lungo divisa tra i sostenitori delle tesi dell'effetto orizzontale diretto (*unmittelbare Drittwirkung*) o indiretto (*mittelbare Drittwirkung*) dei diritti fondamentali¹¹², in ambito CEDU tale discussione non aveva motivo di porsi. Poiché infatti la Convenzione vincola unicamente gli Stati (art. 1) e la Corte di Strasburgo non ha giurisdizione sulle controversie tra privati (art. 34), l'efficacia orizzontale dei diritti convenzionali, nel sistema della CEDU, è concepibile soltanto in forma indiretta¹¹³. Un individuo

¹⁰⁹ A norma dell'art. 34 CEDU: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli».

¹¹⁰ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 123.

¹¹¹ BVerGE, 1 BvR 2656/18, 24 marzo 2021, *Klimaschutz*. Su questa pronuncia, v. nella dottrina italiana il commento di A. DI MARTINO, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Rivista di diritti comparati*, 2, 2023, 56-91. Per un approfondimento sulla dogmatica degli obblighi di protezione, v. spec. 60 ss.

¹¹² V. *supra* §3.

¹¹³ Sul tema dell'efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. diffusamente A. CLAPHAM, *The 'Drittwirkung of the Convention'*, in R.J. Macdonald et al. (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Kluwer, 1993, 163 ss.; D. SPIELMANN, *Obligations positives*, cit., 136 ss.; Id.,

che ritenga di essere stato leso nel godimento di un suo diritto a causa della condotta di un terzo, potrà trovare ristoro di fronte alla Corte di Strasburgo solamente ove riesca a dimostrare che lo Stato era tenuto, in base alla Convenzione, ad impedire la condotta lesiva. In tal caso, però, oggetto di giudizio non sarà la condotta privata, bensì la mancata adozione da parte dello Stato di misure adeguate di protezione¹¹⁴. Questo spiega perché, mentre in Germania gli *Schutzpflichten* sono solamente una delle soluzioni teoriche avanzate dalla dottrina per giustificare l'efficacia orizzontale dei diritti, nel contesto della CEDU, invece, il riconoscimento degli obblighi positivi rappresenta la premessa necessaria per l'estensione dell'efficacia dei diritti convenzionali nelle relazioni inter-individuali¹¹⁵.

Un ultimo aspetto da considerare, quando si confrontano le diverse impostazioni delle dottrine degli obblighi di protezione nei due sistemi esaminati, è la natura strutturalmente individualistica e casistica della giurisprudenza della Corte EDU. A differenza delle corti costituzionali nazionali, infatti, la Corte di Strasburgo, nelle proprie decisioni, si limita a verificare la violazione del diritto invocato nel caso concreto, senza effettuare una valutazione complessiva degli interessi in conflitto¹¹⁶. Inoltre, data la struttura istituzionale del Consiglio d'Europa e, in particolare, la mancanza di un organo legislativo incaricato di dare attuazione ai diritti convenzionali, la Corte si limita necessariamente ad un controllo censorio delle misure statali ritenute incompatibili con la CEDU, senza indicare le misure che dovrebbero essere approvate in concreto e a chi spetta farlo.

6. Analisi comparativa dei principali aspetti problematici

Così ricostruiti gli elementi di contesto che hanno influito sulla diversa configurazione della dottrina degli obblighi di protezione nei due sistemi esaminati, nei paragrafi che seguono si procederà ad analizzare, più nel dettaglio, come tali sistemi abbiano affrontato alcuni dei principali profili problematici relativi al suddetto istituto. In particolare, si indagheranno il fondamento giuridico-costituzionale degli obblighi di protezione (6.1), le relative modalità di concretizzazione (6.2) e il controllo giurisdizionale esercitato dalle Corti sulla legittimità delle misure adottate nel loro adempimento (6.3).

L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Paris, Bruylant, 1995, passim, spec. 64 ss.; L. GARLICKI, *Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights*, in U. Sajò, R. Uitz (eds.), *The Constitution*, cit., 129-143; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 299 ss.; M. FLORCZAK-WĄTOR, *The Role*, cit., 39-53. Nella dottrina italiana, v. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in NGCC, 1/2016, 183-195; F.M. PALOMBINO, *La dimensione «orizzontale» della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 2021, 219-230.

¹¹⁴ Cfr. in questo senso O. DE SCHUTTER, *Fonction*, cit., 303. V. altresì F.M. PALOMBINO, *La dimensione «orizzontale»*, cit., 222, il quale osserva: «Vista dalla prospettiva del giudice di Strasburgo, dunque, l'efficacia orizzontale dei diritti convenzionali è sempre indiretta (*mittelbare Drittwirkung*), nella misura in cui, analogamente a quanto avviene nell'ordinamento tedesco, un privato può lamentare la violazione di un diritto convenzionale da parte di un altro privato, ma solo *mediatamente* tramite il meccanismo della responsabilità statale».

¹¹⁵ Cfr. in questo senso F.M. PALOMBINO, *La dimensione «orizzontale»*, cit., 223.

¹¹⁶ Cfr. A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 51.

6.1. Il fondamento giuridico-costituzionale

Quale sia il fondamento giuridico-costituzionale degli obblighi di protezione è una delle questioni più controverse e dibattute nella letteratura sull'argomento¹¹⁷. Si tratta, com'è facile intuire, di un tema centrale, che mette in discussione la legittimità dell'operazione attraverso cui, in modi e tempi diversi, il Tribunale costituzionale tedesco e la Corte EDU hanno dedotto in via interpretativa l'esistenza di obblighi positivi dello Stato da disposizioni formulate in senso prettamente negativo.

I due sistemi in esame, pur giungendo a risultati in larga parte simili, hanno seguito percorsi argomentativi alquanto diversi, che riflettono due approcci antitetici alla tematica dei diritti fondamentali: da una parte l'approccio dogmatico dell'ordinamento tedesco (a), dall'altra l'approccio pragmatico della Corte europea dei diritti dell'uomo (b).

(a) L'approccio dogmatico dell'ordinamento tedesco

In Germania, il Tribunale costituzionale federale, fin dalle sue prime pronunce sul tema, ha basato l'esistenza dei doveri di protezione su un duplice fondamento¹¹⁸: da un lato, il principio della dignità umana di cui all'art. 1 GG e, in particolare, il dovere ivi affermato di ogni potere dello Stato di rispettarla e «proteggerla» (*schützen*); dall'altro lato, il contenuto oggettivo dei singoli diritti fondamentali. Questa doppia ricostruzione si ritrova già nella prima sentenza sull'aborto, dove, in un primo momento, la Corte afferma che «il dovere dello Stato di proteggere ogni vita umana può essere ricavato direttamente dall'articolo 2, comma 2, primo comma della Legge fondamentale» (diritto alla vita); salvo, subito dopo, aggiungere che «ciò risulta anche dall'espressa disposizione dell'articolo 1 comma 1 frase 2 della Legge fondamentale» (protezione della dignità umana)¹¹⁹.

Lo stesso binomio tra diritto alla vita e protezione della dignità umana si ritrova anche in alcune sentenze successive del *Bundesverfassungsgericht*. In alcuni casi, la protezione della vita è rappresentata come la preconditione della dignità umana. In questo senso, nella sentenza *Kontaktsperre-Gesetz*, la Corte afferma: «La vita umana è un valore supremo dell'ordinamento costituzionale. Di conseguenza, dall'articolo 2, comma 2, frase 1, in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1, frase 2, della Legge fondamentale, si evince un dovere globale gravante sullo Stato, che deve essere preso particolarmente sul serio per quanto riguarda il valore della vita, di proteggere ogni vita umana, in particolare di proteggerla da interferenze illecite da parte di altri»¹²⁰. In altri casi, il rapporto pare invertirsi e il diritto alla vita di cui all'art. 2 è presentato come una specificazione del dovere di proteggere la dignità umana sancito dall'art. 1 GG. In particolare, nella seconda sentenza sull'aborto si legge che il dovere di protezione della vita del nascituro «trova il suo fondamento nell'art. 1 comma 1 GG, che obbliga

¹¹⁷ Si vedano, su questo tema, nella dottrina tedesca *ex multis* P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 26 ss.; T. SCHILLING, *Die staatliche Pflicht*, cit., 454 ss.

¹¹⁸ Per questa ricostruzione, v. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 31 ss.

¹¹⁹ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 122 (traduzione libera).

¹²⁰ BVerGE, *Kontaktsperre-Gesetz*, cit., punto 107 (traduzione libera).

espressamente lo Stato a rispettare e proteggere la dignità umana; il suo oggetto e - quindi - la sua portata sono definiti più dettagliatamente dall'art. 2 comma 2 GG»¹²¹.

Questo legame di derivazione-specificazione tra protezione della dignità umana e dimensione oggettiva dei diritti fondamentali, mentre può apparire evidente nei casi riguardanti il diritto alla vita, è invece più sfuggente quando sono in gioco altri diritti¹²². Per questo motivo, in tali casi, il Tribunale costituzionale tende a poggiare la propria motivazione soltanto sulla dimensione oggettiva del diritto controverso, rinunciando al supporto argomentativo offerto dall'art. 1 GG. Ad esempio, in una sentenza pronunciata nel 1990 in merito alla legittimità delle clausole di non concorrenza nei contratti tra agenti commerciali (*Handelsvertreter*), la Corte ha dedotto l'obbligo statale di proteggere la parte contrattuale più debole dal contenuto oggettivo della libertà di professione di cui all'art. 12 GG, senza fare riferimento alla dignità umana¹²³.

La fondazione teorico-dogmatica degli obblighi di protezione sulla dimensione oggettiva dei diritti fondamentali non è andata esente da critiche nella dottrina tedesca. Una parte di queste si inseriscono nel più ampio dibattito tra le concezioni della costituzione come ordinamento-cornice (*Rahmenordnung*) o come ordinamento-fondamentale (*Grundordnung*)¹²⁴, e si dirigono verso le conseguenze che la teoria dei diritti fondamentali come norme oggettive produce sul piano della teoria costituzionale. Uno dei principali esponenti di questa corrente critica è Böckenförde¹²⁵: questi sostiene che il riconoscimento dei diritti fondamentali come norme oggettive di principio comporti un ampliamento della loro efficacia di portata indeterminata, con conseguente rimessione al giudice costituzionale del compito di integrarne liberamente il contenuto e riduzione del ruolo della legislazione a "mera concretizzazione" di decisioni fondamentali già assolute a livello costituzionale¹²⁶. Il risultato, per Böckenförde, è uno «slittamento da una forma di Stato parlamentare verso una forma di Stato giurisdizionale retto dal Tribunale costituzionale» (*verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat*)¹²⁷.

Un'altra questione su cui si sono a lungo interrogate la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca è quella, a cui si è già accennato, relativa alla natura di diritto soggettivo o di norma solamente oggettiva degli obblighi di protezione¹²⁸. In altri termini, il quesito, dagli importanti risvolti teorici e applicativi, è se dal contenuto oggettivo dei diritti fondamentali derivi solamente l'obbligo dello Stato di proteggerli o se a tale obbligo corrisponda anche un diritto individuale, direttamente giustiziabile, ad ottenere la protezione statale. Nella prima sentenza sull'aborto il problema non si era posto in quanto, dal punto di vista processuale, la Corte era stata adita tramite un rimedio che non richiedeva, come condizione di ammissibilità, la titolarità

¹²¹ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch II*, cit., punto 150 (traduzione libera).

¹²² Cfr. C. STARCK, *State Duties*, cit., 48.

¹²³ BVerGE 81, 242, 7 febbraio 1990, *Handelsvertreter*. La Corte ha infatti osservato che «l'attività professionale, per la quale l'art. 12 comma 1 GG garantisce la necessaria libertà, non solo serve allo sviluppo personale della persona che lavora nella società, ma per la maggior parte dei cittadini garantisce soprattutto la possibilità di creare una base economica per la propria esistenza» (punto 45, traduzione libera).

¹²⁴ Su questo dibattito, si rinvia all'accurata ricostruzione di A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 19 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

¹²⁵ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali*, cit., 209-262.

¹²⁶ Ivi, 245 ss.

¹²⁷ Ivi, 251.

¹²⁸ Sulle posizioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca relativamente a questo tema, v. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 482 ss.

di un diritto soggettivo. Ciò che peraltro, in quell'occasione, ha permesso alla Corte di non addentrarsi nella controversa questione della configurabilità di diritti soggettivi in capo al nascituro¹²⁹. Nelle sentenze successive, la Corte ha aggirato il problema e, anche quando in *Fluglärm* è stata adita tramite ricorso individuale, si è limitata ad osservare che, in casi simili, l'ammissibilità non può essere esclusa a priori, salvo poi evitare di prendere posizione in quanto, nella fattispecie, il ricorso risultava infondato nel merito¹³⁰. La questione è stata risolta, infine, nella sentenza sui depositi di armi chimiche del 1987, nella quale la Corte, senza invero motivare la propria affermazione, ha statuito: «La violazione di questi doveri di protezione costituisce anche una violazione del diritto fondamentale ai sensi dell'articolo 2, secondo comma, frase 1 della Legge fondamentale, contro la quale la persona interessata può difendersi con un ricorso costituzionale»¹³¹.

La posizione assunta dal Tribunale costituzionale federale è stata oggetto di numerose critiche da parte di una fazione importante, sebbene minoritaria, della dottrina tedesca, che (non senza ragioni) ha evidenziato i rischi insiti in una «ricommutazione del dovere oggettivo di protezione in un diritto fondamentale con contenuto allargato»¹³². Più nello specifico, la soluzione giurisprudenziale è stata criticata, sul piano teorico, per avere determinato uno spostamento degli equilibri di potere in favore del giudice costituzionale¹³³; e, sul piano dogmatico, per la debolezza e artificiosità dell'operazione di «risoggettivizzazione», ovvero di deduzione di un diritto soggettivo da un obbligo oggettivo, a sua volta ricavato in via ermeneutica da un diritto soggettivo¹³⁴.

Un tentativo di fondare su basi dogmatiche più solide la tesi della natura di diritto (anche) soggettivo degli obblighi di protezione è stato effettuato da Robert Alexy¹³⁵. Questi, in primo luogo, ha osservato che la ragion d'essere dei diritti fondamentali è la protezione dell'individuo e non di beni collettivi. Di conseguenza, in linea di principio, i diritti fondamentali devono essere intesi come diritti soggettivi e non come norme meramente oggettive¹³⁶. La seconda argomentazione consiste invece nell'affermare che i diritti fondamentali, in quanto

¹²⁹ Cfr. BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 123. Qui il Tribunale costituzionale osserva: «non è necessario decidere la questione, contestata nel presente procedimento così come nella giurisprudenza e nella letteratura accademica, se il nascituro stesso sia titolare di diritti fondamentali o se il suo diritto alla vita sia "solo" protetto dalle norme oggettive della Costituzione a causa della sua mancanza di capacità giuridica e di diritti fondamentali. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale federale, le norme sui diritti fondamentali non contengono solo diritti soggettivi di difesa dell'individuo nei confronti dello Stato, ma incarnano anche un sistema di valori oggettivo che si applica come decisione costituzionale di base per tutti i settori del diritto e fornisce linee guida e impulsi per la legislazione, l'amministrazione e la giurisprudenza [...]. Se e, in caso affermativo, in quale misura lo Stato sia costituzionalmente obbligato a proteggere giuridicamente la vita nascente può quindi già essere dedotto dal contenuto oggettivo-giuridico delle norme costituzionali» (traduzione libera).

¹³⁰ BVerGE, *Fluglärm*, cit., punto 69.

¹³¹ BVerGE, *Lagerung chemischer Waffen*, cit., punto 112 (traduzione libera).

¹³² Così D. RAUSCHNING, *Anmerkung zu BVerfG*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1980, 356 ss., richiamato anche da E-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali*, cit., 236.

¹³³ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali*, cit., 236.

¹³⁴ Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 945 ss.

¹³⁵ Questa tesi è illustrata in dettaglio in R. ALEXY, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in *Der Staat*, 1990, vol. 29, n. 1, 49-68. Cfr. anche R. ALEXY, *Teoria*, cit., 482 ss.

¹³⁶ Questo è l'argomento dell'"individualismo dei diritti fondamentali" (*Grundrechtsindividualismus*), su cui v. R. ALEXY, *Grundrechte als subjektive*, cit., 61.

norme di principio, richiedono di essere realizzati nella misura più ampia possibile relativamente alle possibilità giuridiche e materiali. Data questa premessa, l'autore osserva che, in generale, l'attribuzione di diritti soggettivi implica una misura di realizzazione più alta che la statuizione di obblighi semplicemente oggettivi, il che lo porta a concludere che «la soggettivizzazione degli obblighi di protezione, pertanto, si può giustificare con il carattere dei principi dei diritti fondamentali»¹³⁷.

La posizione di Alexy, sebbene non immune da possibili obiezioni¹³⁸, ha il merito di configurare gli obblighi di protezione come un aspetto inerente al contenuto intrinseco dei diritti fondamentali (intesi come norme di principio), anziché come riflessi indiretti di norme aventi di per sé portata soltanto negativa¹³⁹. In questo modo, essa riconduce il fondamento giuridico-costituzionale degli obblighi di protezione alla ragione giustificativa primigenia dei diritti fondamentali, ovvero il conseguimento di una garanzia il più possibile ampia ed efficace delle libertà individuali¹⁴⁰. Liberata da impalcature dogmatiche oltremodo intricate e artificiose, la teoria tedesca degli obblighi di protezione viene così semplificata e si avvicina a quella elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴¹.

(b) L'approccio pragmatico della Corte europea dei diritti dell'uomo

Le controversie che hanno accompagnato l'emersione della dottrina degli obblighi di protezione nell'ordinamento tedesco non hanno trovato corrispondenza, se non in minima parte, nel contesto del sistema del Consiglio d'Europa. La Corte di Strasburgo, infatti, ha fin da subito assunto un approccio improntato al pragmatismo, coerentemente con il carattere adogmatico e casistico della sua interpretazione dei diritti fondamentali. Questo atteggiamento ha trovato chiara espressione nella sentenza *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, dove la Corte ha affermato di non essere «tenuta a sviluppare una teoria generale degli obblighi positivi che possono derivare dalla Convenzione»¹⁴², preferendo invece procedere ad un'interpretazione articolo per articolo.

A ciò occorre aggiungere che, come già accennato, la distinzione tra contenuto oggettivo e soggettivo dei diritti, che ha segnato la discussione tedesca sull'argomento, non aveva ragione di porsi nel sistema della Convenzione, dato che in questo ambito la titolarità di un diritto soggettivo è condizione necessaria per proporre ricorso ai sensi dell'art. 34 CEDU, mentre eventuali compiti oggettivi non potrebbero essere fatti valere dinanzi alla Corte di Strasburgo, in assenza dei necessari rimedi. Questo spiega anche la scelta della Corte EDU di non adottare la terminologia e i concetti propri della dottrina tedesca degli *Schutzpflichten*, ma

¹³⁷ R. ALEXY, *Teoria*, cit., 485. Questo argomento è definito dall'Autore dell'"ottimizzazione dei diritti fondamentali" (*Grundrechtsoptimierung*). Cfr. anche R. ALEXY, *Grundrechte als subjektive*, cit., 61-62.

¹³⁸ V. ad es. J. DIETLEIN, *Die Lehre*, cit., 155.

¹³⁹ Cfr. in senso analogo anche C. CALLIESS, *Die grundrechtliche*, cit., 328.

¹⁴⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 485, il quale osserva che «solo la soggettivizzazione degli obblighi di protezione rende giustizia "al senso originario e permanente dei diritti fondamentali come diritti individuali"».

¹⁴¹ Questa tendenza della dottrina tedesca ad abbandonare la distinzione confusa tra contenuto oggettivo e soggettivo in favore di quella tra dimensione positiva e negativa, è evidenziata anche da D. CAPITANT, *Les effets juridiques*, cit., 196.

¹⁴² Corte EDU, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, cit., par. 31 (traduzione libera).

di concentrare l'attenzione sulla distinzione tra obblighi "negativi" e obblighi "positivi", sul presupposto che si tratti di due profili speculari inerenti allo stesso contenuto (necessariamente) soggettivo dei diritti convenzionali¹⁴³.

Se questi aspetti strutturali hanno reso, per certi versi, meno accidentato il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo, questo non significa che essa non abbia dovuto fare i conti con la difficoltà di giustificare sul piano teorico la "scoperta" degli obblighi positivi, a fronte di una Convenzione che non offre significativi appigli in questo senso e i cui Paesi fondatori non avevano certamente inteso in origine assoggettarsi a dei doveri d'azione.

La giustificazione fornita dalla Corte si basa essenzialmente su due argomenti, tra loro strettamente collegati¹⁴⁴. Il primo di essi è costituito dal principio di effettività dei diritti, vero e proprio "meta-principio" a cui la Corte europea ispira la propria interpretazione della Convenzione¹⁴⁵. Questo principio si basa sull'osservazione, che ricorre frequentemente nelle sentenze in materia di obblighi positivi, secondo cui scopo della Convenzione non è «garantire diritti che sono teorici o illusori ma diritti che sono pratici ed effettivi»¹⁴⁶. Partendo da questa premessa, il ragionamento della Corte è che, poiché una protezione limitata alle sole ingerenze statali costituirebbe una garanzia incompleta e inefficace dei diritti, l'impegno assunto dagli Stati di proteggere *effettivamente* i diritti convenzionali non può limitarsi ad un mero dovere di astensione, ma richiede anche l'adozione di misure positive¹⁴⁷. Questo si traduce, in alcune circostanze, anche nel dovere statale di proteggere gli individui dalle interferenze di soggetti terzi. Su queste basi, ad esempio, nella già citata sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, la Corte ha giustificato l'obbligo statale di adottare misure di protezione della vittima, in ragione dell'esigenza di assicurare un «effettivo rispetto» del diritto alla vita privata e familiare¹⁴⁸.

Il secondo argomento adoperato dalla Corte fa riferimento ad un altro principio-guida della giurisprudenza europea: il principio di interpretazione dinamica ed evolutiva dei diritti convenzionali¹⁴⁹. Questo principio si basa sulla concezione della Convenzione come *living instrument*, che deve essere interpretato «alla luce delle condizioni del presente» e che «è concepito per tutelare l'individuo in modo reale e concreto»¹⁵⁰. Il riferimento a questo principio ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere progressivamente l'area di protezione offerta dai diritti convenzionali, in origine concepiti come diritti di difesa dallo Stato, a nuovi tipi di minacce prodotte dall'evoluzione tecnica e sociale. Si è avuto così un allargamento dell'ambito di operatività della Convenzione anche ai rapporti economici, all'inquinamento atmosferico e da ultimo anche al problema del cambiamento climatico¹⁵¹.

¹⁴³ Cfr. D. CAPITANT, *Les effets juridiques*, cit., 195.

¹⁴⁴ Su questi argomenti, v. in dottrina F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 365 ss.; J-P. COSTA, *The European*, cit., 453-454. Cfr. altresì F.S. YARZA, *Medio ambiente*, cit., 227 ss.

¹⁴⁵ Così F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la C.E.D.H.*, in M. Delmas-Marty (ed), *Raisonner la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, 445.

¹⁴⁶ Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, par. 24 (traduzione libera).

¹⁴⁷ Cfr. A. MOWBRAY, *The Development*, cit., 221.

¹⁴⁸ Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, cit., par. 23.

¹⁴⁹ Su cui v. F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 366-369.

¹⁵⁰ Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, cit., par. 26 (traduzione libera).

¹⁵¹ Corte EDU, 9 aprile 2024, *Verein Klimasenioren Schweiz e al. c. Svizzera*, par. 541 ss.

6.2. Le modalità di concretizzazione

L'analisi delle ricostruzioni teoriche relative al fondamento giuridico-costituzionale degli obblighi di protezione ha mostrato come, negli ordinamenti in cui tale istituto è presente, i poteri pubblici non sono liberi di decidere se proteggere i diritti fondamentali, ma sono tenuti a farlo (*ob*). Tuttavia, nulla ancora è stato detto riguardo al modo in cui i poteri pubblici devono adempiere a tale obbligazione (*wie*). Le questioni da affrontare, a questo riguardo, sono: (a) a chi si rivolgono gli obblighi di protezione, cioè chi ne sono i destinatari, e (b) di quale grado di discrezionalità tali soggetti dispongono nel darvi attuazione.

(a) I destinatari dell'obbligazione

La dottrina e la giurisprudenza tedesca sono univoche nell'affermare che, al pari dei diritti fondamentali difensivi, anche gli obblighi positivi di protezione vincolano tutti i poteri dello Stato¹⁵². Ciò deriva dalla formulazione dell'art. 1, comma 3 GG, in base al quale i diritti fondamentali «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione», oltre che dall'art. 1, comma 1, secondo periodo, per cui «è dovere di ogni potere dello Stato» rispettare e proteggere la dignità umana. Allo stesso tempo, tuttavia, è altresì unanimemente riconosciuto che gli obblighi di protezione si rivolgono primariamente al legislatore, mentre gli altri poteri esercitano, nella loro attuazione, un ruolo «sussidiario»¹⁵³.

Il ruolo indefettibile del legislatore è dovuto, anzitutto, alla natura di norme di principio degli *Schutzpflichten*, che in quanto tali necessitano di atti di concretizzazione che ne traducano i mandati di protezione *prima facie* in regole definitive¹⁵⁴. Esso è inoltre riconducibile alla struttura trilaterale degli obblighi di protezione, la cui attuazione richiede l'adozione di atti restrittivi delle libertà fondamentali di altri soggetti, che perciò sono coperti dalla riserva di legge generale di cui all'art. 19 GG¹⁵⁵. Per questo motivo, a differenza dei diritti costituzionali difensivi, che operano anche in assenza di una legge che li regoli, i doveri di protezione abbisognano sempre dell'intermediazione del legislatore¹⁵⁶. Ciò implica che, come sottolineato da Isensee, in assenza di una legge che li autorizzi, l'esecutivo e il giudiziario non potrebbero limitare la libertà degli autori delle condotte lesive appellandosi direttamente al mandato costituzionale di protezione¹⁵⁷.

¹⁵² In dottrina cfr. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 23-24. In giurisprudenza v. BVerGE, *Schleyer*, cit., punto 14: «L'art. 2 comma 2 frase 1 in combinato disposto con l'art. 1 comma 1 frase 2 GG obbliga lo Stato a proteggere ogni vita umana. Questo dovere di protezione è completo. Richiede che lo Stato protegga e promuova questa vita; ciò significa, soprattutto, proteggerla da interferenze illegali da parte di altri [...]. Tutti gli organi dello Stato devono essere guidati da questo requisito, a seconda dei loro compiti specifici» (traduzione libera).

¹⁵³ In questi termini D. GRIMM, *The Protective Function*, 149. Sulla stessa posizione, tra gli altri, anche K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 951; G. HERMES, *Das Grundrecht*, cit., 119.

¹⁵⁴ Cfr. J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 96.

¹⁵⁵ Cfr. J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 96; H. KLEIN, *Die grundrechtliche*, cit., 491. In questo senso v. anche quanto statuito dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza *Kalkar I*, a proposito della decisione a favore o contro la liceità dell'installazione di centrali nucleari sul territorio tedesco. La Corte in quell'occasione ha affermato che, a causa dei suoi effetti di vasta portata sui cittadini, in particolare sul loro spazio di libertà e di uguaglianza, tale decisione ricade all'interno della riserva generale di legge e che, pertanto «solo il legislatore è autorizzato a prendere tali decisioni» (traduzione libera).

¹⁵⁶ J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 96.

¹⁵⁷ Ivi, 97-98.

La posizione centrale del legislatore non deve però fare trascurare che anche i poteri esecutivo e giudiziario sono tenuti, nei propri ambiti di competenza, alla protezione dei diritti fondamentali¹⁵⁸. Per quanto riguarda l'esecutivo, in particolare, l'adempimento degli obblighi di protezione ha luogo principalmente in sede di attuazione delle misure generali previste dalla legge. Per cui, laddove la legge abbia fissato una disciplina generale idonea ad assicurare, a priori, il rispetto degli obblighi di protezione, è necessario che l'amministrazione le dia attuazione in modo coerente con tale obiettivo. In questo senso, in *Mülheim-Kärlich*, il Tribunale costituzionale ha osservato che «si può configurare una violazione dei diritti fondamentali anche nel caso in cui l'autorità preposta al rilascio delle licenze non tenga conto delle disposizioni procedurali previste dalla legge nucleare che lo Stato ha emanato in adempimento del suo dovere di protezione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale»¹⁵⁹.

Quanto al ruolo del giudice nell'attuazione degli *Schutzpflichten*, la questione interseca quella, a cui si è già fatto riferimento, della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. Come detto, infatti, la tesi maggioritaria nella dottrina tedesca riconosce un'efficacia orizzontale indiretta (*mittelbare*) dei diritti fondamentali per il tramite dell'obbligo di protezione gravante sui giudici, in quanto organi dello Stato. Più nello specifico, secondo questa tesi, i giudici sono tenuti ad adempiere agli obblighi di protezione, in primo luogo, interpretando le disposizioni legislative in senso conforme ai diritti fondamentali. Inoltre, anche in assenza di una disciplina legislativa che offra una protezione adeguata, i giudici sono tenuti a colmare la lacuna, ove possibile, facendo ricorso alle clausole generali del diritto. Un'espressione emblematica di questo indirizzo si ritrova nella già citata sentenza *Handelsvertreter*, relativa alle clausole di non concorrenza nei contratti tra agenti commerciali. In questo caso, la Corte ha ritenuto che, benché nella fattispecie mancasse una disciplina legislativa attuativa dell'obbligo di protezione, il tribunale civile fosse comunque tenuto a valutare la conformità della clausola di non concorrenza pattuita tra le parti alla luce della libertà di professione garantita dall'art. 12 GG. Per fare ciò, questi avrebbe dovuto servirsi delle clausole generali del diritto civile, dato che «è proprio nella concretizzazione e nell'applicazione di queste clausole generali che devono essere rispettati i diritti fondamentali»¹⁶⁰. Particolarmente significativo, ai fini di questa analisi, è il passaggio argomentativo nel quale il Tribunale costituzionale radica questo obbligo di concretizzazione in un mandato di protezione (*Schutzauftrag*) dei diritti fondamentali rivolto al giudice:

«Il corrispondente mandato di protezione impartito dalla Costituzione è rivolto al giudice, che deve far rispettare le decisioni oggettive di base dei diritti fondamentali nei casi di compromissione della parità contrattuale attraverso il diritto civile»¹⁶¹.

Il problema di individuare i destinatari degli obblighi di protezione si presenta in termini diversi e – anche in questo frangente – più semplificati nel contesto della CEDU. In quanto inseriti in un sistema di diritto internazionale, gli organi della Convenzione valutano le condotte degli Stati nel loro insieme, senza distinguere le responsabilità dei singoli poteri dello Stato¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. P. UNRUH, *Zur Dogmatik*, cit., 24 (traduzione libera).

¹⁵⁹ BVerGE, *Mülheim-Kärlich*, cit., massima n. 6.

¹⁶⁰ BVerGE, *Handelsvertreter*, cit., punto 49 (traduzione libera).

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Cfr. F.S. YARZA, *Medio ambiente*, cit., 263-264.

Anche la nozione di riserva di legge, che pure è richiamata in molti articoli della Convenzione, è intesa dalla Corte di Strasburgo in senso sostanziale, quale necessità di un atto normativo che funga da base giuridica della limitazione di un diritto, indipendentemente dalla relativa qualificazione formale o dal soggetto (Governo o Parlamento) competente ad adottarlo nell'ordinamento interno¹⁶³. Questo non significa che la Corte EDU non abbia particolare riguardo per le decisioni adottate dagli organi nazionali investiti di legittimazione democratica. Ma ciò non si traduce in un diverso grado di responsabilità di tali organi di fronte agli obblighi convenzionali, bensì nel riconoscimento in favore delle autorità nazionali (nel loro complesso) di un ampio margine di apprezzamento nell'attuazione degli obblighi positivi¹⁶⁴.

(b) Il margine di discrezionalità/apprezzamento

Il rapporto tra diritti fondamentali e discrezionalità politica è un problema che riguarda tutte le categorie di diritti. Tuttavia, esso si pone in maniera accentuata con riferimento ai diritti a contenuto positivo, per una ragione strutturale che è stata efficacemente illustrata da Robert Alexy¹⁶⁵. I diritti fondamentali di difesa richiedono che lo Stato si astenga da compiere azioni lesive di tali diritti. Di conseguenza, c'è solo un modo per adempiere a questo dovere, cioè quello di omettere *ogni* azione che comporti una violazione dei diritti difensivi. Se, nonostante il divieto, un simile atto è compiuto, l'unico modo per porvi rimedio è il suo annullamento¹⁶⁶. Al contrario, i diritti di protezione richiedono che lo Stato agisca a tutela delle libertà in pericolo. Generalmente, questo dovere può essere adempiuto in vari modi compatibili con i diritti fondamentali. Di conseguenza, *non ogni* azione che dia attuazione al diritto di protezione è obbligatoria, ma è sufficiente il compimento di *almeno una* di queste. Questo significa che il destinatario dell'obbligo di protezione dispone di un margine discrezionale (*Spielraum*) nella scelta di come adempiere alla prescrizione costituzionale¹⁶⁷. Soltanto laddove vi sia un'unica azione di protezione idonea, questa risulterà obbligatoria; in quel caso, quindi, la struttura del diritto di prestazione coinciderà con quella del diritto di difesa¹⁶⁸.

Questa differenza teorico-strutturale si trova riflessa nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le Corti, infatti, pur affermando l'obbligatorietà dei doveri di protezione, riconoscono in capo ai destinatari di tale dovere un certo margine di manovra nella determinazione delle misure necessarie per adempiervi. Anche in questo caso, tuttavia, non mancano alcune differenze di sfumature imputabili alla diversa natura ordinamentale dei due sistemi di tutela dei diritti.

In Germania, il margine di discrezionalità di cui dispone il legislatore è stato sottolineato dal *Bundesverfassungsgericht* fin dalla prima sentenza sull'aborto. In questa pronuncia, la Corte ha statuito che «il modo in cui lo Stato adempie all'obbligo di proteggere efficacemente la vita in via di sviluppo è principalmente una questione che spetta al legislatore. Esso decide

¹⁶³ V. tra le tante Corte EDU, 25 marzo 1985, *Barthold c. Germania*.

¹⁶⁴ Cfr. F.S. YARZA, *Medio ambiente*, cit., 264.

¹⁶⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 491 ss. Tale argomentazione è ripresa anche dalla dottrina successiva. Si veda, a titolo di esempio, C. CALLIESS, *Die grundrechtliche*, cit., 328.

¹⁶⁶ Ivi, 492.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Ivi, 493.

quali misure di protezione ritiene appropriate e necessarie per garantire un'effettiva protezione della vita»¹⁶⁹. Questa discrezionalità, tuttavia, non è illimitata, ma deve essere parametrata all'esigenza di assicurare una «protezione effettiva corrispondente all'importanza dell'interesse giuridico da salvaguardare»¹⁷⁰. In questo senso, in *Schleyer*, la Corte ha aggiunto che «la libertà [degli organi statali] nella scelta dei mezzi per proteggere la vita può anche essere limitata alla scelta di un mezzo specifico in casi particolarmente gravi, quando la protezione effettiva della vita non può essere raggiunta in altro modo»¹⁷¹.

Le ragioni del più ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore nel campo degli obblighi di protezione, piuttosto che in quello dei diritti difensivi, sono state messe in luce con chiarezza dal Tribunale costituzionale, nella sentenza *Fluglärm*, adducendo considerazioni di natura strutturale che riecheggiano quelle sopra illustrate:

«È sempre molto complessa la questione di come un dovere positivo dello Stato di proteggere e agire, che deriva solo attraverso l'interpretazione costituzionale dalle decisioni fondamentali incarnate nei diritti fondamentali, debba essere realizzato attraverso misure legislative attive. A seconda della valutazione delle circostanze effettive, degli obiettivi specifici e della loro priorità, nonché dell'adeguatezza delle vie e dei mezzi ipotizzabili, sono possibili diverse soluzioni. La decisione, che spesso richiede compromessi, spetta al legislatore, che è legittimato direttamente dal popolo, in conformità con il principio della separazione dei poteri e con il principio democratico, e in genere può essere rivista dal Tribunale costituzionale federale solo in misura limitata, a meno che non siano in gioco interessi giuridici della massima importanza»¹⁷².

In altre parole, in questa pronuncia, il Tribunale costituzionale ha fatto riferimento alle peculiarità strutturali che connotano gli obblighi di protezione, consistenti nell'indeterminatezza dei relativi contenuti e nella presenza di diverse possibili modalità di adempimento, e sulla base di queste ha giustificato l'attribuzione di un ampio (sebbene non illimitato) margine di discrezionalità al legislatore democratico.

Nella seconda sentenza sull'aborto, la Corte è tornata più a fondo sui limiti della discrezionalità legislativa. Dopo avere ribadito che spetta al legislatore determinare le modalità di protezione - in quanto la Costituzione indica l'obiettivo della protezione, ma non le sue modalità di attuazione (*Ausgestaltung*) - essa ha aggiunto che, tuttavia, il legislatore deve rispettare il «divieto di sottomisura» (*Untermaßverbot*). Ciò significa che «le precauzioni prese dal legislatore devono essere sufficienti per una protezione adeguata ed efficace e devono anche essere basate su un'attenta analisi dei fatti e su valutazioni ragionevoli»¹⁷³.

Un percorso argomentativo analogo è stato seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza in materia di obblighi positivi. Già nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, la Corte aveva osservato che «la scelta dei mezzi atti a garantire il rispetto dell'articolo 8 nella sfera delle relazioni degli individui tra di loro è in linea di principio una questione

¹⁶⁹ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 128 (traduzione libera).

¹⁷⁰ Ivi, punto 133.

¹⁷¹ BVerGE, *Schleyer*, cit., punto 15 (traduzione libera).

¹⁷² BVerGE, *Fluglärm*, cit., punto 86 (traduzione libera).

¹⁷³ BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch II*, cit., punto 159 (traduzione libera).

che rientra nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti»¹⁷⁴. Nella fattispecie, tuttavia, analogamente alla Corte tedesca nella prima sentenza sull'aborto, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che la tutela meramente civilistica apprestata dalla legislazione dei Paesi Bassi non soddisfacesse l'obbligo di protezione. Ciò in quanto, secondo la Corte, quando sono in gioco valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata, un'efficace deterrenza «può essere raggiunta solo attraverso disposizioni di diritto penale»¹⁷⁵.

In altre sentenze, la Corte di Strasburgo ha circoscritto la portata degli obblighi positivi, riconoscendo un più ampio margine alle autorità statali. In particolare, in *Osman* la Corte ha stabilito che l'obbligo positivo per le autorità di adottare misure operative preventive per proteggere un individuo la cui vita è in pericolo dagli atti criminali di un altro individuo «deve essere interpretato in modo da non imporre alle autorità un onere impossibile o sproporzionato»¹⁷⁶. Analogamente, nella sentenza *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, la Corte ha affermato che «sebbene sia dovere degli Stati contraenti adottare misure ragionevoli e appropriate per consentire che le manifestazioni lecite si svolgano pacificamente, essi non possono garantirlo in modo assoluto e godono di un'ampia discrezionalità nella scelta dei mezzi da utilizzare». In questo ambito – ha aggiunto la Corte – l'obbligo che gli Stati assumono «è un obbligo relativo alle misure da adottare e non ai risultati da raggiungere»¹⁷⁷.

È importante notare che, sebbene le espressioni “margine di discrezionalità” e “margine di apprezzamento” siano simili, e siano spesso adoperate promiscuamente dalla Corte EDU, il loro significato non è tuttavia identico. La nozione di “margine di discrezionalità”, infatti, attiene al principio di separazione dei poteri e serve a delimitare le sfere di competenza dei diversi organi all'interno di un ordinamento costituzionale. Invece, la nozione “margine di apprezzamento” attiene al principio di sussidiarietà nelle relazioni tra ordinamento nazionale e sovranazionale e assolve alla diversa funzione di affermare il ruolo primario delle autorità statali (comprese le corti) nel dare attuazione alla Convenzione¹⁷⁸.

Sul piano pratico, questa distinzione si traduce in una diversa valutazione di alcuni fattori che, nel sistema CEDU, concorrono a determinare il contenuto degli obblighi positivi, mentre invece nell'ordinamento costituzionale tedesco giocano un ruolo minore o nullo¹⁷⁹. Uno di questi è il criterio del consenso tra gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa in merito alle modalità di tutela di un determinato diritto. Questo criterio – che, per ovvie ragioni, non trova corrispondenza nell'ordinamento tedesco – influisce fortemente sul contenuto degli obblighi positivi in ambito CEDU. Infatti, in assenza di una comunanza di vedute tra gli Stati contraenti, la Corte di Strasburgo tende a riconoscere alle autorità nazionali una maggiore libertà di apprezzamento nell'individuare le misure da adottare per soddisfare il mandato di protezione¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, cit., par. 24 (traduzione libera).

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit., par. 116 (traduzione libera).

¹⁷⁷ Corte EDU, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, cit., par. 34 (traduzione libera).

¹⁷⁸ Sulla nozione di margine di apprezzamento e sui fraintendimenti che questa può suscitare nella prospettiva degli ordinamenti interni, v. E. BREMS, *Misunderstanding the margin? The reception of the ECtHR's margin of appreciation at the national level*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 21, 2023, 884-903.

¹⁷⁹ Su queste differenze d'impostazione delle due Corti, v. D. CAPITANT, *Les effets juridiques*, cit., 291-292.

¹⁸⁰ Cfr. D. SPIELMANN, *Obligations positives*, cit., 141 ss.; F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 375 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU.

Un altro fattore che può incidere sul contenuto di un obbligo positivo è la maggiore o minore precisione con cui è formulata la disposizione convenzionale da cui esso è derivato¹⁸¹. Ad esempio, nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, la Corte ha osservato, in relazione all'art. 8 CEDU, che la nozione di "rispetto" è indeterminata e che pertanto, data la diversità delle pratiche seguite e delle situazioni esistenti negli Stati contraenti, nel contesto degli obblighi positivi «le Parti contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento nel determinare le misure da adottare per garantire l'osservanza della Convenzione, tenendo conto dei bisogni e delle risorse della comunità e degli individui»¹⁸². A pesare, in questo caso, è la mancanza nel sistema CEDU di un organo legislativo capace di dare concretizzazione alle disposizioni convenzionali. Motivo per cui, in presenza di concetti generici e indeterminati, la Corte di Strasburgo si trova costretta a fare rinvio all'apprezzamento degli Stati contraenti, senza potere attingere, come invece è solito fare il Tribunale costituzionale tedesco, alla legislazione primaria in funzione integrativa del parametro costituzionale.

6.3. Il controllo giurisdizionale

Nonostante le differenze di sfumature appena evidenziate, nel complesso si può dire che le nozioni di margine di "discrezionalità" e di "apprezzamento" siano entrambe utilizzate dalle Corti per designare una sfera di libertà riservata alle autorità politiche e sottratta al controllo giurisdizionale. Allo stesso tempo, però, tali nozioni servono altresì a giustificare l'intervento delle Corti medesime, nei casi in cui le autorità politiche fuoriescano dai confini loro assegnati¹⁸³. L'estensione effettiva di questo spazio di manovra politica dipende quindi, in ultima istanza, dai criteri di giudizio applicati dalle Corti per valutare la legittimità delle misure adottate per adempiere agli obblighi di protezione.

Per analizzare questo punto, si guarderà anzitutto alle obiezioni di ordine teorico-dogmatico suscitate dal controllo giurisdizionale sugli obblighi di protezione, in particolare rispetto al principio di separazione dei poteri (a). In un secondo momento, quindi, si passerà a valutare come le Corti, nei due sistemi esaminati, abbiano modulato i propri criteri di giudizio, anche per rispondere alle suddette obiezioni (b).

(a) Il problema della separazione dei poteri

Il riconoscimento di un obbligo positivo derivante dai diritti fondamentali comporta necessariamente una limitazione dei poteri del decisore politico a vantaggio del giudice (*lato sensu*) costituzionale. Se tale obbligo non esistesse, infatti, il legislatore sarebbe libero di scegliere se perseguire quel dato fine oppure no. In presenza di un obbligo positivo, invece, il legislatore è tenuto ad adottare delle misure attive, e il giudice è competente a verificare che

¹⁸¹ Cfr. F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 377.

¹⁸² Corte EDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, par. 67 (traduzione libera).

¹⁸³ In questo senso F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 379.

queste soddisfino il mandato costituzionale. Gli obblighi positivi, quindi, si pongono inevitabilmente in collisione con il principio di separazione dei poteri¹⁸⁴.

La questione si presenta in termini ancora più complessi nel caso degli obblighi di protezione, perché qui il contenuto dell'azione positiva consiste nell'adozione di una misura limitativa della libertà di un altro soggetto, che è a sua volta titolare di diritti fondamentali. Si pone dunque un problema di bilanciamento tra mandati costituzionali confliggenti, da risolvere alla stregua del principio di proporzionalità. Tuttavia, diversamente da quanto avviene ordinariamente in riferimento ai diritti aventi struttura bilaterale, nel caso degli obblighi di protezione la restrizione sottoposta al giudizio di proporzionalità non è il frutto di una decisione libera del legislatore, ma costituisce l'adempimento di un dovere imposto dagli stessi diritti fondamentali. La stessa misura di protezione, quindi, se esaminata nella prospettiva dei diritti fondamentali, risulta al contempo (*prima facie*) obbligatoria e (*prima facie*) vietata. È ciò che si è descritto in precedenza come "effetto a doppio taglio" dei diritti¹⁸⁵.

Questa particolare caratteristica degli obblighi di protezione, che discende dalla struttura trilaterale dei rapporti che essi instaurano (vittima-Stato-autore della minaccia), si riflette anche in un diverso atteggiarsi del giudizio di proporzionalità nei loro confronti. Le misure di protezione, infatti, per essere costituzionalmente conformi, devono sottostare ad una duplice limitazione: da un lato, non devono restringere le libertà dell'autore della minaccia *al di là di quanto necessario* per tutelare gli interessi contrapposti; dall'altro lato, non devono neppure restare *al di sotto di quanto richiesto* dal diritto di protezione della vittima¹⁸⁶. Il legislatore si trova così costretto tra due divieti di segno opposto: un "divieto di eccedenza" (*Übermaßverbot*) e un "divieto di sottomisura" (*Untermaßverbot*).

Quale sia il rapporto tra questi due divieti, e quale margine di discrezionalità residui in capo alle autorità politiche per effetto del loro combinarsi, è una delle questioni più dibattute e più delicate della riflessione sugli obblighi di protezione¹⁸⁷. Dalla sua soluzione dipende infatti, in ultima istanza, la risposta alle critiche di "sovra-costituzionalizzazione" e di scivolamento verso un *Jurisdiktionsstaat* formulate dalle correnti dottrinali più scettiche verso questo istituto¹⁸⁸.

Alcuni autori hanno intravisto in tali divieti le due facce della stessa medaglia: si tratterebbe cioè di due diversi modi di guardare allo stesso giudizio di proporzionalità, in un caso dalla prospettiva del titolare del diritto di protezione, nell'altro da quella del titolare del diritto difensivo¹⁸⁹. Questa soluzione, sebbene abbia il pregio della linearità dogmatica, presta tuttavia il fianco a obiezioni legate al mancato rispetto del principio democratico e del principio di

¹⁸⁴ Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 476-477.

¹⁸⁵ V. *supra* §3.

¹⁸⁶ Su questa "ambivalenza" dei diritti fondamentali nel contesto della relazione trilaterale tipica degli obblighi di protezione, v. su tutti J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale*, cit., 83 ss.

¹⁸⁷ Per un'efficace esposizione delle diverse posizioni dottrinali, v. C. STARCK, *State Duties*, cit., 79 ss.

¹⁸⁸ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali*, cit., 251 ss.

¹⁸⁹ Questa è la tesi soprattutto di K. HAIN, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1993, 982 ss., il quale sostiene: «Ciò che dal punto di vista della persona colpita si presenta come una questione di livello massimo ammissibile, e dal punto di vista della persona che chiede protezione come un problema di requisiti minimi di protezione, trova risposta in un'unica e medesima soluzione basata sul principio di proporzionalità in senso lato» (traduzione libera).

separazione dei poteri. Infatti, obbligando lo Stato a perseguire il livello di protezione massimo compatibile con la salvaguardia del diritto difensivo dell'autore della minaccia, questa tesi rischia di privare di ogni discrezionalità il legislatore, che si troverebbe così costretto ad adottare l'unica azione costituzionalmente ammissibile, il "punto più alto" risultato dell'operazione di bilanciamento tra confliggenti mandati di ottimizzazione¹⁹⁰.

Altri autori hanno invece proposto di distinguere queste figure da un punto di vista dogmatico. In particolare, è stato sostenuto che il legislatore deve interferire con il diritto fondamentale del terzo *almeno* nella misura in cui ciò è richiesto dal dovere di protezione che deriva dal diritto fondamentale promosso. Non deve andare oltre, ma *può* farlo, fino al punto di concordanza pratica (*praktische Konkordanz*)¹⁹¹ dei due diritti fondamentali¹⁹². In altre parole, secondo questa tesi, il legislatore dovrebbe sforzarsi da un lato di non scendere sotto il livello minimo di tutela richiesto dal diritto di protezione e, dall'altro, di non eccedere il livello massimo di interferenza consentito dal diritto di difesa. Tra questi due limiti, però, vi sarebbe uno spazio di liceità, all'interno del quale il legislatore sarebbe libero di scegliere le misure ritenute più adeguate senza che tale decisione sia sindacabile dal giudice costituzionale. Anche questa soluzione non è andata esente da critiche, dal momento che non offre un criterio razionale, alternativo rispetto al principio di proporzionalità, per individuare il livello minimo di protezione sotto il quale il legislatore non potrebbe spingersi¹⁹³.

Un altro tentativo di rispondere alle obiezioni della sovra-costituzionalizzazione e della separazione dei poteri è stato effettuato da Robert Alexy nella postfazione alla seconda edizione della sua *Teoria dei diritti fondamentali* e in alcuni scritti successivi¹⁹⁴. La tesi di fondo di questo autore è che la combinazione dei diritti di protezione e del principio di proporzionalità non conduce necessariamente all'individuazione di un'unica soluzione ammissibile, ma è compatibile con il mantenimento di uno spazio di autonomia per la legislazione parlamentare¹⁹⁵. Ciò è reso possibile dalla particolare struttura dei doveri di protezione che, come già ricordato, per Alexy, impongono al legislatore di compiere *non ogni* azione che dia attuazione al diritto di protezione, ma *almeno una* di queste. Pertanto, in presenza di più misure di protezione costituzionalmente ammissibili, in quanto conformi al principio di proporzionalità, spetta al legislatore decidere *discrezionalmente* quale misura adottare¹⁹⁶. Il legislatore, dunque, secondo Alexy, è titolare di un margine di "discrezionalità strutturale", nella misura in cui è libero di scegliere tra più strumenti alternativi, parimenti idonei ad adempiere agli obblighi positivi pre-

¹⁹⁰ Questa obiezione del "punto più alto" è stata avanzata tra gli altri da P. LERCHE, *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?*, in J. Burmeister (ed), *Festschrift for Klaus Sten*, München, Beck, 1997, 205.

¹⁹¹ Su questo concetto, v. K. HESSE, *Grundzüge*, cit., parr. 317 ss.

¹⁹² Questo argomento è formulato da H.D. JARASS, *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119, 1985, 384.

¹⁹³ Per questa obiezione, v. R. ALEXY, *On Constitutional Rights to Protection*, in *Legisprudence*, vol. 3, 2009, 4.

¹⁹⁴ Ivi, 1-18.

¹⁹⁵ Ivi, 5.

¹⁹⁶ Ivi, 15-18.

scritti dai diritti fondamentali. Viceversa, solo laddove vi sia un'unica misura ammissibile idonea a soddisfare tali obblighi, il legislatore sarà tenuto ad adottare inderogabilmente *quella* misura e il giudice costituzionale potrà intimargli di farlo¹⁹⁷.

(b) I criteri di giudizio applicabili

Quale che sia la soluzione teorica più corretta riguardo all'applicabilità del principio di proporzionalità alle violazioni degli obblighi di protezione, l'osservazione della pratica giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte EDU mostra come, in entrambi i sistemi, i criteri di giudizio adottati nei casi riguardanti i diritti di protezione siano sensibilmente diversi, e meno rigidi, rispetto a quelli applicati ai diritti difensivi.

In Germania, la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale ha accompagnato la dottrina degli obblighi di protezione fin dalla sua prima elaborazione¹⁹⁸. In un primo momento, nella sentenza *Mülheim-Kärlich*, la Corte era sembrata applicare agli obblighi di protezione un criterio di giudizio analogo a quello adoperato nei riguardi dei diritti difensivi. In quell'occasione, essa aveva infatti affermato che «nella valutazione costituzionale delle disposizioni sostanziali e procedurali per l'autorizzazione delle centrali nucleari sembra necessario applicare standard non meno severi di quelli applicati nell'esame delle leggi di intervento statale»¹⁹⁹. Questa affermazione, che sembra equiparare l'autorizzazione statale di una condotta pericolosa ad un'ingerenza statale diretta nei diritti dei soggetti minacciati (sulle critiche a questa impostazione, v. *supra*, §3), è stata tuttavia in seguito abbandonata dallo stesso Tribunale costituzionale e non risulta essere stata riproposta nella giurisprudenza successiva.

A partire dalla sentenza sui depositi di armi chimiche del 1987 (*Lagerung chemischer Waffen*), la Corte ha invece cominciato a delineare i criteri di giudizio che essa utilizza ancora oggi nei giudizi riguardanti gli obblighi di protezione. In tale occasione, infatti, dopo avere riconosciuto la giustiziabilità diretta di tali obblighi attraverso ricorso individuale, essa ha affermato che, nel loro adempimento, il potere legislativo ed esecutivo dispongono di un'ampia libertà di progettazione e che, pertanto, il controllo giurisdizionale su tali misure è limitato alla verifica dell'adozione «di misure di protezione del diritto fondamentale che non siano del tutto inadeguate»²⁰⁰.

Nelle pronunce successive, la Corte ha ulteriormente ribadito e precisato le differenze che intercorrono tra diritti difensivi e diritti di protezione. In particolare, è affermazione ricorrente nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* che «i diritti soggettivi di difesa dall'ingerenza dello Stato, che derivano principalmente dai diritti fondamentali, da un lato, e i doveri di protezione derivanti dal significato oggettivo dei diritti fondamentali, dall'altro, differiscono fondamentalmente l'uno dall'altro, in quanto il diritto di difesa richiede un comportamento specifico dello Stato in termini di obiettivo e contenuto, mentre il dovere di protezione è fondamentalmente indeterminato»²⁰¹.

¹⁹⁷ *Ibidem*. Cfr. anche R. ALEXI, *Teoria*, cit., 491-493.

¹⁹⁸ Per un esame critico della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale su questo aspetto, v. C. CALLIESS, *Die grundrechtliche*, cit., 323.

¹⁹⁹ BVerGE, *Mülheim-Kärlich*, cit., punto 53 (traduzione libera).

²⁰⁰ BVerGE, *Lagerung chemischer Waffen*, cit., punto 112 (traduzione libera).

²⁰¹ BVerGE 96, 56, 6 maggio 1997, *Vaterschaftsauskunft*, punto 29 (traduzione libera).

Tale differenza di struttura delle due categorie di diritti si traduce quindi, per il Tribunale costituzionale, in un diverso standard di giudizio applicabile alle rispettive violazioni. Mentre infatti le restrizioni dei diritti di difesa sottostanno al giudizio di proporzionalità, con i relativi corollari di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, una violazione del dovere di protezione può invece essere accertata dal Tribunale costituzionale «solo se l'autorità pubblica non ha adottato alcuna misura di protezione o se le norme e le misure adottate sono palesemente inadatte o del tutto insufficienti per raggiungere l'obiettivo di protezione»²⁰².

La distinzione tra i criteri di valutazione applicabili agli obblighi positivi e ai diritti difensivi risulta meno netta nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A questo contribuisce anche il rifiuto, precedentemente menzionato, della Corte di Strasburgo di sviluppare una teoria generale sugli obblighi positivi, il che comporta anche una mancanza di chiarezza e coerenza riguardo agli standard di giudizio da applicare alle rispettive violazioni. Tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza europea è possibile ricavare alcune coordinate cui la Corte EDU si attiene nei suoi giudizi

In astratto, la Corte di Strasburgo tende a riconoscere una sostanziale equivalenza tra i criteri di giudizio applicabili alle violazioni della Convenzione, indipendentemente da che si tratti di obblighi positivi o diritti negativi. In questo senso, nella sua giurisprudenza ricorre spesso la seguente affermazione di principio:

«Che il caso in questione venga analizzato in termini di dovere positivo dello Stato di adottare misure ragionevoli e appropriate per garantire i diritti dei ricorrenti [...] o in termini di "interferenza da parte di un'autorità pubblica" [...], i principi applicabili sono ampiamente simili. In entrambi i contesti si deve tenere conto dell'equo bilanciamento che deve essere raggiunto tra gli interessi contrapposti dell'individuo e della collettività nel suo complesso; e in entrambi i contesti lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento nel determinare le misure da adottare per garantire il rispetto della Convenzione»²⁰³.

Questa posizione, giustificata sul piano teorico dalla necessità di garantire pari tutela a tutti gli obblighi derivanti dalla Convenzione, tanto di contenuto positivo che negativo, si scontra tuttavia, all'atto pratico, con la difficoltà di applicare alle omissioni statali gli stessi standard di giudizio adoperati in relazione alle interferenze perpetrate dalle autorità pubbliche²⁰⁴. Innanzitutto, risulta logicamente impraticabile estendere *de plano* alle condotte omissive le condizioni a cui è normalmente subordinata la legittimità delle restrizioni dei diritti convenzionali, ovvero che siano previste dalla legge e che costituiscano misure necessarie in una società democratica. Nel caso degli obblighi positivi, la condotta sottoposta a scrutinio non è l'adozione di una misura restrittiva, bensì la mancata adozione di una misura di protezione. Di conseguenza, trattandosi di una condotta omissiva, non avrebbe senso chiedere che sia adottata con legge o in base alla legge²⁰⁵. Inoltre, risulta altresì difficilmente valutabile se l'omissione in questione sia giustificata dal perseguimento di finalità legittime e se sia necessaria a tale scopo. Ciò proprio a causa della particolare conformazione strutturale degli obblighi positivi,

²⁰² BVerGE 92, 26, 10 gennaio 1995, *Zweitregister*, punto 74 (traduzione libera).

²⁰³ In questi termini, ad es., Corte EDU, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, cit., par. 41 (traduzione libera).

²⁰⁴ Su questo tema, v. diffusamente L. SASSO, *Les obligations positives*, cit., 284 ss.

²⁰⁵ *Ibidem*, 285.

che – come detto – non impongono di adottare una misura determinata, bensì una qualsiasi delle misure idonee a conseguire l'obiettivo di protezione richiesto²⁰⁶.

In concreto, le suddette difficoltà si traducono in una diversa articolazione del test di proporzionalità applicato dalla Corte di Strasburgo nei casi riguardanti i diritti negativi e gli obblighi positivi²⁰⁷. Nonostante, infatti, la Corte definisca in astratto “ampiamente simili” i principi applicabili alle due categorie di diritti, nei fatti essa finisce per adoperare criteri differenti nei rispettivi giudizi. Più precisamente, mentre con riguardo ai diritti difensivi, la Corte verifica analiticamente la sussistenza dei requisiti previsti dalla Convenzione, nel caso degli obblighi positivi essa si limita ad una valutazione sintetica, volta a controllare che gli Stati contraenti abbiano raggiunto un “equo bilanciamento” tra le esigenze di protezione dell'individuo e gli interessi contrapposti che giustificano la mancata adozione delle misure richieste²⁰⁸.

7. Il recepimento degli obblighi di protezione nel diritto costituzionale italiano

L'analisi comparativa condotta fino a questo punto ha permesso di cogliere gli elementi fondamentali della dottrina degli obblighi di protezione e i profili problematici a cui essa è andata incontro nei due sistemi giuridici esaminati. Facendo tesoro di queste informazioni, nella parte finale del lavoro si dirigerà l'attenzione verso l'Italia, per verificare se e in che misura le considerazioni svolte in precedenza siano estendibili anche al nostro ordinamento.

Uno studio sugli obblighi di protezione in Italia potrebbe sembrare un esercizio vano e votato al fallimento, dal momento che tale istituto è assente (almeno esplicitamente) nella giurisprudenza della Corte costituzionale e che anche i pochi autori che se ne sono occupati, per lo più in comparazione con l'ordinamento tedesco, ne hanno generalmente escluso la compatibilità con le categorie costituzionali italiane²⁰⁹. Ciò nonostante, una simile ricerca appare comunque utile e proficua, nella misura in cui può consentire di mettere in luce, grazie all'apporto conoscitivo derivante dalla comparazione, taluni aspetti del nostro sistema costituzionale che, altrimenti, rimarrebbero in ombra. È dunque con questo spirito che ci si accinge a quest'ultima parte del lavoro, con l'avvertenza che quella che segue è soltanto un'indagine preliminare,

²⁰⁶ Su questo punto, si vedano le interessanti considerazioni di M. KLATT, *Positive Obligations*, cit., 694 ss., il quale, rifacendosi ad Alexy, addebita alla struttura alternativa (“disgiuntiva”) propria degli obblighi positivi l'impossibilità di applicare ad essi i normali standard del giudizio di proporzionalità. Su posizioni analoghe, sempre con ampi riferimenti alla distinzione strutturale indicata da Alexy, v. anche V. STOYANOVA, *Framing Positive Obligations*, cit., 1-34; ID. *The Disjunctive Structure of Positive Rights under the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 87, 2018, 344-392.

²⁰⁷ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Fonction*, 360 ss. Si esprime in senso critico verso questa difformità di criteri di giudizio F. SUDRE, *Les «obligations positives»*, cit., 379 ss.

²⁰⁸ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Fonction*, cit., 361.

²⁰⁹ Cfr. P. RIDOLA, *Il principio libertà*, cit., 154. L'Autore, dopo avere osservato che «la generalizzazione dello schema degli “obblighi di protezione” [...] comporta il rischio di far soggiacere i diritti costituzionali a limitazioni onnicomprensive e derivanti da clausole generali», rileva che «questa soluzione è sicuramente preclusa dalla Costituzione italiana, che ha scelto di circoscrivere la sfera di protezione dei diritti con limitazioni puntuali, le quali consentono a loro volta l'intervento solo di determinati poteri (ad es., l'autorità giudiziaria o quella amministrativa), e con riserve di legge altrettanto puntuali, piuttosto che nella cornice di un potere generale di conformazione riconosciuto al legislatore». Cfr. anche A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 44.

senza pretese di completezza e definitività, il cui obiettivo è indicare un percorso che potrà eventualmente essere ripreso e approfondito da studi successivi.

7.1. Le iniziali barriere giuridico-culturali e il loro parziale superamento

Il punto di partenza necessario di questo studio consiste nell'indagare le ragioni del mancato recepimento dell'istituto degli obblighi di protezione da parte della dottrina costituzionalistica italiana. È cioè fondamentale chiedersi, innanzitutto, perché il diritto costituzionale italiano, che spesso ha tratto ispirazione da quello tedesco, non abbia fatto altrettanto riguardo alla teoria degli *Schutzpflichten*²¹⁰.

La risposta a questo interrogativo va probabilmente ricercata in alcuni caratteri strutturali che connotano il sistema italiano di protezione dei diritti fondamentali, differenziandolo dall'ordinamento costituzionale tedesco e dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un primo elemento significativo è la presenza nella Costituzione italiana di disposizioni di principio di applicazione generale, come il principio solidaristico e di uguaglianza sostanziale. Tali principi, costituendo un fondamento valoriale comune a tutte le disposizioni della Carta, hanno esentato la dottrina e la giurisprudenza dal compito di ricercare altrove, nei diritti fondamentali, gli elementi unificanti dell'ordinamento costituzionale²¹¹. In altre parole, l'inclusione, nei primi articoli della Costituzione, di chiare direttrici assiologiche di portata trasversale, ha probabilmente fatto sì che la dottrina italiana non avvertisse l'esigenza di seguire quella tedesca nell'operazione interpretativa diretta a ricavare dalle disposizioni in materia di diritti fondamentali un ordine di valori obiettivo in grado di irradiarsi nell'intero sistema giuridico. Allo stesso tempo, la presenza di un ampio catalogo di diritti sociali e il loro riconoscimento come norme dotate di efficacia vincolante hanno reso superflua l'elaborazione di una nuova dimensione (positiva) dei diritti a partire dalle disposizioni riguardanti i diritti civili²¹². D'altra parte, però, proprio la diffusa costituzionalizzazione dei diritti sociali – singolarità italiana nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra²¹³ – ha forse contribuito a rafforzare l'impressione che questi fossero qualcosa di ontologicamente diverso rispetto ai diritti civili, ritardando quindi la presa di consapevolezza circa la dimensione positiva insita nei diritti della tradizione liberale.

Un altro aspetto strutturale utile a spiegare il limitato interesse della dottrina costituzionale italiana verso l'istituto in esame è l'assenza, nel nostro ordinamento, di un ricorso diretto di costituzionalità per violazione dei diritti fondamentali. Questa differenza procedurale determina l'irrelevanza, nella prospettiva italiana, della distinzione tedesca tra il contenuto soggettivo e oggettivo dei diritti fondamentali, che invece assume un ruolo centrale nella teoria degli

²¹⁰ Sull'influenza esercitata dalla cultura costituzionale tedesca sulla dottrina italiana, v. su tutti P. RIDOLA, *Le suggestioni del Grundgesetz*, cit., 1 ss. V. spec. 5 ss., dove l'Autore espone le differenze strutturali e giuridico-culturali che hanno portato la dottrina italiana a seguire strade diverse rispetto alla dottrina tedesca, nell'interpretazione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza *Lüth*.

²¹¹ Sulle "norme-principio" della Costituzione italiana, e sulla loro capacità di assolvere ad una funzione "integratrice" nei confronti delle norme particolari da esse derivate, v. su tutti V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 38 ss.

²¹² Cfr. A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 45.

²¹³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 13, 20.

Schutzpflichten. Nel sistema italiano di giustizia costituzionale, che si basa su un sindacato “indiretto” di legittimità costituzionale delle leggi, la violazione di tutte le disposizioni costituzionali è sottoposta allo stesso regime giuridico, indipendentemente dal fatto che la questione riguardi una disposizione attributiva di un diritto soggettivo o avente carattere meramente oggettivo²¹⁴. Allo stesso modo, la mancanza di rimedi efficaci contro le omissioni legislative ha privato di attualità e concretezza le riflessioni in merito agli obblighi positivi dello Stato, le quali, anche quando si sono svolte, hanno riguardato per lo più il problema dell’effettività dei diritti sociali²¹⁵.

Oltre agli elementi strutturali sopra evidenziati, anche alcuni fattori culturali hanno contribuito all’iniziale mancato recepimento degli obblighi di protezione nel nostro ordinamento. Un ruolo di rilievo, in questo senso, è stato ricoperto dalla visione, predominante nella cultura giuridica italiana del secondo dopoguerra, della legge come strumento principe di limitazione e conformazione dei diritti, e delle libertà civili come diritti di difesa dalle ingerenze statali, garantiti dalla presenza di riserve di legge puntuali e dalla possibilità d’intervento del giudice costituzionale in funzione di legislatore negativo²¹⁶. In questo quadro, non vi era dunque spazio per una teoria, come quella degli obblighi di protezione, che invece postula un ruolo attivo del legislatore in funzione di concretizzazione dei diritti civili, l’obbligo per lo Stato di adottare misure restrittive delle libertà fondamentali (anche di natura penale), e il compito del giudice costituzionale di sanzionare il legislatore laddove non abbia adempiuto correttamente ai propri obblighi positivi.

Queste barriere culturali originarie sono state in parte attenuate dall’evoluzione successiva della dottrina costituzionale italiana, la quale, anche sotto l’influenza di quella tedesca, ha progressivamente spostato l’attenzione dalla garanzia di libertà astratte al problema dell’effettività dei diritti costituzionali²¹⁷. Snodo teorico fondamentale, in questo percorso, è stato l’accoglimento della concezione dei diritti come valori, ovvero come norme-principio che fissano obiettivi che lo Stato è tenuto attivamente a perseguire²¹⁸. A questa nuova concezione dei diritti

²¹⁴ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione*, cit., 80-81; A. PACE, *Problematica*, cit., 85-86.

²¹⁵ Su questo tema, v. in dottrina almeno C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1309 ss.

²¹⁶ Sulla concezione originaria dei diritti fondamentali accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale italiana, si veda l’accurata ricostruzione di V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2011, 2 ss. In senso critico verso la posizione tradizionale, v. G. AMATO, *Libertà*, cit., 273 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 59 ss.

²¹⁷ Cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 80, il quale segnala l’esigenza di «passare da una concezione liberale a una concezione democratica e personalista delle libertà», il che però presuppone il «superamento di un’ideologia giuridica fortemente condizionante, che non può fare a meno di ricondurre le libertà a un momento difensivo». Cfr. anche G. AMATO, *Libertà*, cit., 276 ss.; A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 3 ss.

²¹⁸ Questa evoluzione è segnalata, tra gli altri, da V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti*, cit., 5 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale. In dottrina, sulla concezione della Costituzione (e dei diritti fondamentali) come tavola di valori, v. su tutti P. RIDOLA, *Il principio libertà*, cit., 193 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 4, 1991, 639 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 170 ss.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1 ss. Per la concezione dei diritti fondamentali come principi, v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 147 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 9 ss.

ha corrisposto anche un ampliamento delle garanzie costituzionali a tutela della dimensione positiva dei diritti medesimi, quali il limite del contenuto essenziale dei diritti²¹⁹, le garanzie d'istituto²²⁰ e il divieto di abrogazione referendaria delle leggi costituzionalmente necessarie²²¹. Parallelamente, si è assistito anche ad un'estensione dell'ambito di efficacia dei diritti anche alle relazioni orizzontali, determinato dalla crescente consapevolezza riguardo alle minacce provenienti dalle attività private all'effettivo godimento dei diritti costituzionali²²².

A rafforzare questa tendenza ha contribuito anche la penetrazione nell'ordinamento italiano di idee ed istituti giuridici provenienti dal sistema della CEDU, intensificatasi soprattutto a partire da quando, con la riforma del 2001, il rispetto degli obblighi internazionali è divenuto parametro di legittimità costituzionale delle leggi. Negli ultimi anni, invero, non è raro ritrovare nella giurisprudenza della Corte costituzionale riferimenti alle pronunce della Corte EDU riguardo alla necessità di «proteggere i diritti nella loro dimensione di effettività»²²³ o all'«obbligo positivo» dello Stato di tutelare i diritti fondamentali²²⁴. Parallelamente, anche in dottrina le

²¹⁹ Su cui v. almeno D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, Giappichelli, 2012; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica*, cit., 1309 ss.

²²⁰ Sulle garanzie istituzionali dei diritti fondamentali, nella dottrina italiana, v. P. RIDOLA, *Il principio libertà*, cit., 188 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 91 ss., 114 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 57 ss.

²²¹ Questa categoria non era originariamente inclusa tra i limiti impliciti di ammissibilità del referendum abrogativo indicati dalla sentenza n. 16 del 1978, a differenza delle leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato». Solo successivamente, a partire dalla sentenza n. 35 del 1997 (su cui v. *infra*), la Corte ha esteso la preclusione del referendum abrogativo anche a quelle leggi «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». Questa evoluzione era stata già preconizzata in dottrina da F. MODUGNO, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale (A proposito della richiesta di referendum abrogativo di gran parte della L. n. 968 del 24 dicembre 1977)*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, Giuffrè, 1982, 881, il quale aveva osservato che «la distinzione [delle leggi a contenuto vincolato] dalle leggi costituzionalmente obbligatorie è molto meno rigorosa e convincente di quanto appaia a prima vista. Ogni obbligo costituzionalmente imposto al legislatore, infatti, una volta adempiuto con legge, produce in essa un vincolo sostanziale di contenuto, nel senso della necessità (della persistenza) di una disciplina (quale che essa sia) che renda possibile e continuo l'adempimento dell'obbligo costituzionale, il quale, per sua natura, è – si potrebbe dire – obbligo... ad esecuzione continuata». Cfr. in senso analogo anche I. MASSA PINTO, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. Modugno, G. Zagrebelsky (cur.), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, Giappichelli, 2001, 209 ss., la quale ricollega l'inammissibilità del referendum abrogativo avente ad oggetto leggi costituzionalmente «orientate» all'esigenza di salvaguardare l'attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto costituzionale, perché la relativa abrogazione «si tradurrebbe, al pari della abrogazione delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, in un modo obliquo per incidere sui singoli precetti costituzionali». In senso critico verso quest'ultima posizione, v. M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento all'art. 75 della Costituzione*, in Bologna, Zanichelli, 2005, 474.

²²² In questo senso già V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 78, il quale osservava come non fosse più possibile «limitare certi diritti fondamentali di libertà ai soli rapporti con i soggetti governanti, ossia ai soli rapporti pubblicistici, ammettendo o tollerando tacitamente che quei diritti possano viceversa essere impunemente limitati o addirittura annullati dall'autorità privata, nelle relazioni tra soggetti privati [...]». Giacché non è più un mistero per nessuno che, specie nella realtà della vita moderna, le libertà degli individui sono ogni giorno minacciate dagli stessi privati, oltre che dalle pubbliche autorità (talora, anzi, in forme più insidiose) ed anche nei confronti dei privati debbono quindi essere efficacemente garantite». Cfr. anche G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1967, spec. 92 ss., il quale giustificava l'estensione dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti intersoggettivi, inaugurata in quegli anni dalla giurisprudenza ordinaria, in virtù dell'esigenza di tutelare le posizioni economicamente e socialmente deboli dinanzi ai «poteri privati».

²²³ Corte cost., sent. 27 gennaio 2022, n. 22.

²²⁴ Corte cost., sent. 28 marzo 2022, n. 79.

nuove concezioni “positive” dei diritti fondamentali, provenienti dalla dimensione sovranazionale, hanno portato a riconsiderare posizioni fino ad allora consolidate in tema, ad esempio, di obblighi di incriminazione²²⁵.

Le trasformazioni intervenute a livello giuridico-culturale, ovviamente, non hanno fatto venire meno le differenze strutturali sopra descritte tra il nostro ordinamento e quello tedesco o la CEDU. In particolare, la presenza di riserve di legge puntuali a tutela delle libertà civili, insieme all’assenza di rimedi efficaci contro le omissioni legislative, hanno finora ostacolato la generale affermazione di obblighi costituzionali d’ingerenza sanzionabili per via giurisdizionale²²⁶. Nondimeno, questi ostacoli di ordine pratico non hanno impedito che, sul piano teorico, si affermasse l’idea che lo Stato sia tenuto a proteggere i diritti individuali dalle ingerenze di terzi. Quest’idea, rimasta a lungo sottotraccia, ha trovato infine emersione in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale.

7.2. L’emersione nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale

Per illustrare quest’ultimo punto, si farà riferimento di seguito a due vicende giudiziarie che, a distanza di alcuni decenni, hanno riguardato il diritto alla vita.

La prima vicenda ha avuto origine con la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975 in materia di aborto²²⁷. La coincidenza temporale con la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco non è casuale: entrambe le decisioni sono figlie di una stagione in cui i giudici costituzionali di vari Paesi occidentali sono stati chiamati a pronunciarsi sull’espansione delle condizioni di ammissibilità dell’interruzione di gravidanza²²⁸. Tuttavia, la situazione processuale nel caso italiano era molto diversa da quella del caso tedesco, il che spiega in parte il diverso percorso argomentativo seguito dalle due Corti. Mentre infatti in Germania si discuteva della costituzionalità di una legge di parziale depenalizzazione dell’aborto, adottata dal Parlamento tedesco, la Corte costituzionale italiana era chiamata a decidere sulla legittimità dell’articolo 546 del codice penale, nella parte in cui puniva l’aborto anche in presenza di pericolo per la salute della gestante. Di conseguenza, a differenza del caso tedesco, il quesito posto alla Corte costituzionale non era se lo Stato italiano fosse tenuto o meno a proteggere la vita del nascituro, ma se ed entro quali limiti un divieto penale dell’aborto fosse giustificato. Ai fini della presente analisi, questa pronuncia è rilevante nella misura in cui ha riconosciuto che la

²²⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2650 ss., il quale attribuisce all’influenza sovranazionale il superamento della posizione tradizionalmente contraria della dottrina penalistica italiana al riconoscimento di obblighi di tutela penale nel nostro ordinamento. In senso analogo cfr. anche S. MANACORDA, *“Dovere di punire”?*, cit., 1367, secondo cui il crescente favore riscontrato nella dottrina penalistica italiana nei confronti degli obblighi di incriminazione è dovuto alla penetrazione di concetti e istituti di derivazione sovranazionale.

²²⁶ Come rilevato da A. DI MARTINO, *La doppia dimensione*, cit., 44.

²²⁷ Corte cost., sent. 18 febbraio 1975, n. 27.

²²⁸ V. sull’argomento AA.VV., *L’aborto nelle sentenze delle corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Milano, Giuffrè, 1976. La vicenda è descritta da D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 491 ss. Sull’evoluzione della disciplina dell’aborto in chiave comparata, v. E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Pol. dir.*, 2, 2021, 149-192.

tutela della vita del concepito è un interesse costituzionalmente protetto e che pertanto il legislatore è, in linea di principio, legittimato a prevedere sanzioni penali a sua tutela²²⁹. In quel caso, dunque, la Corte ha ritenuto che il legislatore *potesse* sanzionare penalmente l'aborto; non ha preso posizione, invece, riguardo alla questione se il legislatore *fosse tenuto* a farlo.

La questione si è riproposta, più di vent'anni dopo, in occasione della campagna referendaria volta a conseguire una più ampia liberalizzazione dell'aborto tramite l'abrogazione di diverse parti della legge n. 194 del 1978. Con la sentenza n. 35 del 1997²³⁰, la Corte costituzionale ha giudicato inammissibile il quesito referendario, in quanto ha ritenuto che avesse ad oggetto una legge ordinaria "a contenuto costituzionalmente vincolato" la cui eliminazione avrebbe determinato «la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»²³¹. Al di là del merito della questione, quel che qui interessa sottolineare è il ragionamento che sta alla base della pronuncia: la Corte ha ritenuto che, dato che la vita del concepito è un interesse protetto ai sensi dell'art. 2 Cost., non sarebbe costituzionalmente ammissibile una piena liberalizzazione dell'aborto, in quanto una tale disciplina «renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria» del diritto alla vita del nascituro²³². Rispetto alla sentenza del 1975, la Corte ha compiuto qui un passo avanti, riconoscendo che la tutela del diritto alla vita del concepito è costituzionalmente necessaria e che, pertanto, il legislatore è *obbligato* a garantirne un livello minimo di protezione²³³. Tuttavia, la Corte ha lasciato aperta la questione se tale obbligo di protezione possa tradursi, in ipotesi, anche in un dovere di incriminazione dell'aborto. Nella parte finale della pronuncia, infatti, la Corte ha precisato che, in quel caso, il tema della depenalizzazione era «assolutamente estraneo», mentre ha osservato che «è dubbio in via generale se la Costituzione, al di là di imperativi specifici, contenga o possa contenere obblighi di incriminazione, che è quanto dire *obblighi di*

²²⁹ La Corte infatti ha affermato: «Ritiene la Corte che la tutela del concepito [...] abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito». Subito dopo, però, essa aggiunge: «E, tuttavia, questa premessa - che di per sé giustifica l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali - va accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. Ed è proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale, che, ad avviso della Corte, inficia l'attuale disciplina penale dell'aborto».

²³⁰ Corte cost., sent. 10 febbraio 1997, n. 35, su cui v. i commenti di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1997, 347 ss.; C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.*, 1, 1997, 293 ss.; M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, *ivi*, 312 ss.

²³¹ *Ivi*, considerando in diritto n. 2. Si noti che, sebbene in questo passaggio la Corte riconduca la legge in esame tra quelle "a contenuto costituzionalmente vincolato", in realtà essa è ascrivibile alla categoria delle "leggi costituzionalmente necessarie" (come d'altra parte riconosciuto dalla stessa Corte nelle sentenze successive sull'argomento, su cui v. *infra*). Ciò che la Costituzione impone al legislatore, infatti, non è l'adozione di *quella specifica* disciplina legislativa, bensì di *una qualsiasi* disciplina legislativa, purché assicurati il livello minimo di tutela costituzionalmente necessario.

²³² *Ivi*, considerando in diritto n. 4.

²³³ Ed infatti, richiamando i criteri di bilanciamento indicati dalla sentenza del 1975, la Corte qui afferma che tali criteri formano «oggetto di un vero e proprio obbligo [del legislatore]».

protezione mediante sanzione penale, di determinati interessi costituzionalmente protetti» (en-fasi aggiunta)²³⁴.

La seconda vicenda giurisprudenziale che si vuole riportare all'attenzione riguarda due pronunce adottate in anni recenti dalla Corte costituzionale in tema di "fine vita". La vicenda è molto nota, pertanto ci si limiterà a richiamarne alcuni aspetti d'interesse ai fini della presente trattazione. La prima decisione è l'ordinanza n. 207 del 2018 ("Cappato")²³⁵, pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 580 del codice penale in materia di aiuto al suicidio. L'ordinanza è conosciuta soprattutto per avere stabilito che, in alcune specifiche circostanze, un divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato in misura contraria al principio di dignità umana e al principio di ragionevolezza. Ciò che più interessa, ai fini di questa analisi, è invece la parte dell'ordinanza in cui la Corte ha rigettato la tesi "massimalista" avanzata in prima battuta dal giudice remittente, secondo cui il reato di aiuto al suicidio sarebbe stato di per sé, nella sua interezza, incompatibile con il diritto all'autodeterminazione individuale. A questo riguardo, la Corte ha osservato che l'art. 580 cod. pen. è funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, quali il diritto alla vita. Su queste basi, la Corte ha quindi concluso che «al legislatore penale non può ritenersi inibito [...] vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide»²³⁶. Come nella sentenza sull'aborto del 1975, dunque, la Corte costituzionale ha ritenuto in linea di principio legittima una disciplina penale restrittiva della libertà di autodeterminazione, in quanto giustificata dall'interesse costituzionale di proteggere il diritto alla vita. Rimaneva, però, ancora aperta la questione se una tale disciplina penale fosse costituzionalmente necessaria, ossia se fosse imposta dall'obbligo di proteggere il diritto alla vita.

Su quest'ultimo punto la Corte si è pronunciata, infine, con la sentenza n. 50 del 2022²³⁷, nell'ambito del giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo relativa all'articolo 579 del codice penale, in materia di omicidio del consenziente. Come noto, la

²³⁴ Ivi, considerando in diritto n. 5.

²³⁵ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207. L'ordinanza "Cappato", così come la successiva sentenza n. 242 del 2019, è stata oggetto di numerosissimi commenti, che ne hanno analizzato tanto gli aspetti processuali che sostanziali. Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali, si vedano in particolare gli atti del Seminario di Quaderni costituzionali del 2019, consultabili al seguente indirizzo: <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=12870> (consultato il 27 febbraio 2024).

²³⁶ Ivi, considerando in diritto n. 6.

²³⁷ Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 50. Anche questa vicenda è stata oggetto di numerosi commenti, anteriori o successivi alla pubblicazione della sentenza, alcuni dei quali hanno toccato anche il tema degli obblighi di incriminazione. Tra questi, si segnalano in particolare: A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 83-100; M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Amicus Curiae, Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, fasc. 1, 2022, 97 ss.; M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, *Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. spec. n. 4, 2022, 7 ss.; B. VIMERCATI, *Del referendum sull'eutanasia e della sua ammissibilità(?): in attesa della decisione della corte costituzionale*, *ivi*, 42 ss.; S. BISSARO, *Alla vigilia della decisione della corte costituzionale, brevi riflessioni sulla natura del presidio penale in materia di fine vita*, *ivi*, 52 ss. Altri commenti si soffermano, inoltre, sulla natura "costituzionalmente necessaria" della disciplina sull'omicidio del consenziente. Tra questi v. F. MEDICO, *La Corte costituzionale disattiva il «plusvalore democratico» del referen-*

Corte ha giudicato inammissibile il quesito referendario, ritenendo, anche sulla scorta del proprio precedente in materia di aborto, che questo avesse ad oggetto una normativa costituzionalmente necessaria. Quel che interessa segnalare è, ancora una volta, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte: per giungere a negare l'ammissibilità del quesito referendario, infatti, il giudice costituzionale è partito dalla premessa che l'incriminazione dell'omicidio del consenziente, così come quella dell'aiuto al suicidio, assolve alla funzione, costituzionalmente necessaria, di proteggere il diritto alla vita, apprestando una tutela minima che può essere modificata o sostituita dal legislatore, ma non rimossa *tout court*²³⁸.

Questa pronuncia è stata criticata da una parte della dottrina, in quanto ritenuta responsabile di avere dato ingresso nel nostro ordinamento ad un obbligo di penalizzazione discendente direttamente dalla Costituzione, rovesciando quindi la funzione tipica della norma penale, che verrebbe così «strumentalmente piegata alla positiva realizzazione di diritti fondamentali»²³⁹. Queste obiezioni, che ricordano quelle già espresse nell'opinione dissenziente della prima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull'aborto²⁴⁰, colgono tuttavia solamente un aspetto della questione. Il problema degli obblighi di incriminazione, infatti, non è che la punta dell'*iceberg*, la manifestazione più estrema (e, per questo, più controversa) di un istituto che ha in realtà radici più profonde. Perché possa riconoscersi un obbligo del legislatore di sanzionare penalmente una data condotta, in quanto lesiva di un diritto fondamentale, è necessario presupporre che il legislatore sia tenuto, in base alla Costituzione, a realizzare positivamente quel diritto e che, per fare ciò, esso possa essere costretto a limitare le libertà costituzionali altrui. Ma se questo è vero, se cioè si accoglie la premessa di questo ragionamento, non si può allora negare che, in alcune circostanze, il legislatore possa essere costituzionalmente obbligato ad utilizzare lo strumento penale, laddove questo sia l'unico in grado di fornire una protezione efficace. Diversamente, rimarrebbero prive di tutela tutte quelle fattispecie in cui l'effettiva protezione dei diritti fondamentali non possa essere conseguita con mezzi più

dum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria, in *Quad. cost.*, 3, 2022, 525-551; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022; F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull'eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 95-128.

²³⁸ Cfr. considerato in diritto n. 5.3, dove la Corte osserva: «Non si tratta di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, non essendo quella ora indicata l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene della vita umana. Discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano».

²³⁹ M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum*, cit., 102. Il commento citato è stato pubblicato prima della decisione; tuttavia, le obiezioni ivi formulate si attagliano perfettamente alla posizione finale assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza. Obiezioni analoghe, peraltro, erano state formulate anche dai difensori del comitato promotore del referendum nel corso del giudizio di ammissibilità, e sono riportate al considerato in fatto n. 4.5 della sentenza.

²⁴⁰ V. l'opinione dissenziente del giudice Rupp-v. Brünneck e del giudice Dr. Simon, spec. punto 10, dove si afferma: «La nostra obiezione più forte è rivolta al fatto che, per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale, una decisione di valore oggettivo serve a postulare un dovere del legislatore di emanare norme penali, cioè la più forte violazione concepibile della libertà del cittadino. Ciò inverte la funzione dei diritti fondamentali. Se la decisione di valore oggettivo contenuta in una norma sui diritti fondamentali per la protezione di un certo bene giuridico dovesse essere sufficiente per ricavarne il dovere di punire, allora i diritti fondamentali potrebbero trasformarsi da rifugio per la protezione della libertà a base per una pletora di norme che limitano la libertà» (traduzione libera).

miti²⁴¹. Beninteso, il diritto penale è e resta l'ultima *ratio*, lo strumento più grave nella "cassetta degli attrezzi del legislatore"²⁴², per cui il suo utilizzo potrà ritenersi costituzionalmente necessario soltanto in casi estremi; nondimeno, escludere a priori che simili casi possano verificarsi significherebbe negare in radice l'esistenza di obblighi di protezione dei diritti fondamentali gravanti sullo Stato a norma della Costituzione²⁴³.

Quanto appena osservato ha trovato ulteriore conferma in un'altra recente sentenza della Corte costituzionale che, forse a causa della minore risonanza pubblica dell'argomento trattato, ha finora ricevuto limitata attenzione da parte della dottrina²⁴⁴, ma che invece, nella prospettiva di questo scritto, assume grande importanza, in quanto mostra il livello di penetrazione ormai raggiunto nel nostro ordinamento dalla teoria degli obblighi di protezione²⁴⁵. Nella fattispecie, la questione sottoposta alla Corte riguardava una norma recante la depenalizzazione del delitto di ingiuria, sospettata d'incostituzionalità per contrasto con il diritto all'onore di cui agli articoli 2, 3 e 117, primo comma Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 1 della CEDU). Nel dichiarare inammissibile la questione, la Corte costituzionale ha argomentato come segue:

«Dal riconoscimento di un diritto come "fondamentale" non discende, necessariamente e automaticamente, l'obbligo per l'ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali: tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il *doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi* possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella

²⁴¹ Cfr. in questo senso la risposta del *Bundesverfassungsgericht* all'obiezione sollevata nell'opinione dissenziente, al punto 134 della sentenza *Schwangerschaftsabbruch I*: «D'altra parte, l'obiezione secondo cui l'obbligo dello Stato di punire non può mai derivare da una norma sui diritti fondamentali che garantisce la libertà non regge. Se lo Stato è obbligato da una norma fondamentale vincolante a proteggere efficacemente un interesse giuridico particolarmente importante contro gli attacchi di terzi, spesso saranno inevitabili misure che incidono sulle libertà di altri titolari di diritti fondamentali. A questo proposito, la situazione giuridica non è sostanzialmente diversa quando si utilizzano mezzi di diritto sociale o civile rispetto all'emanazione di una disposizione penale. L'unica differenza sta nel grado di interferenza richiesto. Tuttavia, il legislatore deve risolvere il conflitto che ne deriva soppesando i due valori fondamentali o ambiti di libertà opposti, in conformità al sistema di valori costituzionale e nel rispetto del principio di proporzionalità dello Stato di diritto. Se l'obbligo di utilizzare i mezzi del diritto penale fosse generalmente negato, la protezione della vita da garantire sarebbe notevolmente limitata» (traduzione libera).

²⁴² Cfr. BVerGE, *Schwangerschaftsabbruch I*, cit., punto 133.

²⁴³ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2698, il quale osserva che «anche la scelta di *non punire* può avere una immediata incidenza sui diritti fondamentali *della vittima*, lasciandola priva di tutela - ciò che si verifica, in particolare, nei casi in cui gli strumenti di tutela extrapenale in teoria disponibili si rivelino in pratica del tutto ineffettivi [...]. Ed allora, dovrebbe apparire chiaro che vi può essere *arbitrio* del legislatore tanto nella scelta di punire come in quella di non punire; e che il *dovere di tutela dei diritti fondamentali*, che incombe sul legislatore per effetto tanto della Costituzione quanto delle carte internazionali, può spingere secondo casi nel senso di *vietare* il ricorso alla pena, così come nel senso di *importo* ogniqualvolta la sua tutela risulti *evidentemente necessaria* allo scopo» (enfasi in originale).

²⁴⁴ La vicenda è esaminata da C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *La Legislazione penale*, 2021; O.M. PALLOTTA, *Depenalizzazione dell'ingiuria e (obbligo di) protezione del diritto all'onore: riflessioni a margine di una questione di legittimità costituzionale*, in *MediaLaws*, 2, 2018.

²⁴⁵ Corte cost., sent. 6 marzo 2019, n. 37.

logica di ultima ratio della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei» (enfasi aggiunta)²⁴⁶.

Il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale in questo passaggio è di estremo interesse, perché riproduce gli elementi che, nelle esperienze comparate sopra analizzate, hanno costituito le premesse teorico-dogmatiche per l'affermazione della dottrina degli obblighi di protezione: a) il riconoscimento del dovere costituzionale dello Stato di proteggere i diritti fondamentali; b) l'obbligo del legislatore di adottare, a questo scopo, misure incidenti sui diritti fondamentali dei terzi; c) l'ampia discrezionalità spettante «di regola» al legislatore nella scelta delle misure da adottare; e d) la possibilità per il giudice costituzionale di intervenire laddove il legislatore non assicuri il livello minimo di tutela costituzionalmente necessario.

8. Conclusioni

L'itinerario storico-comparativo percorso nei precedenti paragrafi ha mostrato come la teoria degli obblighi di protezione, coniata in Germania intorno alla metà degli anni '70 e successivamente adottata a livello sovranazionale dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia infine penetrata anche nell'ordinamento italiano, trovando emersione in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale.

Soltanto il tempo potrà stabilire se queste sentenze siano episodi isolati o rappresentino la prima pagina di un nuovo capitolo del diritto costituzionale italiano. Benché infatti le pronunce analizzate mostrino una spiccata familiarità del giudice costituzionale con i presupposti teorico-concettuali della dottrina degli obblighi di protezione, permangono ancora, nel nostro ordinamento, diversi ostacoli di ordine pratico-procedurale capaci di limitarne una piena affermazione. In particolare, la perdurante assenza di rimedi efficaci contro le omissioni legislative sembra limitare, allo stato attuale, la capacità del giudice costituzionale di rilevare l'inadempimento degli obblighi di protezione alle sole ipotesi di abrogazione (legislativa o referendaria) di una normativa protettiva preesistente. In questo senso, non va trascurato che alcune delle decisioni citate sono state adottate nell'ambito di giudizi di ammissibilità del referendum abrogativo, ovvero di giudizi che presentano caratteri *sui generis* nel sistema italiano di giusti-

²⁴⁶ Ivi, considerato in diritto n. 7.3. Nella fattispecie, la Corte ha rilevato l'inesistenza, in relazione al diritto all'onore, di «obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale, che limitino la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle modalità della sua tutela». Di conseguenza, ha affermato che tale tutela «ben potrà restare affidata – oltre che ai tradizionali rimedi aquiliani – a sanzioni pecuniarie di carattere civile, come quelle apprestate dal decreto legislativo n. 7 del 2016, sulla base di scelte non censurabili da parte di questa Corte». Ciò nondimeno, il ragionamento seguito dalla Corte nel passaggio sopra riportato mostra come, in linea generale, la Corte non abbia escluso la possibilità di rilevare, in altri casi, un obbligo costituzionale (o sovranazionale) di incriminazione e, se del caso, di rimediare all'inadempimento del legislatore, ripristinando la norma incriminatrice illegittimamente abrogata.

zia costituzionale, essendo da molti considerati una singolare ipotesi di giudizio di costituzionalità preventivo e astratto²⁴⁷. Per contro, rimane da vedere quale sarebbe l'esito se simili questioni fossero sollevate nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ossia in un giudizio successivo e concreto, per la cui ammissibilità è richiesta la rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio *a quo*. In questi casi, infatti, sorge la difficoltà di conciliare l'esigenza di garantire i diritti fondamentali di segno positivo con l'impossibilità, in linea di principio, di istituire nuovi obblighi o limitazioni a carico dei privati per via giurisprudenziale, in assenza della necessaria intermediazione legislativa²⁴⁸. Ciò si traduce in un diverso atteggiamento della Corte costituzionale, la quale – specialmente (ma non solo) in materia penale – si mostra generalmente riluttante ad adottare sentenze manipolative *in malam partem*, in ossequio al principio di legalità²⁴⁹.

Ciò detto, tuttavia, quel che sembra emergere dalle sentenze sopra citate, e che questo lavoro ha cercato di dimostrare, è che i concetti alla base della teoria tedesca degli obblighi di protezione non sono (più) estranei alla nostra tradizione costituzionale, ma ne sono ormai entrati a far parte, anche per il tramite della giurisprudenza della Corte EDU, e sono presumibilmente destinati a rimanervi²⁵⁰. Forse è dunque giunto il momento di incominciare a fare i conti con questa nuova categoria concettuale, anche attingendo all'esperienza comparata, al fine di addivenire ad una migliore comprensione del nostro ordinamento costituzionale nella sua concreta evoluzione.

²⁴⁷ La natura giuridica del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo è questione tuttora controversa in dottrina. A partire da quando la sentenza n. 16 del 1978 ha esteso le cause di inammissibilità oltre quelle enumerate dall'art. 75 Cost., questo giudizio ha assunto, secondo parte della dottrina, connotati tali da farlo assomigliare ad un giudizio preventivo e astratto di legittimità costituzionale della normativa di risulta. In questo senso, v. *ex multis* M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 523-524; A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 228 ss.; P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, 153-155. Per una dettagliata esposizione delle principali questioni problematiche che circondano tuttora l'istituto, v. la recente analisi di C. CARUSO, *La ragione referendaria e i suoi giudici*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 114-138.

²⁴⁸ Sul punto, v. in dottrina A. PACE, *Problematica*, cit., 16.

²⁴⁹ Questo principio, tuttavia, conosce delle eccezioni, tra cui figurano le ipotesi nelle quali sussista un «obbligo sovranazionale di penalizzazione»: in simili casi, invero, la Corte costituzionale si ritiene legittimata a pronunciare sentenze aventi l'effetto di estendere l'area del penalmente rilevante (Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32). Sul tema v. in dottrina F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2677 ss., il quale rileva che il principio della riserva di legge in materia penale non può essere opposto in funzione di contro-limite alla piena espansione degli obblighi positivi derivanti dalla CEDU.

²⁵⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *ivi*, 2703. A conclusione del proprio saggio, l'Autore osserva: «Mentre a Roma si discute, dunque, la cittadella fortificata della riserva di legge (parlamentare e nazionale) sta per capitolare, o è ormai capitolata, di fronte all'assalto delle forze centripete che sempre più stanno espropriando il legislatore della propria discrezionalità in materia penale; ponendogli *limiti* non solo al potere di incriminare condotte e di punire i loro autori, ma anche alle sue prerogative di *non esercitare*, il potere punitivo, attraverso l'imposizione di *obblighi di criminalizzazione* (in astratto) e di *effettiva punizione* (nel caso concreto). E tutto ciò (anche) in una logica di tutela dei *diritti fondamentali* dell'individuo: tradizionalmente pensati in chiave di protezione contro gli abusi del potere punitivo statale, ma declinati ora dalle due Corti internazionali come ragioni che reclamano il suo *intervento*» (enfasi in originale).