



EDOARDO MAZZANTI

**GLI OBBLIGHI DI
CRIMINALIZZAZIONE NELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU**

UNIVERSITÀ DI TRIESTE, 7 NOVEMBRE 2025

Secondo una definizione attribuita a Christine van Den Wyngaert, i diritti umani non assolvono più soltanto la funzione di **protezione *dal* potere punitivo**, fungendo da **scudo**; essi, contestualmente, reclamano **protezione *mediante* il potere punitivo**, fungendo da **spada**.

«In short, human rights have both a **defensive** and an **offensive** role, a role of both **neutralizing** and **triggering** the Criminal Law.» [F. TULKENS]

«Nella prospettiva dell' 'arma a doppio taglio' della coercizione penale, anche la teoria dei *Grundrechte* acquista **una duplice valenza**.» [D. PULITANÒ]

Sommario

- (A) Introduzione: due universi in espansione**
- (B) Coordinate: la lotta all'impunità**
- (C) Gli obblighi di tutela penale nella giurisprudenza EDU**
- (D) La legittimazione della 'potestà punitiva convenzionale'**

(A) Introduzione

§ Espansione dei diritti umani

§ universalizzazione (DUDI, Patti NY)

§ proliferazione (crescita bisogni e titolari)

§ regionalizzazione (CoE, OSA, UA)

Al netto dell'evoluzione, i DU mantengono una funzione anti-maggioritaria e anti-statuale.

«[...] In this regard, the Court is, and must remain, mindful of the fact that to a large extent measures designed to combat climate change and its adverse effects require legislative action both in terms of the policy framework and in various sectoral fields. In a **democracy**, which is a fundamental feature of the European public order expressed in the Preamble to the Convention together with the principles of subsidiarity and shared responsibility [...] **such action thus necessarily depends on democratic decision-making. Judicial intervention, including by this Court, cannot replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and executive branches of government. However, democracy cannot be reduced to the will of the majority of the electorate and elected representatives, in disregard of the requirements of the rule of law. The remit of domestic courts and the Court is therefore complementary to those democratic processes. The task of the judiciary is to ensure the necessary oversight of compliance with legal requirements [...]**»
[**Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Svizzera (2024), § 411 s**]

§ Espansione del diritto penale

§ perdita selettività criteri
incriminazione (bene giuridico, *harm principle*, ascesa vittima)

§ formanti (legislativo, giudiziario)

§ contenuti (sicurezza, *penal welfarism*)

«Creazione di nuovi ‘beni giuridico-penali’, ampliamento degli spazi di rischio penalmente rilevanti, flessibilizzazione delle regole d'imputazione e relativizzazione dei principi politico-criminali di garanzia sarebbero aspetti di questa tendenza generale, alla quale bisogna fare riferimento con il termine ‘espansione’ [...] la caratteristica ‘fuga (selettiva) verso il diritto penale’ non è solo una questione di legislatori superficiali e frivoli, ma inizia ad avere una copertura ideologica che finora non aveva» [J.M. SILVA SANCHEZ]

«[...] il ‘**diritto penale *no-limits***’ dell’epoca attuale [...] non è solo frutto di un *trade-off* tra efficienza e garanzie con un saldo conclusivo a tutto scapito di queste, ma che è **un modello *altro* di diritto penale**, predisposto e proteso a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e dramatizzate, ed a realizzare – persino – una sorta di *class action* punitiva» [V. MANES]

(B) Coordinate: la lotta all'impunità

UN Updated Set of Principles to Combat Impunity (2005)

«'Impunity' means the impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of violations to account — whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings — since they are not subject to any inquiry that might lead to their being accused, arrested, tried and, if found guilty, sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims». **(Def. A)**

«As used in these principles, the phrase 'serious crimes under international law' encompasses grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of Additional Protocol I thereto of 1977 and other violations of international humanitarian law that are crimes under international law, genocide, crimes against humanity, and other violations of internationally protected human rights that are crimes under international law and/or which international law requires States to penalize, such as torture, enforced disappearance, extrajudicial execution, and slavery». **(Def. B)**

CoE Guidelines to Eradicate Impunity for Serious Human Rights Violations (2011)

«States are to combat impunity as a matter of **justice for the victims**, as a **deterrent** with respect to future human rights violations and in order to **uphold the rule of law and public trust** in the justice system» [I.3]

«[GL] are addressed to **States**, and cover the acts or omissions of states, including those carried out through **their agents**. They also cover states' obligations under the Convention to take positive action in respect of **non-state actors**. For the purposes of these guidelines, 'serious human rights violations' concern those acts **in respect of which states have an obligation under the Convention, and in the light of the Court's case-law, to enact CL provisions**» [II.2-3]

«In order to **avoid loopholes or legal gaps** contributing to impunity, States should take all necessary measures to comply with their obligations under the Convention to **adopt CL provisions to effectively punish** serious human rights violations through adequate penalties. These provisions should be applied by the appropriate executive and judicial authorities in a coherent and non-discriminatory manner. [...] States should elaborate policies and take practical measures to **prevent and combat an institutional culture** within their authorities which promotes impunity. Such measures should include [...] conducting a policy of zero-tolerance of serious human rights violation» [III.1, 3]

«Whether through the denial of adverse consequences or of their significance to justice, the correspondence between criminal prosecution and human rights has become **so ingrained** that expressing opposition to any particular international prosecution is sometimes seen as anti-human rights.» [K. ENGLE]

«By emphasizing the indispensability and progressive potential of criminal prosecution and punishment in response to mass violence, the struggle to end impunity has come to embody a number of **implicit assumptions** about how to think about mass violence. Collectively, these assumptions may be understood to form a **particular mindset** amongst their adherents. [...] the anti-impunity mindset **pervades the practices of international criminal courts**. Yet, once anti-impunity is characterized as a mindset comprised of a number of assumptions, it is possible to identify the **permeation** of anti-impunity thinking within justice mechanisms **beyond** the field of international criminal justice.» [B. SANDER]

§ Aspetti problematici

§ espansione incontrollata: «the range of goods and interests that the right to security can protect internationally is now **so extensive** that it could in theory be deployed to protect most things we want in life. This porous boundary to the right to security leaves open a **greater potential for political and state legitimization of coercive overreach** where the right is deployed.» [L. LAZARUS]

§ neo-retributivismo/simbolismo comunicativo: «[la vittima] non è titolare *solo* del diritto a non vedere violati propri diritti umani mediante il crimine, ma *anche* (ed è soprattutto questo che giustifica il suo ingresso nel trinomio che deve sostituire il precedente binomio) del **diritto secondario** — ma facente parte anch'esso dei diritti umani — **di vivere in una comunità in cui le violazioni del diritto sono prese sul serio**: e se lo Stato rifiuta di punire chi delinque, esprime *de facto* un'approvazione della sua condotta nella forma di un tacito sostegno, **mostrando simpatia per le sue ragioni, e con ciò violando l'obbligazione comunicativa verso la vittima**, di disapprovare con la massima intensità l'atteggiamento di chi viola i diritti umani» [G. FORNASARI]

§ logica binaria: «binary reductionism of CL's categorism of pure victim and ugly perpetrator» [M. DRUMBL]

§ unilateralismo/sbilanciamento: «Se habría pasado así de un 'derecho penal liberal', interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un '**derecho penal liberado**' de tales límites y controles que se orienta al combate de la criminalidad como cruzada contra el mal» [D.R. PASTOR]

§ individualizzazione: «In terms of responsibility, the focus is on individual perpetrators. Societies get off scot-free, and a handful of evildoers shoulder all the blame. **Broader systems are not challenged** and may well remain entirely intact. The distributions of resources and power are left untouched» [P. ALSTON]

—> **la tutela dei diritti umani mediante il diritto penale come problema**

«The question remains of **how best to address** the growing mismatch between the most pressing human rights challenges and the institutional responses being prioritized by the international community. The first step is to acknowledge that **there is a problem.**» [P. ALSTON]

«Contrapponendosi all'idea di obblighi formali di penalizzazione, il principio di legalità mantiene il problema della coercizione come **problema aperto politicamente e razionalmente**, secondo l'originaria logica illuministica. **L'apertura politica** sviluppa le esigenze liberali, specificamente connesse al **controllo sull'arma più penetrante** di cui lo stato di diritto dispone. **L'apertura razionale** è quella di **un confronto sulle ragioni della tutela penale, libero da vincoli esterni**: fondazione di necessità di tutela storicamente determinate, piuttosto che adempimento notarile di obblighi, ancorché definiti di attuazione costituzionale.» [D. PULITANÒ]

(C) Gli obblighi di tutela penale nella giurisprudenza EDU

§ Leading case: *X e Y c. Paesi Bassi* (1985)

«The Court of Appeal did not feel able to fill this gap in the law by means of a broad interpretation to the detriment of Mr. B. It is in no way the task of the European Court of Human Rights to take the place of the competent national courts in the interpretation of domestic law [...]; it regards it as established that in the case in question criminal proceedings could not be instituted on the basis of [...].» (§ 29)

«The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated.» (§ 27)

‘Potestà punitiva’ in senso lato [G. VASSALLI]
quanto a:

(I) oggetti (**artt. 2, 3, 4, 8, 14**);

(II) soggetti (legislatore, giudice, forze polizia);

(III) momenti (obblighi sostanziali e procedurali)

Obblighi sostanziali (o ex-ante)

«This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual» (**Opuz c. Turchia (2009), § 128**).

§ obblighi di incriminazione (ad es., **Siliadin c. Francia (2005); Cestaro c. Italia (2015)**);

§ obblighi di regolamentazione (ad es., **Makaratzis c. Grecia (2004); O'Keefee c. Irlanda (2014)**);

§ obblighi di protezione (ad es., **Osman c. Regno Unito (1998); Opuz**).

Obblighi procedurali (o ex-post)

«[...] the judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies **certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied** [...]. In such cases, the competent authorities must act with exemplary **diligence and promptness** and must of **their own motion** initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, **identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue**. That said, the requirements of Article 2 go beyond the stage of the official investigation, where this has led to the institution of proceedings in the national courts: **the proceedings as a whole, including the trial stage, must satisfy the requirements of the positive obligation to protect lives through the law.**» (**Öneryildiz c. Turchia (2004), § 94 s**).

§ obblighi di **investigazione/accertamento** (ad es., **Rantsev c. Cipro e Russia (2010); Ashlakanova c. Russia (2012)**);

§ obblighi di **interpretazione/contestazione** (ad es., **Öneryildiz; Chowdury c. Grecia (2017)**);

§ obblighi di **punizione** (ad es., **Gäfgen c. Germania (2010); M.S. c. Italia (2022)**).

(D) La legittimazione della 'potestà punitiva convenzionale' (PPC)

In quanto organo internazionale, la CtEDU esercita una *vis directiva*, la quale presuppone: «(a) colui che la esercita deve essere molto **autorevole**, cioè deve incutere se non timore reverenziale almeno rispetto; (b) colui che la subisce deve essere molto **ragionevole**, cioè deve avere una disposizione generale a considerare come validi non solo gli argomenti della forza ma anche quelli della ragione». [N. BOBBIO]

La legittimazione della PPC va misurata al metro dei **principi fondamentali**, interrogandosi su:

- (I) *chi*** la esercita;
- (II) *come*** la esercita;
- (III) *a quale fine*** la esercita.

(I) Principio di legalità

§ Istanza istituzionale

«[...] il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25 co. 2 Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale». (**Corte cost., n. 24/2017, § 5**)

Critica: CtEDU decide caso per caso.

Possibile replica: § vocazione generalizzante giurisprudenza EDU; § giurisprudenza EDU indirizzata alla prassi statale nell'insieme.

§ Istanza rappresentativa

«[...] l'art. 25 co. 2 Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili». (**Corte cost., n. 189/2019, § 9.4**)

Critica: CtEDU esclusa da circuito democratico.

Possibile replica: naturale funzione anti-maggioritaria dei DU.

(II) Limiti sostanziali alle scelte incriminatrici

«Il diritto penale è sistema che, nell'atto in cui autorizza la difesa sociale attraverso le sanzioni più gravi per la libertà e dignità umana, limita la difesa stessa attraverso precise, puntuali determinazioni di scopi, modalità e contenuti di fattispecie. Il diritto penale è, particolarmente (e la Costituzione lo svela all'evidenza) sistema di limiti sostanziali al legislatore; ed è mirato, soprattutto, al rispetto di questi ultimi il monopolio statale nella produzione della legge penale, la riserva di legge penale. [...] Vanno, inoltre, particolarmente ricordati, a proposito di limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti, quanto meno, direttive di politica criminale».
(Corte cost., n. 489/1987, § 5)

Critica: § rovesciamento sussidiarietà; § selezione imprevedibile dei casi.

—> tutti e tre i principi rischiano di uscire compromessi:

§ frammentarietà: ad es., **Volodina c. Russia (2019)**;

§ proporzionalità: ad es., **K.U. c. Finlandia (2009)**;

§ sussidiarietà: ad es., **Sinim c. Turchia (2017)**.

(III) Finalità della pena

«[...] per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al **principio rieducativo**, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. [...] L'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo **contenuto ontologico**, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». (**Corte cost., n. 313/1990, § 5**).

Critica:

§ ridimensionamento della polifunzionalità (ad es., **Öneryildiz**);

§ ridimensionamento della finalità rieducativa (ad es., **Maiorano c. Italia (2009)**);

§ contaminazione di ambiti diversi (ad es., **Sanchez-Sanchez c. Regno Unito (2022)**).

Come aumentare la legittimazione della PPC?

§ struttura della decisione maggiormente articolata

§ ridefinizione del contenuto

§ riforme istituzionali

Grazie per l'attenzione!

edoardo.mazzanti@unimc.it