

ROBERTO CHENAL

La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*

ENGLISH TITLE

The Definition of the Notion of *Vulnerability* and the Protection of Fundamental Rights

ABSTRACT

The concept of vulnerability is increasingly being incorporated in the case-law of the European Court of Human Rights. This article is not aimed at providing a descriptive overview of the cases in which such a concept has been addressed by the Court, with a view to reconstructing its definition, nor is it aimed at reconceptualising, from a normative standpoint, the content of the notion of vulnerability as it emerges from the Court's case-law. Rather, the article first seeks to investigate whether it is possible to define the notion of vulnerability in an abstract sense and then to delineate a definitional model which, departing from mandatory definitions and open definitions, is instead grounded on presumptions.

KEYWORDS

Vulnerability – Definition – European Court of Human Rights – Balancing – Presumptions.

1. INTRODUZIONE

La nozione di vulnerabilità ricorre sempre più spesso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo («Corte»). Tuttavia, il testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Convenzione») non la menziona e non è possibile trovarne una definizione nella giurisprudenza della Corte. Solo di rado sono esplicitati i criteri utilizzati per qualificare un soggetto o un gruppo come vulnerabile.

* Le opinioni espresse dall'autore sono personali e non riflettono necessariamente quelle dell'istituzione di appartenenza. Un ringraziamento particolarmente sentito ad Adriana Caravelli per l'approfondita attività di ricerca e per le preziose osservazioni sulle bozze del lavoro. Si ringraziano anche i referee anonimi, Baldassare Pastore, Alessia Fusco, Maria Giulia Bernardini, Marta Ferrara e Irene Biglino per le utili indicazioni e commenti.

Scopo di questo articolo non è quello di effettuare, sul piano descrittivo, una riconoscenza dei casi in cui tale nozione è stata utilizzata dalla Corte al fine di ricostruirne la definizione in ambito convenzionale, né quello di riconcettualizzare, sul piano prescrittivo, il contenuto della nozione di vulnerabilità alla luce della giurisprudenza europea. Piuttosto, si intende verificare se nel quadro costituzionale italiano, di cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è parte¹, è possibile definire astrattamente la nozione di vulnerabilità (§ 2). Dopo aver risposto negativamente a questa domanda (§ 2.2.), si cercherà di individuare, sul piano metodologico, i tratti caratteristici di tale nozione in una prospettiva legata ad un ragionamento per principi e fondata sulla centralità dei diritti fondamentali, dedicando particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte europea (parte III). Infine, a partire da questa prospettiva si proporrà un modello di definizione che, allontanandosi da una definizione tassativa (§ 2.2.1.) e aperta (§ 2.2.2.), si struttura su presunzioni (§ 4).

2. LA DEFINIZIONE DI VULNERABILITÀ SUL PIANO LEGISLATIVO

La questione che qui si pone non è tanto quella di sapere se sia desiderabile o ragionevole prevedere sul piano legislativo² una definizione della nozione di vulnerabilità, quanto piuttosto se sia in assoluto possibile procedervi da parte del legislatore. A tale domanda si cercherà di dare una risposta alla luce del contesto in cui tale intervento legislativo potrebbe avvenire, ossia nel quadro giuridico costituzionale-convenzionale italiano.

È importante precisare che il problema così individuato si colloca su un piano che precede quello relativo alla possibilità di interpretare in astratto la nozione di vulnerabilità, prescindendo dalla sua applicazione nel caso concreto. Tuttavia, gli argomenti che qui si espongono, contrari alla possibilità di *definire da parte del legislatore* la nozione di vulnerabilità nei termini di seguito specificati, si applicano *a fortiori* alla possibilità di *interpretare* tale nozione in astratto.

1. La Cedu è parte integrante del diritto positivo italiano attraverso la legge di ratifica, legge 4 agosto 1955, n. 848 e l'art. 117 Cost. così come interpretato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Allo stato attuale del diritto positivo italiano e tralasciando il dibattito relativo ai rapporti tra diritto interno, Cedu e rispetto dei vincoli derivanti dal diritto internazionale, la Cedu costituisce una norma di rango subcostituzionale. Tutte le autorità pubbliche nazionali hanno l'obbligo di conformare la loro azione ai parametri convenzionali. Tra queste, il giudice ha l'obbligo di effettuare un'interpretazione conforme alla Cedu e nel caso in cui non sia possibile risolvere in via interpretativa il contrasto tra la norma interna e la Cedu in ragione dei limiti posti dalla lettera della disposizione da applicare, egli deve sollevare questione di legittimità costituzionale.

2. Si intendono per *legislativi* gli atti di produzione normativa sia nazionale che dell'Unione europea.

*2.1. Si può definire la nozione di vulnerabilità
a prescindere dallo scopo per il quale tale nozione è utilizzata?*

Una prima questione da esaminare riguarda la possibilità di definire e quindi assegnare un contenuto in astratto alla nozione di vulnerabilità prescindendo dalle conseguenze giuridiche che la sua eventuale applicazione comporta. Tale nozione svolge infatti funzioni diverse a seconda del contesto nel quale viene utilizzata.

Stabilire una definizione in astratto significa innanzitutto selezionare i soggetti o i gruppi di soggetti che rientrano in tale categoria. Se la definizione non è normativamente collegata allo scopo per il quale è utilizzata, i rischi in termini di tutela dei diritti sono evidenti, in particolar modo, se si tiene presente che la qualificazione di un soggetto come vulnerabile non porta necessariamente all'ampliamento della tutela dei suoi diritti. La nozione di vulnerabilità può essere infatti utilizzata per ridurne la portata e il grado di tutela.

A questo proposito, si può ricordare, ad esempio, il caso portato davanti alla Corte di un uomo affetto da disabilità mentale nei confronti del quale era stato nominato un tutore, cui era stata chiesta l'autorizzazione per cambiare luogo di residenza. Di fronte al rifiuto del tutore, il ricorrente aveva fatto ricorso al fine di ottenere non solo il cambio di residenza ma anche la sostituzione del tutore. I tribunali interni, dopo averlo considerato come soggetto vulnerabile, avevano rigettato la domanda fondandosi sul principio del «*best interest*» del ricorrente. Ed è proprio questo approccio ad essere stato tacciato di «*paternalismo*» dal ricorrente e da parte dei terzi intervenienti, i quali hanno addotto in sostanza che la presunta vulnerabilità non poteva essere utilizzata al fine di limitare il diritto all'autodeterminazione del ricorrente. A loro parere, il modello del «*best interest*», che pone l'accento sul carattere vulnerabile del soggetto, dovrebbe essere sostituito dall'approccio del «*supported decision-making*»³ che, al contrario, valorizza l'autonomia della persona. In questo caso, l'aver caratterizzato il ricorrente come vulnerabile non ha comportato un'estensione della tutela dei suoi diritti ma una loro limitazione.

Il caso *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* riguarda la legittimità della decisione delle autorità di accogliere i bambini Rom in classi separate. La Corte ha ritenuto che il consenso prestato dai genitori non potesse considerarsi come una rinuncia consapevole al diritto a che i loro figli non venissero discriminati e ciò perché non era certo che i genitori stessi, «*who were members of a disadvantaged community and often poorly educated, were capable of weighing up all the*

3. A.—*M.V. c. Finlandia*, n. 53251/13, 23 marzo 2017.

aspects of the situation and the consequences of giving their consent»⁴. Presa fuori contesto, una simile affermazione potrebbe costituire una stereotipizzazione della comunità Rom. Se la Corte avesse qualificato come vulnerabili i membri della comunità Rom su queste basi al fine di restringere, «nel loro interesse», la portata dei loro diritti, si sarebbe trattato senz’altro di un atteggiamento di stampo paternalistico non condivisibile. Tuttavia, nel caso concreto, l’utilizzo di questa categoria potrebbe considerarsi accettabile, in quanto la Corte ha messo in evidenza il carattere *disadvantaged* al fine di garantire un più ampio livello di tutela.

In un altro caso, la Corte europea ha ad esempio stabilito che, così come è doveroso che l’ordinamento prenda in considerazione il carattere vulnerabile del minore al fine di caratterizzare come trattamenti degradanti atti che, se commessi nei confronti di un adulto, sarebbero tutt’al più considerati come una limitazione del diritto alla vita privata ai sensi dell’art. 8 Cedu⁵; allo stesso modo ha affermato che sarebbe illegittima la negazione del diritto del minore ad essere ascoltato e a poter esprimere la sua preferenza in relazione al suo affidamento in caso di separazione dei genitori⁶. In questo caso, infatti, l’ordinamento, lungi dal ritenere per definizione il minore vulnerabile, e quindi incapace di adottare autonomamente certe scelte, è tenuto a riconoscergli un certo grado di autonomia e quindi a tutelare il suo diritto all’autodeterminazione. La Corte ha dunque adottato un duplice approccio nello stesso caso, valorizzando da una parte il carattere vulnerabile del minore al fine di qualificare come trattamenti degradanti, ai sensi dell’art. 3 Cedu, gli atti aggressivi e violenti del padre e dall’altra il diritto alla tutela dell’autonomia nel quadro del procedimento per l’affidamento.

Dall’esame di queste sentenze sembrano potersi trarre due prime conclusioni. In primo luogo, la definizione della nozione di vulnerabilità non può prescindere dal contesto in cui si vuole applicare. In caso contrario, si darebbe esclusiva rilevanza al mero atto di volontà del legislatore di considerare certe categorie di soggetti come vulnerabili in assenza di una qualunque valutazione circa l’impatto di tale decisione sulla tutela dei loro diritti fondamentali. In secondo luogo, l’ipotesi che si possa conferire alla nozione di vulnerabilità una definizione coerente e unitaria rispetto all’intero ordinamento sarebbe da rigettare. È quindi doveroso ritenere che il suo contenuto possa mutare in funzione del contesto in cui tale nozione entra in gioco. Si pone a questo punto l’ulteriore questione relativa alla possibilità di definire la nozione in esame in un contesto normativo specifico, prescindendo dalla sua applicazione in un caso concreto.

4. *D.H. e altri c. Repubblica ceca*, GC, n. 57325/00, 13 novembre 2007.

5. *M. e M. c. Croazia*, n. 10161/13, 3 settembre 2015, § 135.

6. *Ibid.*

2.2. Modelli di definizione e loro legittimità

Definire per via legislativa la nozione di vulnerabilità significa delimitare, in via preventiva, la tipologia di soggetti che possono essere considerati vulnerabili, sia qualificando esplicitamente come tali alcune categorie sia individuando i criteri sostanziali per effettuare tale qualificazione nel caso concreto. In questo modo si delimita *a priori* e in astratto la platea di soggetti che possono godere o subire le conseguenze giuridiche che derivano dall'applicazione di tale nozione.

Qui di seguito saranno dapprima prese in esame le definizioni tassative (II.B.1); quindi le definizioni aperte (II.B.2) e infine sarà verificata la loro legittimità in relazione ad un ragionamento per principi che vede porre al centro del sistema giuridico i diritti fondamentali (II.B.3).

2.2.1. La definizione tassativa di vulnerabilità

Si possono distinguere due ipotesi di definizione tassativa che saranno qui di seguito esaminate: quella di natura formale (*a*) e quella sostanziale (*b*).

a) Definizione formale

Definire in termini formali consiste, perlomeno secondo un'ottica convenzionale, nel ritenere vulnerabile un soggetto sul mero presupposto che l'ordinamento lo qualifichi come tale in assenza di qualunque riferimento a criteri di natura sostanziale. È l'ipotesi, ad esempio, della definizione per categorie tassative. Si potrebbe stabilire in astratto che la vulnerabilità è propria di alcune (e solo quelle) categorie di soggetti, quali ad esempio le donne, gli immigrati, i disabili, i minori, o di gruppi, quali le minoranze etniche o religiose. La selezione tassativa di categorie di persone sembrerebbe poter rientrare a pieno titolo nel legittimo esercizio della discrezionalità che è propria del legislatore in base al principio democratico.

Tuttavia, in un sistema fondato sui principi costituzionali-convenzionali caratterizzato dalla centralità dei diritti fondamentali, i quali, per loro natura, costituiscono un limite alle scelte del potere politico, una simile opzione di tecnica legislativa non può considerarsi accettabile. La selezione preventiva delle persone da parte del legislatore incorrerà necessariamente in due problemi: quello della sottoinclusione e quello della sovrainclusione.

Nel primo caso, tutti i soggetti che non rientrano nelle categorie predeterminate dal legislatore sarebbero private *a priori* della maggiore protezione che invece potrebbe essere richiesta dalla tutela effettiva dei diritti fondamentali. Se si tiene a mente l'elenco sopra esposto, ne sarebbero ad esempio esclusi i detenuti, che la Corte europea considera spesso in situazione di vulnerabilità⁷,

7. *Tomasi c. Francia*, n. 12850/87, 27 agosto 1992; *Salman c. Turchia*, GC, n. 21986/93, 27

i soggetti affetti da Hiv⁸, e soggetti che pur non essendo di norma considerati tali, possono esserlo alla luce delle circostanze specifiche, quali i giornalisti⁹ e i locatari¹⁰. Infine, allo stesso modo, ne sarebbe escluso un soggetto arrestato qualche settimana dopo essere diventato maggiorenne, il quale è stato invece considerato come soggetto vulnerabile dalla Corte. In questo caso, infatti, è stato ritenuto che nonostante la maggiore età, le ragioni che giustificano un trattamento speciale per i minorenni, quali il livello di maturità o le capacità intellettive ed emozionali degli stessi, non cessino in modo automatico e immediato al compimento della maggiore età. Per questo motivo, le considerazioni basate su tali fattori, pur perdendo importanza con il passare del tempo, possono mantenere almeno in parte la loro rilevanza anche dopo il diciottesimo anno di età¹¹.

Inoltre, una disposizione che si limita a menzionare alcune categorie e non altre risulterebbe arbitraria, in quanto non fondata su nessun altro criterio sostanziale se non quello del rispetto del principio democratico. Qualunque considerazione fondata sui diritti fondamentali sarebbe esclusa *a priori*.

Nel caso della sovrainclusione, vengono qualificati come vulnerabili soggetti che, a seconda delle circostanze, non si dovrebbe o non sarebbe necessario considerare come tali. È il caso, ad esempio, della donna, del detenuto o del minore. In diverse occasioni la Corte ha ritenuto che il o la ricorrente, pur rientrando in principio in una categoria talvolta associata a soggetti vulnerabili, non fosse da considerarsi come tale alla luce delle circostanze concrete del caso.

In *Valiulienė c. Lituania*¹², ad esempio, la Corte europea, escludendo qualunque tipo di automatismo, ha rigettato la tesi della ricorrente la quale aveva sostenuto che, essendo stata vittima di atti di violenza domestica, in quanto donna, farebbe parte di un gruppo di individui vulnerabili, e ciò le conferirebbe un grado più elevato di protezione da parte dello Stato¹³. Nel caso *Opuz c. Turchia*, la Corte ha riconosciuto la «vulnerabilità delle donne nel milieu sociale del sud-est della Turchia». Infatti, anche quando si tratta di un gruppo e non di un soggetto, la Corte, a volte esplicitamente a volte implicita-

giugno 2000; *Torreggiani e altri c. Italia*, nn. 43517/09 35315/10 37818/10..., 8 gennaio 2013; *Cirino e Renne c. Italia*, nn. 2539/13 4705/13, 26 ottobre 2017.

8. *Kiyutin c. Russia*, n. 2700/10, 10 marzo 2011; *Novruk e altri c. Russia*, n. 48511/11, 15 marzo 2016.

9. *Gongadze c. Ucraina*, n. 34056/02, 8 novembre 2005; *Gazeta Ukraina-Tsentr c. Ucraina*, n. 16695/04, 15 luglio 2010.

10. *Berger-Krall e altri c. Slovenia*, n. 14717/04, 12 giugno 2014.

11. *Martin c. Estonia*, n. 35985/09, 30 maggio 2013.

12. *Valiulienė c. Lituania*, n. 33234/07, 26 marzo 2013.

13. *Valiulienė*, cit., § 51.

mente, circoscrive l'affermazione a un contesto specifico¹⁴. Nel caso *A. c. Croazia*, invece, la Corte non ha considerato le donne né in quanto tali, né in quanto vittime di violenza domestica come necessariamente vulnerabili¹⁵. In maniera del tutto simile, si può supporre che, così come la Corte ha ritenuto vulnerabili le persone affette da Hiv nel contesto russo¹⁶, non perverrebbe necessariamente alla stessa conclusione in relazione ad altri Stati. E ancora, la Corte ha rigettato la qualifica di vulnerabile nei confronti di un immigrato non richiedente asilo detenuto in un Centro di soccorso e prima accoglienza¹⁷.

Il fenomeno della sovrainclusione non comporta soltanto il rischio di accordare un grado di tutela superiore in modo ingiustificato sul terreno dei diritti fondamentali. La Corte è infatti critica nei confronti del ricorso alle categorie, soprattutto qualora vengano utilizzate al fine di restringere i diritti della persona che si afferma di voler proteggere. Spesso ragionare di vulnerabilità in termini di categorie conduce a una stereotipizzazione dei soggetti che vi rientrano. La Corte è esplicitamente contraria alla «*legislative stereotyping*» che impedisce una valutazione individualizzata delle capacità e dei bisogni di ciascuna persona¹⁸. Nel caso *A.—M.V. c. Finlandia*, già menzionato, la Corte ha ritenuto che la decisione del tutore di non permettere alla persona disabile di cambiare residenza fosse legittima solo ed esclusivamente in quanto

the impugned decision was taken in the context of a mentor arrangement that had been based on, and tailored to, the specific individual circumstances of the applicant, and that the impugned decision was reached on the basis of a concrete and careful consideration of all the relevant aspects of the particular situation. In essence, the decision was not based on a qualification of the applicant as a person with a disability. Instead, the decision was based on the finding that, in this particular case, the disability was of a kind that, in terms of its effects on the applicant's cognitive skills, rendered the applicant unable to adequately understand the significance and the implications of the specific decision he wished to take, and that therefore, the applicant's well-being and interests required that the mentor arrangement be maintained¹⁹.

Si noti qui che la Corte ha ammesso la legittimità della decisione proprio sul presupposto che non si era fondata sulla mera appartenenza del ricorrente ad una categoria considerata in astratto vulnerabile.

14. *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02, 9 giugno 2009.

15. *A. c. Croazia*, n. 55164/08, 14 ottobre 2010.

16. *Kozhokar c. Russia*, n. 33099/08, 16 dicembre 2010; *Kiyutin*, cit., *Novruk e altri*, cit.

17. *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

18. *Alajos Kiss c. Ungheria*, n. 38832/06, § 42, 20 maggio 2010.

19. *A.—M.V.*, cit., §89.

Dall’analisi di queste sentenze si può quindi ragionevolmente affermare che, partendo da un approccio fondato sulla tutela dei diritti fondamentali, non è consentito assegnare in astratto la qualifica di vulnerabile a un soggetto o un gruppo di soggetti secondo categorie previste «per legge». Simile valutazione deve basarsi necessariamente sull’esame delle circostanze del caso concreto.

b) Definizione sostanziale

La nozione di vulnerabilità potrebbe essere individuata secondo una definizione sostanziale, ossia attraverso l’identificazione degli elementi essenziali o proprietà che un soggetto o gruppo di persone devono possedere²⁰ per poter essere considerate vulnerabili. Si potrebbe ipotizzare di considerare come tali i soggetti che si trovano in una situazione di dipendenza, quali ad esempio coloro che sono privati della libertà personale o affidati alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza di altre persone. Questo criterio sarebbe sufficientemente ampio per includere, ad esempio, i detenuti, i disabili o i minori. Tuttavia, si ripropongono gli stessi problemi in cui si incorre attraverso una definizione formale. Infatti, resterebbero escluse innumerevoli altre situazioni che non rispondono al criterio della «dipendenza» nei confronti di altri soggetti intesa nei termini sopra citati. Si pensi ai casi seguenti²¹: *i disoccupati in cerca di lavoro*²²; *le vittime di un terremoto*²³; *gli ostaggi*²⁴; *l’accusato durante le indagini preliminari*²⁵. Allo stesso tempo, così come emerge dai casi citati in precedenza, il fatto che una persona sia soggetta alla vigilanza o alla cura di un’altra persona non significa che di per sé debba essere considerato un soggetto vulnerabile alla luce del caso concreto.

Ancora una volta, quindi, qualunque criterio sostanziale inteso in termini tassativi proposto dal legislatore risulterebbe allo stesso tempo eccessivamente restrittivo e ampio.

c) Sull’inadeguatezza di una definizione tassativa di vulnerabilità

Entrambi gli scenari (definizione tassativa formale e sostanziale) sono

20. Come si vedrà in seguito, potrebbe anche trattarsi di una situazione nella quale si trova il soggetto, non necessariamente una sua qualità intrinseca.

21. Tali categorie potrebbero rientrare nella nozione di dipendenza solo interpretandola in maniera talmente ampia da ricoprendere tutti coloro che hanno necessità di una tutela rafforzata. Questa definizione, tuttavia, non è condivisibile in quanto da una parte è talmente ampia da risultare una formula priva di carattere prescrittivo autonomo, e dall’altra è priva di qualunque aderenza al dato «positivo», e in particolare alla giurisprudenza della Corte.

22. *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*, GC, nn. 52562/99 52620/99, 11 gennaio 2006.

23. *M. Özel e altri c. Turchia*, nn. 14350/05 15245/05 16051/05, 17 novembre 2015.

24. *Finogenov e altri c. Russia*, n. 18299/03, 20 dicembre 2011; *Tagayeva e altri c. Russia*, nn. 26562/07 14755/08 49339/08..., 13 aprile 2017.

25. *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, GC, nn. 50541/08 50571/08 50573/08..., 13 settembre 2016, § 253.

caratterizzati dal seguente aspetto: impediscono la valutazione del caso concreto al fine di assegnare la qualifica di vulnerabile a un soggetto in base alle sue qualità e alle circostanze nelle quali tali qualità entrano in gioco²⁶. Attraverso le definizioni tassative prevale così la mera volontà del legislatore a prescindere da qualunque valutazione in termini di tutela dei diritti delle persone interessate.

In un ordinamento come quello italiano in cui la centralità dei diritti è stata «costituzionalizzata» attraverso l'integrazione della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea, le regole devono invece cedere necessariamente il passo rispetto ai principi. Se un ragionamento fondato sui diritti richiede di valutare un soggetto come vulnerabile in quanto bisognoso di una tutela maggiore, il giudice sarà costretto alternativamente a forzare, nei limiti che gli sono consentiti, l'interpretazione letterale o a sollevare questione di legittimità costituzionale ogniqualvolta la legge non preveda l'inclusione di quel soggetto tra le categorie che riterrà bisognose di tutela.

2.2.2. La definizione aperta di vulnerabilità

Le ipotesi esaminate finora, la definizione per categorie o per criteri sostanziali, sono state analizzate presupponendo il carattere tassativo delle disposizioni legislative in cui la vulnerabilità è richiamata. Un accenno deve essere fatto alle ipotesi di definizione con clausole aperte.

Si prenda a titolo di esempio il “Progetto di articoli in materia di espulsione degli stranieri” della Commissione del diritto internazionale (A/RES/69/119 del 10 dicembre 2014) il cui art. 15 stabilisce che

I bambini, gli anziani, le persone con disabilità, le donne incinte ed altre persone vulnerabili oggetto di una espulsione devono essere considerate come tali e devono essere trattate e protette tenendo debitamente conto della loro vulnerabilità.

Supponendo che si abbia a che fare con una disposizione immediatamente applicabile, che funzione svolge un tipo di disposizione così strutturata? Da una parte essa soffre del carattere della sovrainclusione di cui si è già trattato *supra* (al quale si aggiungono i problemi interpretativi legati al carattere a sua volta vago di alcuni termini, quali ad esempio gli anziani), dall'altra apre la strada, con l'utilizzo dell'espressione «altre persone vulnerabili»²⁷, a una valu-

26. Con tale affermazione non si vuole sostenere che la definizione fondata su criteri sostanziali non permetta di valutare nel caso concreto se tali criteri siano applicabili, ma unicamente sottolineare che il giudice non è libero di considerare, caso per caso, giuridicamente rilevanti criteri che non siano compresi tra quelli astrattamente stabiliti dal legislatore.

27. Si veda anche la formulazione della definizione per categorie non tassative all'art. 21 della

tazione caso per caso di tutte le altre ipotesi di vulnerabilità. Tale espressione rappresenta una formula vuota, incapace di imporre vincoli al potere interpretativo del giudice.

Questa modalità di definizione risulta quindi contemporaneamente eccessivamente rigida ed eccessivamente ampia: nel primo caso rischia di essere considerata illegittima, nel secondo non svolge alcuna funzione prescrittiva.

2.2.3. La legittimità delle definizioni alla luce degli obblighi procedurali

Si pone a questo punto la necessità di verificare la legittimità delle due tipologie di definizioni esaminate alla luce della giurisprudenza della Corte europea.

Per quanto riguarda le definizioni tassative, ci si deve chiedere, innanzitutto, se è possibile prevedere in astratto tutti i criteri o tutte le categorie di persone che possono, in principio, aver bisogno di una protezione maggiore rispetto ad altri soggetti. Inoltre, anche assumendo che ciò sia possibile, si deve verificare se si può ritenere metodologicamente corretto attribuire la qualifica di soggetto vulnerabile esclusivamente in ragione della categoria di appartenenza o di proprietà da lui posseduta, senza aver valutato tale categoria o proprietà alla luce del contesto in cui la maggiore protezione è richiesta.

Per rispondere a tali quesiti, è necessario introdurre uno strumento concettuale che gioca un ruolo centrale nel sistema convenzionale: gli «obblighi procedurali». Secondo la Corte, la tutela effettiva dei diritti richiede non solo che questi siano rispettati nella loro sostanza, ma anche che, al di là della conclusione a cui giungono le autorità nazionali di fronte a una domanda di giustizia, il modo in cui questa è esaminata rispetti una serie di garanzie «procedurali». Le autorità nazionali, primi fra tutti i giudici, devono «prendere sul serio» la doglianza del ricorrente e a questo fine devono innanzitutto qualificare il fatto in termini di domanda di giustizia. Il caso deve essere quindi esaminato attraverso la lente dei diritti: in via preliminare, i giudici devono valutare se gli interessi di cui il ricorrente chiede protezione siano riconducibili ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione. Quindi, il giudice deve poter valutare, caso per caso, se la limitazione nel godimento dei diritti o l'assenza di una loro tutela è proporzionata in relazione alle circostanze fattuali specifiche e ai controinteressi con i quali i diritti entrano in conflitto. In altre parole, il giudice deve poter effettuare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla luce delle specificità del caso concreto.

Una delle *rations* sottese a questo obbligo procedurale è legata alla cultura che permea un sistema fondato sui diritti fondamentali: il diritto alla giustificazione. Le autorità nazionali sono tenute a giustificare e quindi a fornire le

direttiva europea 2013/33/UE del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

ragioni che stanno alla base della limitazione dei diritti o dell'assenza di protezione. In caso contrario, l'ingerenza è di per sé illegittima, al di là del risultato del bilanciamento a cui pervengono le autorità nazionali. Solo in questo modo l'operato delle autorità nazionali sarà controllabile alla luce del parametro del rispetto dei diritti fondamentali.

Ciò significa in primo luogo che lo Stato non è libero di addurre qualunque interesse al fine di limitare i diritti: alcuni scopi sono illegittimi²⁸. Inoltre, non è sufficiente che le ragioni addotte siano legittime: esse devono essere anche sufficienti per giustificare, alla luce del principio di proporzionalità, le restrizioni dei diritti o l'assenza di una loro tutela. Si può quindi sostenere che, attraverso gli obblighi procedurali, la Corte europea abbia reso «giustificabile» la centralità dei diritti fondamentali e «positivizzato» il ragionamento per principi.

Quanto esposto appare con evidenza nel caso *B.S. c. Spagna*²⁹, nel quale la ricorrente sosteneva di essere stata sottoposta a frequenti controlli di identità da parte della polizia motivati da ragioni discriminatorie e di essere stata più volte insultata con esplicativi riferimenti al colore della sua pelle e al fatto di essere una prostituta. Le autorità interne avevano sempre archiviato le denunce da lei presentate. La Corte ha condannato la Spagna in quanto le decisioni delle giurisdizioni interne non avevano preso in considerazione la vulnerabilità specifica della ricorrente, «inerente» alla sua qualità di «donna africana che esercita la prostituzione»³⁰. Le autorità non hanno quindi «adottato tutte le misure necessarie per ricercare se un atteggiamento discriminatorio abbia potuto giocare, come sostenuto dalla ricorrente, un ruolo nello svolgimento dei fatti». In un altro caso, la Corte ha ritenuto illegittimo l'atto di sgombero di persone di origine Rom che occupavano illegalmente terreni di proprietà del comune. La legge non imponeva alle autorità di prendere in considerazione i diversi interessi in gioco né di effettuare un bilanciamento per valutare se e a che condizioni lo sgombero potesse considerarsi proporzionato. L'unica condizione era quella legata all'occupazione illegale del terreno. In virtù della chiara disposizione legale applicabile, i tribunali avevano esplicitamente rifiutato di motivare il rigetto del ricorso in merito alla proporzionalità dell'atto di sgombero. In questo caso, la Corte ha affermato che

the underprivileged status of the applicants' group must be a weighty factor in considering approaches to dealing with their unlawful settlement and, if their removal is necessary, in deciding on its timing, modalities and, if possible, arrangements for alternative shelter. This has not been done in the present case.

28. Si veda, ad esempio, *Konstantin Markin c. Russia*, GC, n. 30078/06, 22 marzo 2012.

29. *B.S. c. Spagna*, n. 47159/08, 24 luglio 2012.

30. *B.S.*, cit., § 62.

La Corte ritiene che la violazione dell’obbligo procedurale di prendere in considerazione gli interessi in gioco e di effettuare un bilanciamento per verificare quale debba prevalere nel caso concreto conduca a valutare la misura di per sé sproporzionata³¹. Lo stesso approccio deve essere adottato qualora la normativa ritenga automatica la restrizione dei diritti in virtù del carattere vulnerabile della persona³².

Alla luce di queste considerazioni dovrebbe risultare ancora più evidente la problematicità, o sarebbe meglio dire l’illegittimità, delle definizioni tassative. Restringendo *a priori* la tipologia di soggetti che possono godere di un grado di tutela maggiore, queste impediscono al giudice di svolgere una valutazione dello stato di vulnerabilità del soggetto alla luce del caso concreto. La decisione relativa all’estensione della nozione di vulnerabilità non può quindi essere affidata esclusivamente alla scelta in astratto di un legislatore. La Corte guarda con estremo sospetto tutti i meccanismi che portano ad adottare automatismi, vincolando la libertà di valutazione del giudice in relazione all’individuazione degli interessi in gioco e al bilanciamento da effettuare.

Per quanto riguarda, infine, le definizioni aperte, sia sufficiente notare che per le stesse ragioni qui esposte in riferimento alle definizioni tassative non si può che concludere per la loro parziale illegittimità nella parte in cui prevedono dei criteri la cui applicazione è automatica.

2.3. L’indeterminatezza delle conseguenze dell’applicazione della nozione di vulnerabilità

Anche a voler supporre che le difficoltà legate all’aspetto definitorio della nozione di vulnerabilità siano superabili, sussiste un ulteriore motivo che impedisce di definire in astratto la portata di tale nozione. L’essere considerato vulnerabile in una data situazione, infatti, non dice ancora nulla sul grado di tutela che deve essere garantito dallo Stato in presenza di tale circostanza. Si tratta di un problema di intensità della protezione che necessariamente varia a seconda di diversi fattori. La vulnerabilità non è una categoria del “tutto o niente”, ma prevede diverse gradazioni interne. Queste sono influenzate da una pluralità di fattori, tra cui, primi tra tutti, la gravità del singolo fattore di vulnerabilità (la Corte sottolinea che ci sono situazioni nelle quali i ricorrenti si trovano in uno stato di *particolare* vulnerabilità) e la presenza di una pluralità di fattori di vulnerabilità. Si pensi al detenuto affetto da disabilità o mino-

31. *Yordanova e altri c. Bulgaria*, n. 25446/06, 24 aprile 2012, § 134.

32. *Alajos Kiss c. Ungheria*, GC, 38832/06, 20 maggio 2010, in materia di limitazione del diritto di voto nei confronti di soggetti sotto tutela.

renne³³, al minore colpito da disabilità³⁴, al richiedente asilo appartenente ad una minoranza³⁵ ovvero ancora alla vittima di maltrattamenti o tortura che si trovi per qualsiasi motivo sotto il controllo dell'autorità³⁶.

I giudici dissidenti nel caso di Grande Camera *V.M. e altri c. Belgio*³⁷ hanno messo chiaramente in evidenza questo aspetto: benché la Corte abbia considerato che i richiedenti asilo possano essere considerati in principio come facenti parte di una categoria di persone particolarmente vulnerabili, «il grado di vulnerabilità dei richiedenti asilo dipende dai loro mezzi di sussistenza, dal tipo di trattamento o persecuzione di cui sono stati vittima, dall'età, dalla loro situazione familiare, dallo stato di salute e dall'eventuale disabilità». Nel caso *Julin c. Estonia*, riguardante un detenuto sottoposto fra le altre cose ad una perquisizione personale, la Corte ha affermato che «mentre il ricorrente, come tutti i detenuti, era in una posizione vulnerabile nelle mani delle autorità, non sembra che egli si trovasse in una situazione di *particolare* debolezza»³⁸.

2.4. *Primi rilievi*

Il quadro finora esposto lascia emergere che, in un sistema fondato sui principi e sui diritti fondamentali, sono di per sé problematiche sia l'automatica inclusione nella categoria dei «soggetti vulnerabili», laddove questo comporti una riduzione dei diritti, sia l'automatica esclusione di persone da tale novero, laddove questo abbia come conseguenza il godimento di un livello più elevato di diritti.

La scelta politica del potere legislativo di predeterminare in termini assoluti la valutazione del caso concreto si pone in contrasto con un sistema caratterizzato dalla centralità dei diritti fondamentali. La predeterminazione degli interessi rilevanti crea per il giudice una sorta di gerarchia assiologica fissa che lo conduce non solo a considerare sempre prevalenti certi interessi, ma anche a privarne *tout court* di rilevanza giuridica altri. La “regola” posta dal legislatore avrebbe allora una prevalenza sui “principi-diritti” convenzionali.

33. *Renolde c. Francia*, n. 5608/05, 16 ottobre 2008; *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Romania*, GC, n. 47848/08, 17 luglio 2014; *Bouyid c. Belgio*, GC, n. 23380/09, 28 settembre 2015; *Blokhin c. Russia*, GC, n. 47152/06, 23 marzo 2016; *Tekin e Arslan c. Belgio*, n. 37795/13, 5 settembre 2017.

34. *Çam c. Turchia*, n. 51500/08, 23 febbraio 2016; *I.C. c. Romania*, n. 36934/08, 24 maggio 2016.

35. *N.A.N.S. e altri c. Svezia*, n. 68411/10, 27 giugno 2013; *R. c. Russia*, n. 11916/15, 20 gennaio 2016.

36. *Eduard Popa c. Repubblica di Moldavia*, n. 17008/07, 12 febbraio 2013; *Lykova c. Russia*, n. 68736/11, 22 dicembre 2015.

37. *V.M. e altri c. Belgio*, GC, n. 60125/11, 17 novembre 2016.

38. *Julin c. Estonia*, n. 16563/08, 29 maggio 2012.

3. LA VULNERABILITÀ CONVENZIONALE: UNA NOZIONE CONCETTUALMENTE AUTONOMA O PURAMENTE FUNZIONALE?

Dopo aver cercato di dimostrare che un sistema fondato sulla centralità dei diritti fondamentali non ammette, nei termini specificati in precedenza, definizioni della nozione di vulnerabilità sul piano legislativo, ci si deve chiedere, in prima battuta, se sia possibile rinvenire una definizione di tale nozione, per via giurisprudenziale, nell'ambito della Convenzione (III.A). In seguito, si affronterà il tema del carattere concettualmente autonomo o puramente funzionale della vulnerabilità nel quadro di un ragionamento per principi e diritti (III.B).

In primo luogo, è necessario accertare se la Corte europea si debba assumere il ruolo di determinare, una volta per tutte, i criteri necessari per definire la nozione di vulnerabilità; criteri a cui essa stessa si dovrebbe attenere per la risoluzione di casi futuri in ossequio a un generale principio di coerenza del sistema. Inoltre, ci si deve chiedere se tali criteri debbano essere caratterizzati da una *ratio comune* tale da permettere l'attribuzione di un'univoca definizione del termine vulnerabilità.

In particolare, tale responsabilità le è spesso, implicitamente o esplicitamente, attribuita dalla dottrina. Ad esempio, è stato affermato che

[...] what exactly ties these groups together is still not entirely clear, as the Court has not (yet) fully developed a coherent set of indicators to determine what renders a group vulnerable³⁹.

Altra parte della dottrina, contesta tale affermazione sostenendo che

although the Court rarely mentions the determinants of vulnerability, the Court has clarified the determinants of the most-mentioned vulnerable subjects in its case-law⁴⁰.

Altre volte, la Corte è tacciata di incoerenza, perché, dopo aver assentemente stabilito una categoria astratta di persone vulnerabili, non si sarebbe attenuta a tale classificazione in un caso successivo:

In the cases of Bevacqua and S v. Bulgaria (2008) and in Hajduova v. Slovakia (2010) the Court went a step further, categorically declaring that victims of domestic violence as such are particularly vulnerable. [...] The Court's approach, however, is not consistent. In some recent domestic violence cases the Court did not acknowledge the particular vulnerability of the applicant⁴¹.

39. L. Peroni, A. Timmer, 2013, 1064.

40. Y. Al Tamimi, 2015.

41. A. Timmer, 2013, 155.

Queste posizioni, pur differendo per la conclusione a cui pervengono, condividono lo stesso presupposto: nonostante (o proprio in virtù del fatto che) sia ammessa la natura «*open-ended*» della nozione di vulnerabilità, la Corte sarebbe chiamata a fissare in astratto categorie e criteri in modo da poterla definire in modo unitario e coerente. Tali categorie o criteri vincolerebbero successivamente la Corte e servirebbero come criteri guida per controllarne l'operato. Il contrasto tra gli autori è di natura puramente descrittiva-ricostruttiva e non prescrittiva: da una parte si sostiene l'incoerenza e l'assenza di criteri omogenei, dall'altra si ritiene che la Corte abbia chiarito i criteri adottati nei diversi casi, anche se non sempre in modo esplicito.

La posizione che qui si espone contesta la stessa premessa che accomuna gli autori sopracitati. Se, come si spera di essere riusciti a provare, la Corte europea, in virtù dell'argomentazione per principi che caratterizza il sistema di protezione della Convenzione, ritiene, in sostanza, che non si possa pervenire in astratto a una definizione unitaria, coerente (e tassativa) della nozione di vulnerabilità sul piano legislativo, non si potrà che giungere alla stessa conclusione se si rivolge l'attenzione alla stessa Corte. Se il legislatore non è legittimato a includere o escludere in modo tassativo persone dalla categoria dei soggetti vulnerabili, *a fortiori* una simile attività dovrebbe essere preclusa alla Corte: in caso contrario, un organo giudiziario, privo di legittimazione democratica, si troverebbe a fissare criteri tassativi che vincolerebbero non solo il legislatore, ma la stessa libertà del potere giudiziario di valutare caso per caso se un dato soggetto si trovi in una situazione di vulnerabilità.

Il problema, in realtà, non è tanto chi sia legittimato a stabilire dei criteri vincolanti in astratto, quanto piuttosto se sia di per sé possibile determinarli. Chi scrive ritiene perciò di per sé problematico uno studio che miri a ricostruire la giurisprudenza della Corte in modo da determinare criteri o definizioni tassative per stabilire in astratto chi e quando una persona sia da considerare vulnerabile.

A questo proposito, può essere utile precisare alcuni punti legati al modo di intendere e interpretare la giurisprudenza della Corte europea.

Innanzitutto appare metodologicamente errato cercare di estrapolare regole o definizioni astratte e di generale applicazione, o anche soltanto massime, da una sentenza della Corte. È vero che, se prese «alla lettera», alcune affermazioni presenti nella giurisprudenza della Corte potrebbero fare pensare che i giudici di Strasburgo assolutizzino certe categorie o criteri. Si pensi, tra le numerose, all'espressione presente nella sentenza *B.S. c. Spagna* già citata nella quale si parla di «vulnerabilità specifica della ricorrente, *inerente* alla sua qualità di "donna africana che esercita la prostituzione"». O ancora, espressioni del tipo, «Per quanto riguarda i minori, che sono particolarmente vulnerabili [...]»⁴². Tuttavia, non è possibile interpretare le

42. *Söderman c. Svezia*, GC, n. 5786/08, 12 novembre 2013, § 81.

sentenze della Corte attribuendo un peso *decisivo* a metodi di interpretazione formali, quale l'interpretazione letterale, o ad argomenti interpretativi quali quello *a fortiori* o *a contrario*. Le sentenze devono essere calate nel quadro del contesto più generale nel quale si collocano. Non solo non si può estrapolare una frase dal contesto della sentenza, ma neppure interpretare la portata di una sentenza al di fuori del quadro normativo convenzionale. Il fatto che la Corte si esprima in termini apparentemente categorici o assoluti, non significa che, in realtà non stia effettuando una valutazione del caso concreto e alla luce delle specificità di tale caso. Per la Corte, tenuto conto del suo modo di argomentare, fondato sull'interpretazione e applicazione di norme-principio, risulta pressoché superfluo esplicitare tale aspetto, perché è un dato connaturato al suo esame. La Corte effettua un bilanciamento tra i diritti che sono in gioco, in base alle specificità del caso, delle circostanze fattuali, degli argomenti sollevati dalle parti. È sufficiente che uno di questi elementi muti perché la Corte pervenga a una conclusione differente. Inoltre, in linea di principio, non spetta alla Corte indicare quale è il migliore bilanciamento possibile tra gli interessi in gioco in un determinato caso. I giudici di Strasburgo effettuano invece un giudizio di secondo grado, valutando se il bilanciamento posto in essere a livello nazionale, tenuto conto del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati, è compatibile con i principi convenzionali.

Al di là del linguaggio utilizzato nelle singole sentenze, si ritiene quindi che sia più conforme alla struttura e allo spirito della Convenzione, ricondurre la vulnerabilità unicamente alla *posizione* del soggetto o del gruppo. Il problema di fondo è che la nozione di vulnerabilità non può prescindere da una valutazione delle circostanze specifiche del caso, perché si tratta, per sua stessa natura, di una nozione che non riguarda i soggetti o le categorie in quanto tali, ma la posizione che il soggetto o il gruppo assume rispetto al contesto. Si tratta quindi una nozione *relazionale*. La Corte parla infatti spesso di qualità personali o di circostanze che possono porre l'individuo o il gruppo di individui in una posizione di vulnerabilità⁴³. Per riprendere l'esempio sopra citato, sostenere che una donna rientra di per sé in una categoria di soggetti vulnerabili⁴⁴ solo perché si è utilizzato il termine «vulnerabilità inherente» è diverso dal sostenere che una donna, di colore, prostituta si trovi in una condizione di vulnerabilità se confrontata con agenti pubblici. O ancora, nel caso del minore, sentenze come *M. et M. c. Croazia*, citata in precedenza, dimostrano come una persona possa essere considerata vulnerabile solo in relazione alle situazioni in cui si trova: posto che ciascun soggetto può potenzialmente trovarsi in una condizione di vulnerabilità a seconda delle circostanze, si deve valutare

43. A.—M.V., cit., §90.

44. Si veda ad esempio, S. Besson, 2014.

caso per caso se sia prevalente la condizione di vulnerabilità o il carattere autonomo della persona.

La Corte associa la vulnerabilità a gruppi, soggetti e alla posizione in cui si trova il soggetto. Si parla ad esempio di vulnerabilità rispetto ai gruppi che nel passato sono stati vittima di persecuzione o discriminazione, come la popolazione Rom⁴⁵ o i disabili⁴⁶; a soggetti che si trovano in una situazione di dipendenza o la cui autonomia è ridotta per le più diverse ragioni, come i detenuti⁴⁷ o i minori⁴⁸, ovvero ancora a soggetti che si trovano in determinate situazioni particolarmente precarie o di pericolo, quali le vittime del terremoto⁴⁹ o i giornalisti⁵⁰.

Nonostante gli sforzi della dottrina di trovare un comun denominatore, questi concetti hanno nulla o poco in comune⁵¹. Esaminando la giurisprudenza della Corte⁵², si potrebbe ritenere, in via approssimativa, che l'unico elemento che accomuna tutti i casi nei quali la Corte utilizza la nozione di vulnerabilità è la necessità di effettuare un esame individualizzato della posizione del ricorrente che tenga conto delle sue peculiarità e che ciò, a seconda del livello di vulnerabilità riscontrato, conduca a una maggiore o un minore livello di protezione.

Al di là del carattere eccessivamente vago della definizione qui citata, ci si deve chiedere se sia veramente necessario ricondurre tutti questi usi della nozione di vulnerabilità ad unità. La risposta non può che essere, a parere di chi scrive, negativa.

La vulnerabilità, a differenza di altre nozioni, come quelle dei diritti, tra i quali il diritto all'autodeterminazione tutelato dall'art. 8 Cedu, o della proporzionalità, non ha una sua autonomia concettuale e definitoria, ma svolge solo una funzione servente alla tutela effettiva dei diritti fondamentali. Quando fa ricorso alla nozione di vulnerabilità la Corte constata che il soggetto in questione si trova in una situazione particolare che lo legittima a richiedere un esame individualizzato della sua posizione e una protezione rafforzata dei suoi diritti proprio in virtù e alla luce della sua particolarità.

La nozione di vulnerabilità deve essere quindi letta in relazione al suo essere *funzionale* e strumentale a garantire la massima effettività dei diritti fondamentali e alla giustificazione dell'esercizio o dell'assenza dell'esercizio della forza pubblica, ossia delle ingerenze o delle omissioni delle autorità. Il ragio-

45. *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, GC, n. 57325/00, 13 novembre 2007.

46. A.—M.V., cit.

47. *Cirino e Renne*, cit.

48. *Ilbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie*, n. 19986/06, 10 aprile 2012.

49. *M. Özel*, cit.

50. *Gazeta Ukraina-Tsentr*, cit.

51. In questo senso, M. O'Boyle, 2015.

52. L. Peroni, A. Timmer, 2013; A. Timmer, 2013; Y. Al Tamimi, 2015; M. O'Boyle, 2015.

namento che la Corte sviluppa ha come punto di partenza la valutazione dei diritti e dei controinteressi in gioco che emergono nel caso concreto (altri diritti o interessi collettivi). Considerare che il soggetto si trovi in una posizione di vulnerabilità costituisce una *ragione*, tra le altre, ad esempio, per considerare ingiustificata un'ingerenza o per giustificare un obbligo di tutela positiva. La nozione di vulnerabilità si inserisce in un sistema che prevede la centralità dei principi, e quindi dei diritti, e si deve modellare in base alle esigenze di tale sistema. Posto che il bilanciamento tra principi presuppone una valutazione caso per caso, alla luce delle circostanze fattuali specifiche, degli interessi giuridici coinvolti e delle ragioni fornite dalle parti, anche la nozione di vulnerabilità dovrà essere valutata a seconda del contesto in cui è utilizzata e delle circostanze fattuali, interessi giuridici e ragioni che emergono nel e dal caso concreto.

A questo punto, una volta stabilito, per le ragioni sopra esposte, che non è possibile definire in astratto la nozione di vulnerabilità, si pone il problema di come poter coniugare tale conclusione con l'esigenza di garantire la certezza del diritto. L'unico criterio, sopra citato, che sembrerebbe accomunare i diversi casi di vulnerabilità presi in considerazione dalla Corte non può costituire di per sé una risposta a questo problema, tenuto conto della sua eccessiva indeterminatezza e vaghezza. Inoltre, se non è possibile definire attraverso delle «regole» la portata della nozione di vulnerabilità (cfr. parti II.A e II.B) né tanto meno predeterminare in astratto le conseguenze del suo utilizzo (cfr. II.C) in quanto tutto il diritto si risolve in un bilanciamento tra principi che spetta al giudice effettuare alla luce del caso concreto, rimane da chiedersi quale ruolo possono ancora giocare le disposizioni legislative e quali spazi di discrezionalità politica sono riconosciuti al legislatore.

4. LA DECLINAZIONE DEL CONCETTO DI VULNERABILITÀ SECONDO UN MODELLO DI DEFINIZIONE PER PRESUNZIONI

In questa quarta ed ultima parte si vuole concludere cercando di ricostruire un modello di definizione di vulnerabilità compatibile con un sistema giuridico caratterizzato dalla centralità dei diritti fondamentali. Tale modello vuole rappresentare un punto di equilibrio tra la necessità di garantire, da una parte, la certezza del diritto e, dall'altra, la possibilità di effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti alla luce delle circostanze del caso concreto.

La tutela dei diritti e il ragionamento per principi vengono spesso associati all'idea di una giustizia puramente sostanziale, nella quale conta esclusivamente il bilanciamento tra diritti o interessi sostanziali. Questa raffigurazione è contraddetta dalla pratica dei sistemi giuridici che si fondano sui diritti fondamentali, come quello della Convenzione. La prevedibilità delle ingerenze delle autorità pubbliche e più in generale la certezza del diritto costituisco-

no uno dei principali pilastri del sistema convenzionale⁵³. Essi rappresentano uno dei profili del concetto di giustizia, quella formale, la quale può entrare in conflitto con esigenze di giustizia sostanziale. Un sistema fondato sulla centralità dei diritti, dunque, non valorizza unicamente la giustizia sostanziale a scapito di quella formale, ma richiede che sia assicurata la piena realizzazione di entrambi. Al contrario, è l'approccio di stampo positivistico che spesso assolutizza l'esigenza di certezza del diritto, rendendolo un dato imprescindibile, un tratto essenziale del diritto e principale faro dell'interpretazione. Il problema, tuttavia, non dovrebbe essere posto in termini di contrapposizione secca tra esigenze di giustizia formale e sostanziale quanto piuttosto di un loro bilanciamento.

Si cercherà ora di tracciare brevemente una struttura di una definizione compatibile con la giurisprudenza della Corte europea, risultato di un approccio legato alla centralità dei diritti fondamentali. Questa struttura mira a ottenere un corretto equilibrio tra le esigenze di certezza del diritto e di bilanciamento degli interessi contrapposti nel caso concreto.

Come si è appena visto, la vulnerabilità si può qualificare non come un principio, ma come una *ragione* per l'estensione o la restrizione della protezione effettiva dei diritti. Una volta concepita come tale, risulta chiaro che definirla per categorie o criteri tassativi permette al legislatore di conferire una forza decisiva a una determinata ragione in modo tale da fornire o privare di una tutela rafforzata dei diritti una categoria di soggetti (definiti formalmente o sostanzialmente a questi fini non rileva): essa sarà sempre prevalente di fronte ad altre ragioni eventualmente emerse nel caso concreto, le quali avrebbero potuto fare propendere, in seguito al bilanciamento degli interessi, per l'esclusione o l'inclusione di quella classe di soggetti dalla protezione rafforzata o dalla restrizione. Per riprendere, ad esempio, il già citato caso *Yordanova c. Bulgaria*, l'irrilevanza per legge del carattere vulnerabile delle persone che hanno subito lo sgombero nella valutazione della legalità della decisione delle autorità pubbliche ha privato, *a priori*, di qualunque peso le eventuali ragioni che avrebbero potuto portare a un rafforzamento della tutela dei diritti delle persone che la Corte ha ritenuto vulnerabili.

Questo modello garantisce senz'altro il più alto tasso di certezza, ma vincola, o sarebbe meglio dire impedisce, il bilanciamento, conferendo una forza assoluta e necessariamente prevalente a certi interessi ad esclusione di altri.

Il modello aperto, così come sopra inteso, da una parte vincola illegittimamente alcune ragioni, conferendo loro una forza particolare in ogni circostanza, dall'altra non conferisce alcuna guida per il bilanciamento nelle altre ipotesi.

Allo stesso tempo, un modello che non prevede alcuna definizione legislativa di vulnerabilità, rischia di sacrificare eccessivamente il principio

53. R. Chenal, 2017.

della certezza del diritto. In particolare, nel caso in cui l'assegnazione della qualifica di vulnerabile comporti una limitazione dei diritti del soggetto individuato come tale, questa limitazione potrebbe non risultare conforme a Convenzione, in quanto peccherebbe in termini di prevedibilità della stessa ossia, per usare un termine proprio del sistema convenzionale, sarebbe privo di base legale. E ancora, nell'ipotesi in cui la maggiore tutela che consegue dall'attribuzione della qualifica di persona vulnerabile comporti la limitazione dei diritti di un altro soggetto, quest'ultimo potrebbe invocare la violazione del suo diritto, fondata sull'imprevedibilità della limitazione dello stesso.

Un modello che rappresenta un corretto bilanciamento tra esigenze di giustizia formale e sostanziale si fonda invece su criteri non tassativi aventi natura di mere presunzioni. Scopo del legislatore sarebbe quello di individuare, attraverso le disposizioni legislative, dei criteri rappresentanti le ragioni per giustificare l'estensione o la riduzione della tutela dei diritti. Tuttavia, a differenza delle definizioni tassative, tali criteri devono costituire unicamente delle presunzioni, conferendo quindi alle ragioni una forza relativa o comunque prevalente soltanto *prima facie*. Inoltre l'individuazione dei criteri non deve essere tassativa, ma aperta, in modo tale da lasciare la possibilità al giudice di eventualmente individuare altre ragioni che emergono dall'esame del caso concreto a supporto di altri criteri non predeterminati dal legislatore⁵⁴. In sostanza tali criteri costituirebbero norme prescrittive solo nel senso di indicare delle «linee guida» che devono guidare l'operato del giudice. Essi costituirebbero ragioni che fanno considerare rilevante e fanno prevalere *prima facie* un certo interesse rispetto a un altro⁵⁵.

Un modello per presunzioni permette di conferire una certa forza a determinati criteri-ragioni senza per ciò stesso renderli strettamente vincolanti, e allo stesso tempo impone degli obblighi motivazionali in capo al giudice secondo il modello seguente:

a) per confermare l'applicazione del criterio guida, il giudice dovrà dimostrare che le ragioni individuate dal legislatore sono da ribadire alla luce del caso concreto; tuttavia il giudice non può sottrarsi a un onere motivazionale, applicando acriticamente il criterio indicato dal legislatore, ma dovrà «testarlo» alla

54. Sarà poi compito della giurisprudenza dare vita a un corpo di decisioni coerenti che permettano di individuare e applicare i criteri in modo il più possibile uniforme, tale da garantire che situazioni simili siano risolte con decisioni simili. Tale aspetto, che non è possibile esaminare nel quadro di questo articolo, tocca la problematica della coerenza della giurisprudenza e dei meccanismi per evitare conflitti patologici, si veda ivi, 63 ss.

55. Si noti che scopo del presente scritto non è quello di individuare quali siano i criteri che possano definire correttamente la nozione di vulnerabilità, quanto piuttosto quello di individuare, sul piano procedurale, le condizioni affinché il legislatore possa legiferare in tale materia in conformità a un modello fondato sui diritti fondamentali.

luce della sua *ratio* e delle circostanze del caso concreto, giustificando perché la ragione espressa dal criterio deve essere confermata;

b) per discostarsi dal criterio guida, il giudice avrà un onere di motivazione rafforzato, dovendo giustificare perché le ragioni che il legislatore aveva indicato come prevalenti debbano soccombere alla prova del caso concreto.

Le prerogative del legislatore sarebbero tutelate in quanto questi ha il potere di conferire in astratto più o meno forza a certe ragioni da rivalutare alla luce del caso concreto. Allo stesso tempo, sarebbero garantite le prerogative del giudice di verificare nel caso concreto, attraverso il bilanciamento degli interessi contrapposti, quali ragioni debbano prevalere.

Lasciare maggiore spazio al bilanciamento comporta necessariamente spazi di maggiore incertezza nell'applicazione del diritto. Allo stesso tempo, in quest'ottica, la certezza si recupera su un duplice piano: da una parte, su quello sostanziale, con la previsione normativa di criteri presuntivi non tassativi, che conferiscono una forza *prima facie* alle ragioni esposte dal legislatore e, dall'altra, su quello procedurale, con i vincoli all'argomentazione giuridica imposti al giudice.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AL TAMIMI Youssef, 2015, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, in <http://njb.nl/Uploads/2015/9/Thesis-The-protection-of-vulnerable-groups-and-individuals-by-the-European-Court-of-Human-Rights.pdf>.
- BESSON Samantha, 2014, «La Vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». In *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, sous la direction de Laurence Burgos-Gue Larsen, 59-85. Éditions Pedone, Paris.
- CHENAL Roberto, 2017, «Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali». In AA.Vv., *Fattore tempo e diritti fondamentali. Corte di Cassazione e Cedu a confronto*, 45-76. IPZS, Roma.
- O'BOYLE Micheal, 2015, «The Notion of "Vulnerable Groups" in the Case Law of the European Court of Human Rights», in [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)003-e).
- PERONI Lourdes, TIMMER Alexandra, 2013, «Vulnerable Groups: The Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law». *International Journal of Constitutional Law*, 11: 1056-85.
- TIMMER Alexandra, 2013, «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights». In M. Albertson Fineman, A. Grear (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, 147-70. Ashgate, Farnham.

